

# *Alma Mater Studiorum-Università di Bologna*

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

**“Stato, Persona e Servizi nell’Ordinamento Europeo Internazionale”**

**Ciclo XXVI**

**Settore Concorsuale di afferenza: 12/A1 - DIRITTO PRIVATO**

**Settore Scitifico disciplinare: IUS/01 - DIRITTO PRIVATO**

**“Natura giuridica del contratto di mediazione”**

Presentata dal: Dott. Gabriel Macanás Vicente

**Coordinatore Dottorato**

**Prof. Andrea Morrone**

**Relatore**

**Prof. Pietro Zanelli**

Esame finale anno 2013



## ÍNDICE

INTRODUZIONE .....	7
1. PUNTO DE PARTIDA.....	14
1.1. Terminología.....	14
1.2. El concepto esencial de la mediación. ....	17
1.3. Apuntes históricos y antecedentes normativos de la mediación.....	19
1.4. Regulación actual de la mediación.....	25
1.4.1. España.....	25
1.4.2. Italia.....	33
2. RELACIÓN DE HECHO O NEGOCIO JURÍDICO .....	42
2.1. Complejidad fáctica del hecho mediador. ....	45
2.2. Causa eficiente. ....	48
2.3. Interés jurídico tutelado. ....	52
2.4. Complejidad obligacional.....	57
2.5. Compatibilidad del hecho y el negocio sobre mismo objeto.....	60
2.6. Cuasicontrato, o no.....	65
2.6.1. Gestión de negocios ajenos. ....	66
2.6.2. Enriquecimiento injusto. ....	69
2.7. Derecho contractual europeo.....	72
2.7.1. Actos jurídicos. ....	73
2.7.2. Causa.....	74
2.7.3. Gestión de negocios. ....	78
2.7.4. Enriquecimiento injusto. ....	79
3. DEL NEGOCIO UNILATERAL AL CONTRATO SINALAGMÁTICO.....	81
3.1. Origen, posiciones y razones.....	81
3.1.1. Obligaciones accesorias.....	83

3.1.2. Condicionalidad .....	86
3.1.3. Onerosidad .....	88
3.2. La relación bilateralmente obligatoria como categoría.....	90
3.3. Análisis económico del contrato sinalagmático como indicio de idoneidad. .	93
3.4. Promesa unilateral y precontrato como alternativas de unilateralidad.....	100
3.4.1. Promesa unilateral .....	100
3.4.2. Precontrato .....	101
3.5. Derecho contractual europeo. ....	104
4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN.....	109
4.1. Tipicidad nominal.....	109
4.2. Contrato principal y autónomo. ....	115
4.3. Contrato consensual.....	119
4.4. Contrato oneroso.....	122
4.5. Contrato de duración indeterminada.....	128
4.6. Contrato de confianza. ....	132
4.7. Imparcialidad del mediador. ....	143
4.8. Contrato común o mercantil.....	149
4.8.1. Clasificación dogmática.....	151
4.8.2. Efectos de la eventual mercantilidad.....	155
5. EL RIESGO “ALEATORIO” DE LA MEDIACIÓN. ....	160
5.1. Consideraciones generales sobre los contratos aleatorios.....	161
5.2. Características de los contratos aleatorios.....	164
5.3. Efectos de los contratos aleatorios.....	170
5.4. Proyección sobre la mediación.....	172
6. OBLIGACIÓN DE MEDIOS O RESULTADO.....	180
6.1. Concreción del riesgo relevante y neutralizable por la obligación de resultado.....	181
6.2. Concreción del contenido de la obligación a “resultar”: deber, posibilidad y	

responsabilidad. ....	183
6.3. Aplicación a la mediación.....	197
6.3.1. Efectos.....	197
6.3.2. Estado actual de la cuestión, algún origen pretérito, y futura necesidad de cambio. ....	202
6.3.3. Problemas específicos y soluciones “exclusivas”. ....	211
6.4. Derecho contractual europeo. ....	220
7. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL REPARTO DE RIEGOS.....	228
7.1. Reparto eficiente del riesgo.....	230
7.2. Costes y reparto de la evitación y asimilación de los riesgos. ....	233
7.2.1. El riesgo secundario.....	234
7.2.2. Volviendo al riesgo primario.....	239
7.3. Conclusiones: Estímulos específicos frente al riesgo. Una vez más: reparto.	242
8. ESENCIALIDAD DEL RIESGO EN LA MEDIACIÓN. ALTERNATIVAS PARA SU TRATAMIENTO.....	247
8.1. La especialidad del riesgo en la mediación como razón, y razón de la especialidad.....	247
8.2. Alternativas a la alteración de la naturaleza prestacional de la obligación de resultado.....	250
8.2.1. Asunción del riesgo y garantía.....	252
8.2.2. Cumplimiento diligente de los resultado por la naturaleza de la prestación. ....	255
8.2.3. Reducción económica a través de pacto remunerativo. ....	257
9. LA MEDIACIÓN COMO UN “CONTRATO DE SERVICIOS” .....	266
9.1. El contrato de servicios como categoría general. ....	266
9.2. Efectos. ....	277

9.3. Derecho europeo para el contrato de servicios.....	283
9.4. Distinción de otras figuras o categorías contractuales afines. ....	290
10. CONCLUSIONI.....	296
BIBLIOGRAFÍA .....	302

## INTRODUZIONE

Che la mediazione sia attualmente rilegata a un secondo piano appare evidente quando, nell'introdurre il tema, persino in un ambiente tecnico, la prima questione da affrontare consiste nello specificare che non si tratta di una forma di risoluzione extragiudiziale delle controversie, bensì di una figura contrattuale. Si potrebbe pensare ad una mera ipotesi di omonimia, ciononostante non si tratta di un caso isolato, quanto piuttosto di un ulteriore indizio di una preterizione prolungata, e in molti casi involontaria, del contratto di mediazione.

Ciò non dovrebbe supporre un problema: non tutti i contratti sono uguali, né se ne fa il medesimo uso, né tantomeno richiedono la stessa attenzione scientifica. Difatti, il censo consegnativo non suscita probabilmente lo stesso interesse, né ha la stessa applicazione pratica della compravendita, della locazione e del prestito.

Tuttavia la mediazione non è assolutamente una figura storica di applicazione aneddotica. Al contrario, si tratta di un contratto pienamente vigente e in uso, per quanto, in certi casi, appaia camuffato. Ne è la prova il fatto che, dopo aver passato parte del secolo scorso celata tra il mandato e altri contratti, e nonostante abbia visto riconosciuta la propria indipendenza, la mediazione continua a rimanere occultata dietro altre denominazioni affini. Addirittura oggi si conosce nominalmente, un esempio tra tanti, la cosiddetta relazione di "agenzia immobiliare" come agenzia e non come mediazione, nonostante si tratti di due figure diverse.

Neppure supporrebbe un problema se si trattasse soltanto di mere questioni terminologiche, le quali però, in realtà, lasciano intravedere gravi lacune normative, che hanno portato all'abbandono di un contratto incapace di sostenere la propria vitalità ed espansione crescenti.

L'importanza della mediazione non è casuale né passeggera, bensì è il frutto di un mercato ogni giorno più ampio ed agile, in cui l'offerta, nel tendere alla

globalità, spesso impedisce che i soggetti, da soli, siano in grado di assimilare e mettere in relazione l'offerta e la domanda. Da lì la necessità di un intermediario che, apportando una specifica conoscenza del mercato corrispondente, associ le posizioni contrattuali di parti con interessi concorrenti. Tutto ciò con un costo di utilità inferiore a quanto richiesto, come controprestazione, al beneficiario della gestione corrispondente; che, a sua volta, è minore dell'utilità che costerebbe al committente realizzarlo autonomamente.

Se dunque la vigenza pratica del contratto è evidente e la sua regolazione non esemplare, è lecito chiedersi a cosa sia imputabile una mancanza di attenzione legislativa, giurisprudenziale e, soprattutto in Spagna e in misura minore, dottrinale così persistente da portare il contratto all'ostracismo.

È possibile che il problema iniziale continui a essere alimentato dai problemi da esso derivati, in modo tale che le deficienze esistenti in merito all'ordinamento giuridico del contratto facciano preferire, qualora sia possibile, alternative di superiore tecnica giuridica. Situazione che, a sua volta, porta a una disattenzione nei confronti di una regolazione che potrebbe favorire una rigenerazione del contratto.

D'altra parte, potrebbero non esserci alternative alla mediazione in altri contratti, benché si cerchino e, persino, sembrano coincidere, poiché l'oggetto e la causa del contratto sono talmente specifici e diversi da altre figure affini che qualsiasi tentativo di sostituzione non può che essere parziale, inevitabilmente destinato a ritornare alla regolazione imperfetta da cui si cercava di sfuggire.

La causa di tutte queste difficoltà non va cercata in una regolazione difettosa, bensì in una che non presenta difetti. E nemmeno virtù. Una regolazione che è direttamente inesistente in Spagna e insufficiente in Italia. Ostacolo ulteriormente aggravato, e in modo sostanziale, dal fatto che la categoria contrattuale generale di riferimento, all'interno della quale dovrebbe trovare posto il contratto atipico o insufficiente, è anch'essa inesistente o altrettanto esigua.

Se il contratto in questione non è tipico o completo, né è regolata la categoria



contrattuale di riferimento, non è facile trovare una fonte legale palese per la sua regolazione. Sarà un contratto lecito, inquadrato all'interno della legittima autonomia della volontà delle parti, tuttavia le parti non possono far altro che regolare il loro contratto in specifico. In questo punto è dove la dottrina giurisprudenziale, all'estrarre principi comuni e separare differenze specifiche, ha cercato di prefigurare un contratto di mediazione generale, tenendo conto dell'oggetto e della causa rispettivi.

Non è stato sufficiente. Senza la sufficiente regolazione del negozio, né diretta né, quasi, indiretta, fatta eccezione dei comportamenti reiterati delle parti e delle aspettative che questo genera, appare estremamente difficile -appena lecito- qualsiasi tentativo in questo senso. Questa mediazione "creata" non solo sarà instabile e incerta, ma implica il rischio che, nonostante si tratti di una creazione pratica legata a fatti e tempi specifici, si finisca per confonderla con una costruzione persistente di tipo teorico o, ancor più grave, normativo.

Accettare il dogma della tipologia stabilita non soltanto supporrebbe il rischio di perdere la maggior parte delle opportunità a favore di una adeguata costruzione dogmatica e sistematica, ma potrebbe portare a una pietrificazione anacronistica, priva di sistematicità, inefficiente e persino ostile rispetto alla funzione propria del contratto. Come, in parte, potrebbe essere già accaduto.

In questo senso, neppure esiste un accordo univoco a livello di dottrina in merito alla natura più elementare dell'istituto, arrivando a metterne in dubbio persino la contrattualità. La sua regolazione, in apparenza pacifica, presenta una serie di specificità non sempre giustificate e, nella maggior parte dei casi, forzate, generate più dalla preoccupazione di risolvere problemi pratici concreti che dalla volontà di offrire una soluzione coerente con il resto del sistema giuridico-contrattuale.

Questo trattamento *ad hoc* fa sorgere il dubbio che la mediazione sia realmente un istituto giuridico così speciale da richiedere una regolazione discordante con il resto del sistema negoziale; o, piuttosto, che questo sia il risultato

della giustapposizione di soluzioni specifiche intorno a una figura di per sé complessa, che storicamente non aveva mai avuto l'importanza pratica che ha raggiunto nell'attualità.

Sollevato questo dubbio, non possono considerarsi validi, da soli, i risultati della pratica quotidiana, sostenuti dall'inerzia. Come neppure la dottrina giurisprudenziale incaricata di dirimerne i casi contenziosi; né le considerazioni dottrinali che trattano unicamente di quanto riferito nel punto anteriore. Non ci si può limitare ad accettare, semplicemente, motivazioni ed approcci antecedenti non normativi. È necessario, nel punto in cui ci troviamo ora, ricostruire la mediazione come contratto. Dall'inizio, e passo dopo passo.

La situazione descritta non si limita soltanto a mettere in luce un problema, bensì offre, soprattutto, un'opportunità. Vale a dire, la possibilità non solo di rivedere la dottrina più rilevante sul tema, ma di indirizzarla verso la determinazione di quel contratto che la mediazione dovrebbe rappresentare per poter svolgere la propria funzione economica e sociale. Tale sforzo, privo dell'appoggio di fonti normative dirette sufficienti, potrebbe imbattersi negli stessi ostacoli e limiti che si vogliono evitare. Tuttavia, un approccio che tenga conto di queste carenze potrebbe cercare di individuare, qualora esistano, le basi contrattuali della mediazione, fondarle sulle strutture generali in cui dovrebbe incardinarsi, e sottoporre il tutto ai criteri, non solo della tecnica giuridica, ma anche di idoneità ed efficacia, in relazione con le finalità del contratto.

In questo senso, si rivela fondamentale lo strumento dello studio comparativo di due Ordinamenti come, nel caso specifico, sono quello spagnolo e quello italiano. Ciò è dovuto principalmente a tre ragioni: in primo luogo, visto che la funzione economica e sociale sarà la medesima in due società equiparabili sul piano giuridico, economico e civile, gli elementi essenziali della regolazione dovranno essere anch'essi uguali.

In secondo luogo, la storia giuridica di entrambi gli Stati non è stata uguale, dunque non lo sono neppure le attuali norme vigenti. Per ciò che riguarda

specificamente la mediazione, in Italia, contrariamente alla Spagna, essa è prevista espressamente dall'ordinamento giuridico (tipica). Ciò, pur non eliminando problemi e dubbi, offre un diverso punto di partenza che, tuttavia, appare particolarmente significativo dal momento in cui non risolve gran parte dei problemi che la mediazione presenta in Spagna dovuti alla sua condizione atipica.

In terzo luogo, e in relazione con le due motivazioni citate, le difficoltà, le lacune e le inadeguatezze comuni funzioneranno come indizi della stessa patologia, con l'obiettivo di individuare i problemi fondamentali nella regolazione della mediazione e cercare di ricavare una risposta adeguata ai problemi che essa pone.

Oltre al citato strumento del Diritto comparato e all'analisi delle categorie e degli aspetti propri del negozio giuridico, altre due componenti sono state essenziali nella realizzazione della ricerca: il Diritto contrattuale europeo e un'analisi economica di base degli elementi fondamentali della mediazione.

Benché non esista un Diritto contrattuale europeo nel senso stretto del termine, è lecito difendere l'esistenza di alcuni principi contrattuali comuni, oltre ad essere fuor di dubbio l'utilità della ricerca e dello studio in questo campo, come dimostrato soprattutto negli ultimi tempi.

Sono frutto di questo lavoro le attuali proposte scientifiche di modernizzazione ed armonizzazione contrattuale, le quali, al di là di possibili discussioni in merito alla loro virtualità normativa, offrono un'ampia informazione, riferita tanto a elementi riconosciuti come comuni, e pertanto propri, quanto agli strumenti proposti come idonei.

Per quanto riguarda l'analisi economica del contratto, essa rappresenta sempre un completamento interessante ai fini di qualunque tipo di studio contrattuale. E questo non solo per l'importanza ineludibile dell'utilità economica del contratto rispetto alla società a cui spetta regolarlo, ma anche, e soprattutto, con l'obiettivo di concretare la causa del contratto, tanto nell'aspetto oggettivo come nella vertente soggettiva della stessa. In questo senso, ci si propone di valutare, in

ognuna delle fasi, che le conclusioni parziali su cui si fonderanno i successivi stadi della ricerca non soltanto siano sistematiche, ma anche idonee ai fini di garantire lo scopo del contratto e, quindi, delle parti.

Inoltre, al trattarsi di contratti poco regolati, la loro dimensione economica ed i loro effetti non solo permettono la riflessione, ma favoriscono anche la critica. La quale, benché non possa offrire da sola risposte sufficienti, sì che può aiutare a scartare le opzioni meno idonee in ogni caso specifico.

Prendendo come base la premessa appena riferita, e servendoci degli strumenti proposti, si rivela necessario un'esame dettagliato e progressivo della mediazione, partendo dalle strutture più elementari per avanzare verso quelle di maggiore complessità, consolidando ognuna delle conclusioni raggiunte come base delle successive, oltre che, al tempo stesso, come sostegno delle precedenti.

Tuttavia, tenendo conto che un approccio di questo tipo può portare ad una notevole espansione del tema, risulta opportuno delimitare un oggetto di studio più concreto rispetto alla totalità degli elementi e degli aspetti che riguardano la mediazione. Ciò nella consapevolezza che, vista la vaghezza normativa e l'imprecisione delle fonti, l'analisi di ogni elemento, nel passaggio dalle considerazioni generali agli aspetti specifici, può richiedere un'integrazione tale da offuscare le considerazioni sulla mediazione con una pari quantità di informazione sulle categorie generali utilizzate.

Una volta riconosciuta questa tendenza ad una certa dispersione, si è cercato di circoscrivere l'oggetto di studio. Nel contempo, si è tentato di trarre profitto dalle inferenze reciproche, in modo tale da affrontare da una prospettiva diversa, con gli strumenti citati, alcuni istituti contrattuali che non stati ritenuti sufficientemente chiari. Parallelamente, si cercherà di estrapolare la natura della mediazione attraverso un'indagine che va dagli aspetti generali alle questioni specifiche; infine, tenteremo di servirci della concretezza che questa forma di procedere suppone come un elemento di critica specifica.

Rispetto alla delimitazione dell'oggetto di studio anteriormente citata, la

presente ricerca verterà specificamente sulla natura giuridica della mediazione, rimandando ad un secondo momento l'integrazione delle conclusioni che qui presenteremo con le condizioni prestazionali della stessa mediazione. In ogni caso, non si tratta di parti totalmente svincolate, emergeranno infatti influenze reciproche che renderanno necessario anticipare contenuti prossimi all'orbita dinamica delle obbligazioni delle parti.

Pertanto, dagli approcci che considerano la mediazione come una mera relazione di fatto, si avanzerà verso la considerazione della stessa come contratto. Con questo obiettivo, si separeranno le categorie o gli istituti ritenuti inadeguati rispetto alla natura della mediazione, per entrare nei dettagli delle sue strutture fondamentali, fino ad arrivare alla considerazione contrattuale della stessa.

Dalla prospettiva contrattuale, si tratteranno elementi quali la sinallagmaticità, la principalità, l'onerosità o la consensualità, oltre ad altre circostanze, essenziali o naturali, per poi passare ad affrontare la caratteristica che probabilmente merita maggiore riflessione: il rischio aleatorio della mediazione.

Sulla base di quanto esposto finora, si arriverà a delineare un'unica categoria contrattuale, il più possibile chiara e precisa, messa in relazione anche con un'analisi economica di ognuno dei suoi elementi costitutivi; inoltre, partendo dagli stessi presupposti, si procederà a una comparazione con le proposte del Diritto contrattuale europeo.

Come risultato avremo un contratto definito come categoria, ma non per questo regolato. Dunque, l'ultimo passo necessario consistirà nell'inserirlo in una categoria contrattuale più ampia, capace di rendere conto delle sue caratteristiche con una regolazione sufficiente, a partire dalla quale stabilire una normatività reale.

In conclusione, ci si propone di arrivare a una ricostruzione del contratto di mediazione stabilendo delle basi solide e sicure, sistematiche ed idonee, su cui poter elaborare -in termini dottrinali, giurisprudenziali ed anche legislativi- un corpo normativo moderno ed efficace, tanto a livello tecnico, come economico e sociale.

## 1. PUNTO DE PARTIDA

1.1. Terminología.- 1.2. El concepto esencial de la mediación.- 1.3. Apuntes históricos y antecedentes normativos de la mediación.- 1.4. Regulación actual de la mediación.- 1.4.1. España.- 1.4.2. Italia.

### 1.1. Terminología.

Una vez identificado el concepto, la terminología con la que nos refiramos al mismo en lo sucesivo no parece una cuestión de extrema importancia. Con todo, por mor de la precisión jurídica, así como de la propia categorización de las instituciones, conviene advertir que la falta de acuerdo respecto de la mediación, aun de forma leve, comienza en su propia denominación.

En Italia, gracias a la tipificación del instituto, sí ha quedado asentado el término “mediazione” para el supuesto, así como “mediatore” para quien desempeña la prestación mediadora<sup>1</sup>.

En España, sin embargo, se ha denominado, de forma generalmente indistinta, “mediación” o “corretaje<sup>2</sup>”. De hecho, habida cuenta la inexistencia de

---

<sup>1</sup> Artículos 1754 y ss. del Codice civile, que se detallarán en el apartado 1.4.2.

<sup>2</sup> «La doctrina, la jurisprudencia, así como los Códigos Civiles (...) utilizan indistintamente los vocablos mediación o corretaje para referirse a este contrato. Incluso, se utilizan ambos conceptos juntos, hablando entonces de contrato de corretaje y/o mediación», BLANCO CARRASCO, *El contrato de corretaje*, Ed. Colegio de Registradores, de la Propiedad y mercantiles, Madrid, 2008, p. 17. «Creemos que ambos conceptos pueden utilizarse como sinónimos; en la doctrina» RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2000, p. 166. CUADRADO «No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han optado, con carácter general, por referirse a este tipo contractual, indistintamente, con los términos «corretaje» y «mediación», “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año N° 83, N° 704, Madrid, 2007, p. 2482. En contra SANPONS SALGADO, para quien «en el caso del corretaje tiene o puede tener bastante importancia que se le atribuya un sinónimo tan confuso como es el término “mediación” (...) Mejor sería, en lo futuro, prescindir de él y acoger tan sólo el término corretaje», *El contrato de corretaje*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1965, pp. 51-52. También en contra de la equivalencia, aunque de forma más moderada,

una denominación típica, podría tratarse también como “intermediación” o incluso, de no ser por la deriva histórica del vocablo, “proxenetismo”<sup>3</sup>.

Respecto a la preferencia entre corretaje y mediación, cada uno de los términos tiene sus inconvenientes. Así, “mediación”, como se ya se apuntó, sufre de homonimia con el procedimiento de arreglo de controversias que, además, es una figura protagonista del derecho positivo actual, y no sólo en España<sup>4</sup>.

Podría discutirse si en tal procedimiento se produce de hecho un contrato de mediación, entendiendo la transacción extrajudicial como el contrato mediado; pero, aunque muy probablemente pudiera justificarse tal conclusión, el problema persiste en la medida que se trataría de un “contrato de mediación” para un “proceso de mediación”. No es un problema grave, ni tampoco insalvable con la aposición especificativa “contractual” o “procedimental”; o añadiendo la expresión “contrato de” o “procedimiento de”.

En cuanto a la significación literal, no técnica, de mediar, aportada por la Real Academia, no concuerda con el contenido jurídico de la institución sustantiva,

---

«Mediación puede entenderse como un término más amplio, es decir la acción de situarse entre dos partes e intentar que sus intereses contrapuestos afloren en un punto común satisfactorio a ambos (...)sin embargo, el término corretaje se ciñe más al propio contrato (...) [el corredor] también es un mediador o intermediario para intentar conseguir llegar a la perfección del contrato principal» CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 35-36.

<sup>3</sup> Aunque el “proxeneta” haya quedado relegado, terminológicamente, a un concreto tipo de intermediario de prácticas ilícitas, como sinónimo de “rufián”; quizá fuera el primer nombre técnico normado de la proto-mediación. D. 50, 14, 2 (ULP. 31 ad edictum): «Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri, et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen, idem dico, et si aliquid philanthropi nomine acceperit: nec ex locato conducto erit actio, plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur». También D. 50, 14, 1 (ULP. 42 ad Sab.), o D. 50, 14, 3 (ULP. 8 de ómnibus tribunalibus).

<sup>4</sup> Baste citar, ilustrativamente, la Legge 18 giugno 2009, n. 69, que en su artículo 60 «Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali», desarrollado en el Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28, en vigor desde el 21 de marzo de 2011, que la establece como requisito de procedibilidad en numerosas causas civiles. O, en España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; si parte, razonablemente, del principio de voluntariedad, y cuyo efecto sustantivo más significativo es, quizá, la suspensión –no interrupción– de la caducidad y prescripción.

acercándose más a la procedimental<sup>5</sup>. Tampoco parece un factor especialmente importante, sobre todo en la inteligencia de la especificidad diferencial del lenguaje jurídico.

El “corretaje”, por su parte, no adolece de varias significaciones que pudieran resultar equívocas y, de alguna forma, parece más cercano a la institución estudiada en cuanto a su definición literal de la Real Academia<sup>6</sup>. Sin embargo, ni dicha definición es realmente adecuada, pues en rigor sería una metonimia<sup>7</sup>, ni tampoco especialmente fiable como fuente del lenguaje técnico-jurídico<sup>8</sup>.

En fin, no se pretende dar más importancia de la que se le restó de principio, aunque pudieran encontrarse argumentos favorables a uno u otro término<sup>9</sup>. No afectando a la naturaleza jurídica del contrato estudiado se reconocerá que, aunque a efectos de claridad absoluta, “mediación o corretaje” sería la locución más correcta<sup>10</sup>, no es la más cómoda de escribir, ni tampoco de leer. Así, necesitando escoger un término, se prefiere “mediación” precisamente, por ser un vocablo más italianizado y parejo a “mediazione”, con el que insistentemente se va a comparar a lo largo del estudio que sigue.

---

<sup>5</sup> «(Del lat. mediāre). 1. intr. Llegar a la mitad de algo. U. t. en sent. fig. 2. intr. Interceder o rogar por alguien. 3. intr. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. (...), AAVV, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Real Academia Española, 2001.

<sup>6</sup> «1. m. Comisión que perciben los corredores de comercio sobre las operaciones que realizan. 2. m. Diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas», AAVV, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Real Academia Española, 2001.

<sup>7</sup> Pues llama al acto por su consecuencia, entendiendo a la retribución como consecuencia del corretaje.

<sup>8</sup> Baste pensar en que, en el mismo diccionario, se define al “corredor de seguros” incluyendo, precisamente, el término “mediador”, aunque también se hace referencia a la agencia: «1. m. Agente mediador en el contrato de seguro».

<sup>9</sup> Por ejemplo, la mayor tradición histórica del “corretaje”, si bien casi nunca con la significación concreta del contrato al que ahora nos referimos (y muchas veces un significado apenas diferencial de “mercader”). Ya se hablaba en la Ley 33, Título 26 de la Partida 2ª de los “corredores de subastas”, como «aquellos, que andan en las almonedas, e venden las cosas, pregonando quanto es lo que dan por ellas. E porque andan corriendo, de la una parte a la otra, mostrando las cosas, que venden, por esso son llamados corredores».

<sup>10</sup> Que no la idónea, pues lo más adecuado sería escoger una u otra opción. Sin embargo, dicha elección ni puede tomarse desde la arbitrariedad o el azar, ni sirve de mucho en un trabajo aislado. Como no cabe ningún método de elección general doctrinal, tampoco jurisprudencial, sólo sabe confiar que el Legislador lo aclare o, en su caso, el tiempo lo decida.



## 1.2. El concepto esencial de la mediación.

Para un concepto inicial, básico, de la mediación, podría referirse la misma como la relación entre dos sujetos en la que uno, el mediador, facilita al otro la oportunidad efectiva de perfeccionar un determinado contrato con un tercero.

Dicha definición, parca y seguramente insuficiente, parte de las limitaciones de ser general. Pudiendo variar la naturaleza de la mediación entre un mero acto jurídico y un contrato sinalagmático, con otras tantas alternativas entre ambos extremos, cualquier otra conceptualización podría ser tendenciosa, en cuanto a asignar atributos aún no demostrados<sup>11</sup>.

Más interesante puede ser la dicotomía de cada uno de los hechos y actos que componen el ejercicio de la mediación como estructura mínima.

De este modo, el hecho primero habrá de ser el interés de al menos un sujeto A en concluir un determinado negocio jurídico.

En segundo lugar, como interés derivado y concurrente al anterior, también debe interesar al mismo sujeto A una injerencia externa, que facilite la satisfacción

---

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, cuando define GARRIGUES el “concepto del contrato de mediación”, no parte ya sólo de que es un contrato, sino que, en la propia definición predispone su naturaleza: «Por virtud de este contrato una de las partes se obliga a abonar a la otra, llamada mediador, una remuneración por el hecho de indicar la oportunidad de celebrar un contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración (...)» *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, S. Aguirre Torre, impresor, 1966, p. 126. Aclara el proceso de determinación de la naturaleza cuando afirma, en la misma página que «(...) tampoco es un arrendamiento de servicios, porque el mediador no tiene derecho a la retribución si el contrato previsto no se celebra, aunque haya desplegado toda su actividad para este fin»; de forma que sus efectos no siguen a su naturaleza, sino su naturaleza a sus efectos. De la misma forma, pero en sentido contrario, por ser favorable a la sinalagmaticidad del contrato, CASTÁN define «contrato de corretaje o mediación aquel por el cual una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (que se le llama comitente o mandante) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución (llamada comisión o premio)», CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1957, p. 510. Estos planteamientos no sólo son válidos, sino idóneos para obras como las citadas; se aprovecha para dejar claro la diferencia de planteamiento de este estudio monográfico, en el que, al revés, intentando determinar la naturaleza del contrato, habrán de encontrarse sus efectos. En todo caso las influencias son recíprocas.

de su interés principal, y a cambio la cual estaría dispuesta a realizar un sacrificio patrimonial.

En tercer lugar, un sujeto B debe llegar a conocer y comprender los dos intereses antes mencionados.

En cuarto lugar, el sujeto B debe, además, tener él mismo interés en desempeñar las acciones pertinentes para satisfacer los dos intereses del sujeto A, uno de forma directa y otra indirecta.

En quinto lugar, habida cuenta del interés anterior, el sujeto B actuará para conseguir, con una adecuada relación de causalidad, facilitar que el sujeto A se encuentre en situación de poder perfeccionar el negocio que pretendía con un tercero.

En sexto lugar, el sujeto A pagará al segundo aquello que le interesaba sacrificar a cambio del interés expresado o, al menos, quedará obligado a ello.

En séptimo lugar, y como hecho fundamentalmente diferenciador de otras figuras afines, el sujeto B se mantiene independiente respecto de los intereses subjetivos que el negocio mediado representa, afectándole únicamente de manera indirecta<sup>12</sup>.

Los enunciados anteriores, simples y aparentemente autoevidentes – excepto, quizá, el último-, ni lo son tanto ni resultan indiscutidos. Además, por abstracta que se pretenda la presentación, esta enumeración de hechos y acciones también presupone inevitablemente algunas conclusiones o, cuanto menos, insinúa algunas tendencias que seguirá el estudio.

La utilidad de las premisas enumeradas viene dada por su desarrollo, parejo al de la propia naturaleza del concepto que conforman, sirviendo de límite frente a

---

<sup>12</sup> Esta última nota, que se ha considerado característica lo es, como se indica, precisamente por su carácter diferencial, no tanto por se un elemento indiscutible de la estructura básica de la mediación (aunque lo sería, si se quiere diferenciar de otras figuras afines como la agencia, el mandato o la comisión). Sobre la discusión a cerca de la imparcialidad del mediador, *vid.* epígrafe 4.7. Respecto a las diferencias de la acción mediadora con otras afines, ver epígrafe 9.4.

todo aquello que resulte incompatible con la existencia vinculada de dichos extremos. Servirán así como base mínima, para ser analizada y completada jurídicamente con las categorías que permitan, en un primer lugar, mantener indemne su esencia, acorde a sus fines; y en un segundo, optimizarla conforme en relación el sistema jurídico y la eficacia económica y social del interés jurídico que supone.

### 1.3. Apuntes históricos y antecedentes normativos de la mediación.

El desarrollo histórico de la mediación tiene una utilidad cierta pero limitada, en relación con su naturaleza. La institución ha cambiado tanto como el sector de la sociedad sobre el que está llamada a desplegar sus efectos; o los intereses que la informan. Por ello, los primeros orígenes romanos y su devenir medieval tiene mucha menos influencia en la actual regulación de la mediación que en la mayoría de los contratos “clásicos”, sobre todo en lo que a los típicos se refiere.

Además, cualquier precedente remoto<sup>13</sup> apenas será una figura en la que se pueda reconocer alguna característica de la mediación<sup>14</sup>, sin llegar a tratarse nunca de una auténtica mediación en sentido moderno<sup>15</sup>. Tampoco será propiamente una

---

<sup>13</sup> Así De proxeneticis, ver nota 3.

<sup>14</sup> El mediador medieval, aunque intermediario, ejercía un papel intermedio entre el cónsul, el agente y, en ocasiones, el representante directo. Así, respecto de los corredores en la Francia medieval, «erano coloro che svolgevano attività di intermediazione tra commercianti di nazionalità diversa, soprattutto, proteggendo i commercianti stranieri e redigendo e traducendo i testi contrattuali», D'ETTORE, MARASCIULO, *La mediazione, tra modello normativo e prassi negli affari* (a cura de GALGANO), (Trattato diritto comm. pubbl. econ.), Cedam, Pavoda, 2011, p. 20.

<sup>15</sup> De este modo, cuando se advierte, por ejemplo, un precedente en el contrato aestimatorius, como BONET CORREA, “El contrato de corretaje o mediación”, *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1951, p. 1623, más se tienen en cuenta, probablemente, la aleatoriedad de la mediación como categoría que como circunstancia; haciendo de precedente del sustantivo el que pudo serlo, en su caso, del adjetivo. El que el riesgo de la mediación, como se verá, sea un elemento esencial y diferencial, puede tener mucho que ver con esto, así como con cualquier otro tratamiento que, partiendo de dicho riesgo, lo toma como protagonista, por encima de otras circunstancias. *Vid.* epígrafe 8.1.

mediación, en el sentido técnico actual, la primera institución afín regulada en España en la Edad Moderna<sup>16</sup>, aunque se trata de un concepto más cercano.

Sin embargo, la evolución histórica de la figura ofrece, al menos, dos conclusiones reseñables en cuanto al presente estudio. Una supondría la afirmación de la esencial novedad de la mediación. Esto es: es una institución actual, que cubre necesidades sociales y económicas actuales<sup>17</sup>, configurando un interés jurídico antes mucho más difuso. Ello, a su vez, sustenta otra serie de planteamientos:

Primero, la naturaleza actual de la mediación no será dependiente de figuras genéticamente afines (aunque, en muchos casos, sí podrá ser análoga).

Segundo, la novedad de la institución dificulta su incardinación simple en el resto del sistema, como contrato atípico, lo que ha llevado a las distintas teorías sobre la naturaleza de la mediación, que se verán en adelante.

Tercero, como toda figura novedosa, no se limita a surgir *ex nihilo* como una creación perfecta. Al contrario, necesita un periodo de concreción y adaptación a su propia causa, creando una serie de prácticas, no siempre óptimas, que bien ajustarán los siglos o, de forma más deseable, el Legislador. De ahí que tampoco se

---

<sup>16</sup> Título VI del Libro Noveno de la Novísima Recopilación, De los corredores, que recoge una serie prohibiciones limitativas del ejercicio de los mismos, a saber: «Prohibición á los extranjeros del oficio de corredor (...); Prohibición del oficio de corredor en ferias sin el nombramiento de los pueblos que tengan costumbre de hacerlo (...); Prohibición de comprar los corredores para sí cosas que les dieren á vender(...); Prohibición de comprar las mercaderías los corredores, y de vender y negociar las que fueren suyas». Se trata, en todo caso, de un tipo de mediación difícilmente separable de la agencia, en términos actuales. De forma análoga, en Italia, también las normas más tempranas son regulaciones, fundamentalmente administrativas, del ejercicio de la profesión, más que verdaderas normas sobre el instituto jurídico, su naturaleza o dinámica prestacional. Así la Legge republicana del 2-17-1791, «che consente a chiunque la facoltà di esercizio della mediazione a condizione che sia munito di patente» VISALLI, *La mediazione (I Libri dell'Istituto giuridici italiano)*, Cedam, Padova, 1992, p. 4.

<sup>17</sup> «Una de las características propias de la sociedad actual (...) el conocimiento de las reglas de juego y la rapidez en la gestión deseada se han convertido en elementos que pueden marcar la diferencia entre el éxito o el fracaso. Esta situación ha exigido que el interesado en desarrollar ciertos negocios requiera de la asistencia de un tercero (...) dentro de esta categoría destaca especialmente el contrato de corretaje o mediación (...)» BLANCO CARRASCO, *El contrato de...op. cit.*, pp. 15-17. También MILÁN GARRIDO «(..) el corretaje, como forma específica de mediación, es una figura jurídica relativamente moderna en la que, si bien puede advertirse una tipicidad social arraigada en la realidad, ésta no se corresponde aún, en todo caso, con una conformación normativa que confiera a la referida modalidad contractual total autonomía y un alcance y contenido plenamente delimitados», “Introducción al estudio del corretaje”, *Revista general de derecho*, Nº 510, Ed. Revista General del Derecho, 1987, p. 694.

pueda referir la actual mediación a la figura que empezó a perfilarse, jurisprudencial o normativamente, a principios del siglo pasado sin someterla a una revisión crítica de adecuación respecto a su esencia y utilidad actual<sup>18</sup>.

No se trata, en fin, que el supuesto fáctico de la mediación tal y como se describió no se diera en ningún periodo histórico anterior; sino que por mor de la organización social y comercial, respondía sólo a determinados presupuestos circunstanciales (fundamentalmente a la necesidad de bilocación del mercader para multiplicar sus operaciones); y no a otros ahora esenciales en la mediación, cual es la pura búsqueda de la oportunidad de un negocio ajeno al propio.

En cuanto a la segunda conclusión relevante, íntimamente relacionada con la anterior, se trata de la individualización progresiva de la mediación respecto de otros contratos tipo en los que se había intentado acomodar, hasta que la evolución de la misma impulsó su emancipación. Esta particularización de una actividad de gestión muy probablemente fuera casi indiferenciada en sus orígenes; por lo que es difícil establecer categorías no casuísticas que entonces delimitaran lo que hoy consideramos mediación de la actual agencia, del mandato, o de la comisión mercantil.

Así, en un principio se asimiló al contrato, a pesar de la gratuidad del mismo, a la *locatio operis*; aunque también empezó a apuntarse su autonomía atípica, ya en el siglo XIX<sup>19</sup>. A pesar de ello, siguió tratándose de forma indiferenciada hasta

---

<sup>18</sup> «El avance de la tecnología y de la ciencia y la necesidad de adecuar los negocios jurídicos influyen en que las normas reguladoras de las figuras que podemos denominar clásicas, pierdan vigencia y nos encontramos con situaciones de hecho que no se adecuan a las normas contenidas en un cuerpo legislativo. Esto es precisamente lo que ocurre con todas las actividades de intermediación (...)» GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, p. 11. Aunque referido, quizá, más directamente a la “regulación” decimonónica que a la producida en el siglo XX.

<sup>19</sup> Desarrollado todo lo anterior, sobre todo, en Alemania, como trata VISALLI «In Germania si sviluppa nel secolo scorso un acceso dibattito sulla qualificazione del negozio di mediazione (...) Una prima tesi riconduce il Mäklergeschäft a la figura del mandato (...) un'altra opinione (...) al modelo della locatio operis (...) Una diversa costruzione (...) fra i contratti innominati (...), *La mediazione*, op. cit., p. 5.

principios del XX<sup>20</sup>. No es un caso aislado, pues el origen de gran parte de las figuras contractuales actuales puede derivarse del contrato de mandato y del arrendamiento de servicios<sup>21</sup>. Acaso influyó, no sólo la especialidad de aquellas figuras, sino también por el estancamiento de las categorías matrices, incapaces de contener la novedad por su propia anacronicidad<sup>22</sup>.

Por lo que hace a los antecedentes directos de la regulación actual, en España las normas positivas más recientes siguieron la estela de las ordenaciones regias, regulando más el ejercicio de la profesión que el instituto jurídico que se ejercía. Ello, además, de forma generalmente sectorial<sup>23</sup>. Disposiciones normativas,

---

<sup>20</sup> Así SSTS de 2 de diciembre de 1902, o de 26 de noviembre de 1919 trataban a la mediación como un tipo de mandato. Incluso la STS de 11 de junio de 1947 consideraba que «el contrato de mediación, como el de corretaje, no son regulados por el Derecho constituido, no son sino figuras y especialidades comprendidas en el mandato, por cuyas genéricas disposiciones han de regirse, siendo el mediador un mandatario». No obstante esta tendencia, extendida hasta mitad de siglo, el reconocimiento de la autonomía del contrato fue anterior – aunque no indiscutido-, en la STS de 10 de enero de 1922, de la que CASTÁN, comenta que «esta sentencia modifica el sentido en que ese había orientado anteriormente la jurisprudencia, pues hasta ahora, los contratos de intervención, agencia o intermediación en las ventas se habían equiparado a los de mandato o comisión mercantil (...) y se habían considerado como condicionales y subordinados a los de venta», *op. cit.*, p. 512. Por otra parte, incluso ahora aparece regulada la mediación, en el Código civil suizo, dentro del Título XII, rubricado como “Del mandato”.

<sup>21</sup> «(...) del simple arrendamiento de servicios, hoy cada vez menos frecuente, y del mandato, han surgido un sinnúmero de nuevos contratos, sobre los que las normas sobre esta materia de los cuerpos legales clásicos no sólo se han visto insuficientes, sino incluso contradichas por la nueva ordenación que se les ha dado» SANPONS SALGADO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>22</sup> Como se verá más adelante, mientras que se defiende que la segregación de la mediación del mandato se debe a la especialidad; su separación del arrendamiento de servicios se propone debido a la anacronicidad e insuficiencia de ésta categoría, no tanto a su ineptitud. Vid. el epígrafe 9 y, en concreto, 9.1 y 9.4.

<sup>23</sup> Así, respecto a la mediación inmobiliaria, seguramente una de las más importantes formas de mediación desde un punto de vista económico y social, se suceden las regulaciones administrativas desde el Decreto del Ministerio de la Vivienda de 17 de diciembre de 1948. Le siguen el Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre; o el Decreto 55/1975, en la etapa pre-constitucional; regulándose ahora el estatuto de tales Colegios profesionales en el Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre. También se regulan, como es propio a un sector tan específico y normado como el del Seguro, los corredores de seguros en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Entre otros supuestos igualmente específicos, sectoriales y poco significativos para el presente estudio. En cuanto al Derecho autonómico, se menciona al mediador inmobiliario en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, aunque su virtualidad normativa se limita a poco más que a actuar con diligencia,

por tanto, con un carácter eminentemente administrativo de las que, si bien podrían llegar a extraerse efectos sobre la naturaleza y efectos de la mediación, quedan supeditadas a su propia finalidad y origen. Así, en el importante ámbito de la mediación inmobiliaria, toda la reglamentación relativa al ejercicio de la profesión decayó al liberalizarse el ejercicio de la misma en 2003<sup>24</sup>.

Cabe advertir que, si bien el Código de Comercio de 1885 incluyó, como rúbrica del Título VI del Libro I “De los Agentes Mediadores del Comercio”, no lo hace con la adecuada técnica jurídica, pues se refiere únicamente a los comisionistas que actúan por cuenta de su comitente<sup>25</sup>.

Por tanto, no puede encontrarse ninguna norma positiva que, de forma directa y sin recurrir a la analogía, haya regulado históricamente ningún aspecto sustantivo de la actual mediación<sup>26</sup>.

En Italia la regulación de la mediación comienza siendo mercantil<sup>27</sup>, desde el Código de comercio de 1808 hasta el de 1882. No prejuzgaba eso su naturaleza civil o mercantil pues, además del destino conocido de dicha división en Italia<sup>28</sup>, se

---

responsabilidad, independencia, legalidad y ética, lo que podría servir para cualquier profesión imaginable.

<sup>24</sup> Establece el artículo 3 de la ley 10/2003, como condiciones para el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria, «(...) 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 ». Decae así toda la regulación antes citada, y también casi todas las inferencias que, de la misma, se hubieran podido hacer a la institución de la mediación en sí misma considerada.

<sup>25</sup> «(...) pese al rótulo legal, esos agentes no todos son verdaderos mediadores y que la función estricta de la mediación mercantil no aparece clara en ningún precepto del C. de c. (...) este no contiene ningún precepto sobre el contrato de mediación (...)» GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, op. cit., pp. 125-126.

<sup>26</sup> Y, como quiera que para usar la analogía hay que deducir cuál es la naturaleza análoga, hay que saber antes cual es la naturaleza propia, por lo que el puro ejercicio de analogía, además de no ser estrictamente normativo, no es útil aisladamente en cuanto a este cometido.

<sup>27</sup> «(...) la mediazione, nelle varie fasi di evoluzione del diritto italiano, è stata per lungo tempo considerata un istituto proprio ed esclusivo della legislazione mercantile», MARINI, *La mediazione, comm. delle art. 1754-1765, Il Codice Civile. Commentario*. Giuffrè, Milano, 1992, p. 6.

<sup>28</sup> Vid. epígrafe 4.8.

mantuvo desde el principio la posibilidad de convergencia en el ámbito civil<sup>29</sup>. En cuanto a la regulación concreta de la figura, se encontraba en el Libro I, bajo la rúbrica “de los mediadores”, en los artículos del 28 al 34.

No se ofrece, sin embargo definición o concepto propio de la mediación<sup>30</sup>, sino que se limita a regular la relación que surge de ésta<sup>31</sup>. Sí se ponen las bases, aunque sin apenas demasiados cambios notables<sup>32</sup>.

Al tiempo, y contrariamente a lo sucedido en España en cuanto a la restricción del ejercicio de la mediación, se afirma el principio de libertad de la misma<sup>33</sup>, dotando de cierta irrelevancia la regulación de la profesión al margen de la propia institución.

De este modo, en España se encuentra un contrato atípico de ejercicio tradicionalmente regulado; mientras que en Italia la mediación fue ya típica con anterioridad al Código civil vigente, y tradicionalmente libre en su ejercicio.

---

<sup>29</sup> Aunque no de forma indiscutida, ya lo reclamaba BOLAFFIO, *Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale*, Utet, Torino, 1922. p. 38 y ss. En concreto sobre la aplicación analógica del artículo 31 del Cod. Comm, en la p. 56, nota 2.

<sup>30</sup> No obstante, en el proyecto de Código de comercio de 1940, sí se definía al mediador: «È mediatore colui che professionalmente esercita una attività diretta a mettere in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato con l'una o l'altra da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Restano salve le disposizioni che riguardano materia speciali», clara influencia de la norma actual, como se verá.

<sup>31</sup> «(...) non fornisce la definizione della figura considerata, né si sofferma sulla mediazione intesa in senso oggettivo, ma si limita a regolamentare il rapporto che trae origine da questa», VISALLI, *La mediazione, op. cit.*, p. 6.

<sup>32</sup> Quizá el más tratado sea, precisamente, el cambio de la ubicación sistemática, en cuanto a las discusiones relativas a la contractilidad de la mediación, como se verá.

<sup>33</sup> Por el artículo 26 del Reglamento del Código, R.D. de 27 de diciembre de 1882, n. 1139: «la professione del mediatore è libera». Confirmado en el artículo 21 de la Ley 272 de 20 de marzo de 1913.



#### 1.4. Regulación actual de la mediación.

Para fijar las circunstancias actuales de uso jurídico de la mediación se expondrá la realidad normativa de la misma, tanto normativamente, sobre todo en Italia, como judicialmente, en España.

Este primer acercamiento tratará de ser lo más acrítico posible, sugiriendo únicamente los problemas y soluciones que se tratarán a lo largo del estudio. No obstante, la premisa de estas premisas es su contingencia. La doctrina jurisprudencial, si bien es un complemento digno y cualificado cuando interpreta las normas; en este caso en el que la interpretación directa es imposible, sólo implica una interpretación indirecta y extensiva, demasiado cercana a la creación normativa, aun en la atipicidad.

Una creación normativa que, sin poder pretender serlo, adolecerá de problemas estructurales, así como carecerá planteamientos generales, abstractos y con vocación de permanencia. Como es en extremo difícil impartir justicia concreta y, al tiempo, crear Derecho objetivo; se tratará de una labor indispensable pero, sobre todo, discutible.

Del mismo modo, aunque exista una base legislativa como la italiana y, con ello, las decisiones sean más fundadas normativamente y la discusión quede más limitada, no ocurre lo mismo con la crítica; toda vez que lo indeterminado puede variarse e incluso lo establecido llegar a ser mejor.

##### 1.4.1. España.

De entre las numerosas sentencias que, desde principio de siglo, han configurado, de forma más o menos uniforme, el contrato de mediación, podría ofrecerse un **concepto** como: *«el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios*

*encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario. Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil», recogido en la STS 685/2012, de 19 noviembre<sup>34</sup>.*

El recorrido que lleva hasta el concepto presente recorre décadas de doctrina jurisprudencial auto referencial<sup>35</sup>, integrando el contenido de los contratos con la poca base normativa general, ante la inexistencia de la específica. Es de señalar la utilización, como elemento de integración -al menos interpretativo- de la propia legislación italiana, aquí utilizada en sentido análogo. Así la STS 348/2007 de 30 de marzo: *«El contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos (...) sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario o, como dice el art. 1754 del Código italiano<sup>36</sup>, sin estar ligado a los contratantes por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación (...)»*. También la STS 713/2010, de 15 noviembre *«todo lo cual encuentra su apoyo normativo en el artículo 1754 del Código Civil italiano, que puede tomarse en vía de ejemplo»*.

Repasando de forma más concreta alguna de características afirmadas de la mediación, se mantiene que es un contrato **atípico** y con **sustantividad propia**,

---

<sup>34</sup> En los mismos términos, las STS 878/2011 de 25 de noviembre; 360/2009 de 25 de mayo; o 348/2007, de 30 de marzo, entre otras muchas.

<sup>35</sup> Aunque sí existan pequeñas variaciones y correcciones, sobre todo terminológicas y técnicas, la esencia del contrato puede rastrearse, en la concatenación de referencias, hasta mitad del siglo XX, una vez estabilizada y unificada la consideración del mismo como un contrato independiente del mandato o el arrendamiento de obra o servicios. Así lo presentan, casi en los términos actuales, las SSTS de tres de junio de mil novecientos cincuenta, RJ 1950\1016; de veintisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, RJ 1962/5140; y tres de marzo de mil novecientos sesenta y siete RJ 1967\1243. A su vez, la sentencia.

<sup>36</sup> La tendencia ya iniciada en la STS de 27 de diciembre de 1962, justifica, desde la doctrina jurisprudencial, no sólo la utilidad del presente estudio, sino la aplicabilidad, aunque sea indirecta, de las conclusiones dogmáticas que puedan extraerse del Derecho italiano y, a fortiori, de los principios comunes que pudieran extraerse del Derecho contractual europeo.

aunque presente una relación de analogía respecto a algunos aspectos de otros contratos afines. Así la STS 713/2010, de 15 noviembre<sup>37</sup>: «(...) el contrato de mediación o corretaje, es un contrato atípico en nuestro derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el de comisión, con el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una combinación formada con los elementos a dichas figuras contractuales típicas. Pero a pesar de ello su enorme práctica comercial y la importancia que ha adquirido en dicha área hacen preciso que se fijen las normas por las que ha de regir su nacimiento, desarrollo y producción de efectos. Para ello habrá de recurrir a lo pactado por las partes a tenor de la facultad otorgada por los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, más tarde a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia pacífica y consolidada establecida por las sentencias de esta Sala; sin olvidar, en su caso, la doctrina científica y derecho comparado, recogidos en dicha jurisprudencia<sup>38</sup>».

También lo entiende como un contrato **condicional** la STS 348/2007, de 30 marzo<sup>39</sup>: «En consonancia con ello, esta Sala tiene declarado que dicho contrato está

---

<sup>37</sup> También lo entiende así la STS 738/2011, de 13 octubre: «Es un contrato atípico, cuya semejanza con el mandato o el de prestación de servicios o el de obra, no permiten la aplicación directa de sus normas, sino que se regulará por lo pactado, por la normativa general de obligaciones y contratos y por los usos y costumbres. (...)»; o, anteriormente, la STS de 2 de octubre 1999: «nunca responderá a una combinación formada con los elementos de dichas figuras contractuales típicas" (mandato o prestación de servicios, con los que tiene analogías)». Se trata también como "innominado", aunque se refieran igualmente a su atipicidad, en las SSTs 973/1994, de 4 noviembre; 348/2007, de 30 marzo; o 1185/1992, de 22 diciembre.

<sup>38</sup> De nuevo se invoca al Derecho comparado a efectos de resolver lo irresoluble, en cuanto a la complejidad de la figura, la insuficiencia ordinaria de los pactos de las partes, y la ausencia de normativa aplicable. El requisito que mantiene la sentencia en cuanto a la necesidad de que la doctrina o el Derecho comparado estuviesen recogidos jurisprudencialmente no deja de ser un imposible lógico en su formulación absoluta, pues si sólo fuera relevante una vez recogido, pero no pudiera recogerse en tanto no fuera relevante, resultaría un imposible. Seguramente sea más adecuado pensar que sólo cuando las conclusiones fueran adecuadas y aplicables en el Ordenamiento español, habrían de ser aplicadas, heterointegrándolo de forma indirecta, al fundarlas no tanto en su valor normativo como dogmático, aprovechándolas para extraer, de nuestros propios principios y normas -comunes- conclusiones asimilables.

<sup>39</sup> También la STS de 26 marzo de 1991, RJ 1991\2447: «Que el contrato de corretaje o comisión pactado se halla sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido»; o la STS de 19 octubre 1993, RJ 1993\7744: «(...) la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que "pueden ser

*supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso».*

Queda claro el especial carácter de **confianza** que reviste el contrato, como recogen las SSTS 713/2010, de 15 noviembre, *«mandato y comisión son contratos "factio ut des" (la relación contractual es de resultado) e "intuitu personae" (basado en la confianza), características presentes en el de corretaje, distribución o agencia inmobiliaria»;* o 360/2009, de 25 mayo, *«tratándose de un contrato de duración indeterminada, basado en la confianza mutua entre las partes que lo concertan, por lo que puede ser revocado cuando la misma cesa»;* entre muchas otras.

Asimismo se ha afirmado su **onerosidad** en la STS 13/2010, de 15 noviembre: *«se trata de un contrato atípico, consensual y oneroso»*, de conformidad con lo establecido, de forma generalizada, por la jurisprudencia menor, a su vez inspirada por doctrina más antigua del Supremo, cual la recogida en las SSTS de 27 de diciembre de 1962 y 2 de mayo de 1963<sup>40</sup>.

Aprecia el carácter de **aleatorio** la Sentencia 682/2012, de 2 noviembre<sup>41</sup>: *«Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil».*

Las dos citas mencionadas en los párrafos precedentes recogen, a su vez, el

---

contratantes", "sin intervención del mediador en el contrato", ni actuar como mandatario; se halla sometido a la condición suspensiva de celebración del contrato, no por sí mismo (como ha entendido con error la Sala) sino por los interesados»; entre otras muchas.

<sup>40</sup> Sentencia núm. 724/2010 de 25 octubre de la Audiencia Provincial de Pontevedra: «No ha de ofrecer duda el carácter oneroso de la mediación»; sentencia núm. 121/2006 de 5 mayo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Se trata, sin duda y como la jurisprudencia ha señalado desde antiguo (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1962 y 2 de mayo de 1963), de un contrato esencialmente oneroso en el que la remuneración es un elemento sustancial del mismo (junto con la actividad de mediación), e integra una obligación genuina del oferente, pues el corretaje sólo vincula a quienes lo hayan concertado»; Sentencia núm. 166/2006 de 28 marzo de la Audiencia Provincial de Málaga: «(...) siendo meridianamente claro que nos encontramos en presencia de un contrato oneroso en el que el agente desempeña funciones de intermediación a cambio de una retribución».

<sup>41</sup> Asimismo la STS 503/2011, de 27 junio; reproduciendo ambas los términos de la STS de 6 de octubre de 1990.

carácter **consensual** de la mediación, como hace también, en idénticos términos, la STS 667/2012, de 14 noviembre.

Menos pacífica es la consideración de si se trata de un contrato **unilateral** o **bilateral**, declarado ambas posibilidades la STS 348/2007, de 30 marzo: «*En definitiva un contrato que pueda ser de carácter bilateral, o unilateral del que nace el encargo, cuando la obligación de pago al mediador queda condicionada a que la mediación sea eficaz y se celebre el contrato*». Lo describen únicamente como bilateral las citadas SSTs 685/2012, de 19 noviembre; o 682/2012, de 2 noviembre.

Más expresiva ha sido la jurisprudencia menor, incidiendo en el problema dogmático la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 26/2012, de 18 enero: «*Se trata de un negocio atípico o innominado, facio ut des, consensual, principal y oneroso, discutiendo la doctrina si es unilateral, por obligar sólo a la parte oferente que hace el encargo a pagar la remuneración si la mediación es eficaz, o bilateral, al crear recíprocas obligaciones para las partes, pues el mediador queda obligado a desplegar una adecuada y normal actividad de mediación*»; y dándolo por resuelto en la doctrina jurisprudencial posterior a 1990: «*La jurisprudencia (...), lo ha considerado siempre como contrato bilateral que crea obligaciones sinalagmáticas, quedando obligado el mediador a efectuar las gestiones que sean usuales en el tráfico a que se dedique*». Enuncia también la unilateralidad la Sentencia 66/1999, de 5 febrero, de la Audiencia Provincial de la Rioja: «*(...) incluso la propia jurisprudencia (...) ha llegado a sostener que la mediación es un contrato unilateral, en el que sólo se obliga la parte que hace el encargo al mediador subsistiendo el derecho a la remuneración aunque el contrato celebrado no llegue a consumarse, devengándose tal remuneración siempre que de las gestiones del mediador se haya aprovechado quien concluya el contrato (...)*»; citando sentencias del Tribunal Supremo anteriores a 1970.

En el mismo sentido de la bilateralidad, utilizando el término más preciso<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Toda vez que la del Tribunal Supremo, cuando se declara meramente la categoría sin profundizar en la misma, por no ser ratio decidendi, pudiera dar lugar a confusión dado que la bilateralidad no siempre coincide con sinalagmaticidad, sino que también puede usarse como sinónimo de consensual. En todo caso, al declararse en conjunto ambas categorías podría descartarse tal significación.

**sinalagmaticidad**, también se pronuncia la jurisprudencia menor. Así la Sentencia 604/2012, de 27 septiembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, *«El contrato de intermediación o corretaje es de carácter sinalagmático y conlleva obligaciones y derechos recíprocos para las partes, consistente en la labor de mediación por parte de la intermediaria, y el pago de un precio por quien contrata sus servicios»*. También la Sentencia 100/2012, de 2 marzo, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares: *«(...) dicho contrato es de carácter bilateral y sinalagmático y que, por consiguiente, produce obligaciones recíprocas e interdependientes entre los contratantes»*. Asimismo la Sentencia 262/2009 de 23 julio de la Audiencia Provincial de León: *«La jurisprudencia ya de antiguo (...) lo ha considerado siempre como contrato bilateral que crea obligaciones sinalagmáticas, quedando obligado el mediador a efectuar las gestiones que sean usuales en el tráfico a que se dedique»*.

El problema viene de la remisión, por la mayor parte de la doctrina jurisprudencial a este respecto, menor y mayor, a las SSTS de 6 de octubre de 1990 y 22 de diciembre de 1992 como fuente de esta sinalagmaticidad, así como de la obligación de gestión del mediador. Ni son tan claras estas dos sentencias; ni tampoco absolutamente coordinadas. Así, mientras la más reciente declara que *«parece evidente, conforme a la normativa general de las obligaciones y contratos, contenida en los Títulos primero y segundo de Libro cuarto de CC, por la que se rige el que nos ocupa, que el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora (única a la que se había obligado), o sea, desde que, por su mediación, haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa cuya gestión se le había encomendado»*; establece la anterior que *«el mediador no promete la conclusión del contrato objeto del encargo, ya que ese hecho, aquí no discutido, como se dice en la sentencia de 3 de marzo de 1967, no depende de su voluntad sino de la de los interesados»*. De hecho, esta sentencia de 1990 únicamente falla la obligación del comitente -extremo del todo compatible con la unilateralidad-, sin pronunciarse sobre la del mediador, pese a las construcciones posteriores erigidas sobre la misma.

Más clara al respecto es la Sentencia 665/2005, de 22 julio, de la Audiencia Provincial de Málaga: *«La mayoría de la doctrina mercantil (Garrigues, Broseta y Uria) consideran que se trata de un contrato sinalagmático o bilateralmente obligatorio, porque origina recíprocas obligaciones para las partes; el corredor queda obligado al menos a desplegar una actividad y diligencia normal en el ejercicio de su mediación; cuando el corredor acepta el encargo, crea una apariencia y esperanza de gestión, que ha de ser correspondida con el desarrollo de una diligente actividad de búsqueda y captación de contratantes»*, aunque acabe remitiéndose a las sentencias citadas, además de otras sentencias anteriores a 1960.

Es generalmente aceptado que se trata, además, de una **obligación de resultado**, como expresa la STS 878/2011, de 25 noviembre: *«Es pues, una obligación de resultado: solamente se cumple si se obtiene el resultado previsto en el contrato de mediación, que no es otro, que la perfección del contrato proyectado»*. También lo entiende, incluso aunque se hubiera pactado expresamente la mediación como obligación de medios, la STS 738/2011, de 13 octubre: *«No se trata de una interpretación del contrato sino de una calificación del mismo y siendo de mediación, su propia esencia es la que se ha expuesto. La retribución de la mediación se produce por la perfección del contrato objeto de la misma, como efecto (nexo causal) de la actividad mediadora; entender otra cosa es desnaturalizar el concepto»*.

En cuanto a cuál es el resultado al que se queda obligado, a día de hoy se entiende que es la perfección del contrato, del que el mediador no es parte. Así las ya citadas SSTs 878/2011 de 25 noviembre; 738/2011 de 13 octubre; o 348/2007, de 30 marzo. Sin embargo, en un momento anterior se dio una cierta indeterminación entre la perfección y la consumación del negocio mediado, así STS de 2 de diciembre de 1902 y, acogiendo la doble tesis, de 26 de noviembre de 1919. Lo cierto es que no se percibe una diferencia cualitativa entre una y otra posibilidad de resultado, salvo que la consumación implica un mayor riesgo, pues ambas son

ajenas a la cualquier diligencia posible en la acción del mediador<sup>43</sup>. Si bien se suele hacer referencia al "aprovechamiento" de la mediación<sup>44</sup>, siempre revierte sobre la perfección como única expresión de utilidad -o acaso como única prueba aceptada de la misma-.

El tratamiento del resto de caracteres de la mediación, que se estudiarán en adelante, se encuentra subsumido en la doctrina jurisprudencial aportada. Así, por ejemplo, la **independencia** del mediador respecto al comitente, sin actuar como representante o mandatario, ni tener más obligación que la pura intermediación<sup>45</sup>. No tiene así demasiado sentido reiterar más características que ya han sido enunciadas, por no haber tenido éstas un tratamiento mucho más profundo que su enunciado en las citadas definiciones jurisprudenciales.

---

<sup>43</sup> Sobre todo sí, como afirma la STS 591/2006, de 13 junio, «el derecho del corredor a ser remunerado depende, pues, del cumplimiento del encargo que se le hace, de modo que no adquiere derecho a percibir corretaje, aunque halle persona dispuesta a comprar, si surge en el curso de las negociaciones cualquier diferencia sustancial que obste a la celebración de la venta, porque en tal caso ésta no llega al estado de perfección».

<sup>44</sup> Así la STS 973/1994, de 4 noviembre: «El derecho a la remuneración subsiste aun cuando el contrato objeto del corretaje no llegue a consumarse, siempre que de las gestiones del mediador se haya aprovechado quien concluyó el contrato, con independencia de las vicisitudes que éste experimenta a lo largo de todo su desarrollo (...)», oponiéndolo finalmente a la consumación, pudiendo utilizarse el mismo argumento frente a la perfección, si se pudiera probar de otra forma la utilidad o aprovechamiento. En un sentido de la utilidad algo más distante del resultado perfectivo, la Sentencia 59/2010, de 13 mayo, de la Audiencia Provincial de Almería: «Resulta pues evidente la realización de servicios o gestiones por parte de la inmobiliaria a los que se había comprometido según el contrato, y no a la finalidad de la adquisición por el actor de vivienda. Como consecuencia de tales servicios y en contraprestación a los mismos, causa en contrato oneroso, surge la obligación de pago del Sr. Víctor ».

<sup>45</sup> Al respecto, en todo caso, además de las sentencias citadas, SSTS de 12 de marzo de 1986; 25 de junio de 1994; 4 de julio de 1994; o 16 de abril de 2003. Con mayor concreción en la jurisprudencia menor, SSAAPP de Salamanca, de 20 de octubre de 2000; de Madrid, de 15 de diciembre de 2000, o de Barcelona, de 27 de noviembre de 2000, que aclara: «el contrato de mediación o corretaje puede definirse como aquel por el cual una parte se obliga frente a otra, sin relación de dependencia, a desplegar una actividad dirigida, a procurar la conclusión de una operación o contrato».



### 1.4.2. Italia

Como se ha afirmado en varias ocasiones, la mediación es típica en Italia, pero no por ello clara o suficiente en regulación<sup>46</sup>, ni actualizada en su contenido<sup>47</sup>. Contendida en el Capítulo XI del Título II del Libro cuarto del **Código civil**, incluye los artículos 1754 a 1765 del mismo.

Define, el art. 1754 del Código civil italiano al mediador, sin definir a la mediación en sí, como «*colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*». Queda así como acción nuclear el “relacionar”<sup>48</sup> (conectar, o coligar) a dos sujetos para que devengan partes de un negocio. Ello fundamentalmente de forma directa, presentando a las partes; o bien informando de una oferta o interés a una de las mismas<sup>49</sup>.

Si bien en un principio se entendió que la relación del mediador con las partes debía de ser siempre frente a todas ellas<sup>50</sup>, pronto se llegó a la conclusión de que, aun manteniendo su independencia, podía actuar el mediador bajo el encargo de una sola de las partes<sup>51</sup>, o incluso encargado por un tercero<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> «(...) la figura guiridica prevista dall’art. 1754 e ss. del Codice civile non cessa di essere circondata da alcune zone d’ombra, come dimostra, peraltro, nei numeri e nel contenuto, l’accresciuto contenzioso giudiziario in materia» D’ETTORE, MARASCIULO, en *La mediazione*, op. cit., p.1.

<sup>47</sup> Regulando el Código civil «una figura di mediatore che oggi non esiste più», GRASSI, *Il contratto di mediazione*, Cedam, Padova, 2009, p. 165.

<sup>48</sup> «(...) si ricollegli all’opera da lui svolta per l’avvicinamento dei contraenti inteso come avvicinamento delle rispettive contrastanti posizioni di interesse» Cass. N. 1566/1988.

<sup>49</sup> Cass. N. 2030/1977, n.; o Cass. N. 23438/2004, entre otras muchas.

<sup>50</sup> Sobre todo jurisprudencia “menor” (di merito), como Appello Cagliari 10.06.1968, aunque también parte de la doctrina.

<sup>51</sup> Cass. N. 1750/1984. Anticipado no obstante por la doctrina; así AZZOLINA, «la configurazione del contratto non postula di necessità il concorso di una terza parte contraente, e cioè della persona, da noi denominata mediatario, interessata alla conclusione dell’affare, che il mediatore deve mettere in relazione con l’intermediato (...) la posizione del mediatario rispetto al rapporto guiridico di mediazione pu’atteggiarsi in un duplice modo: o nel senso dell’estraneità, o in quello della partecipazione al rapporto», *La mediazione*, vol II. T.2, fasc 2. del Trattato di Diritto Civile Italiano, dirigido por Vasslli, Editorial Uniones Tipografico Editrice Tronese, Torino, 1957, p. 51.

<sup>52</sup> Cass. N. 17628/2002.

Mientras que el artículo 1754 establece la acción típica mediadora, el artículo 1755 describe la consecuencia jurídica de la misma: «Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento». De este modo, la acción mediadora debe mantener un vínculo de causalidad finalista con un negocio perfeccionado entre las partes relacionadas.

Dicho vínculo no necesita de una prueba exhaustiva, sino de una simple relación causal, que incluiría el mero señalamiento de la otra parte<sup>53</sup>, o de la simple posibilidad del negocio<sup>54</sup>.

En cuanto a la posición de la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de la mediación, se afirma hoy la naturaleza contractual<sup>55</sup> y consensual<sup>56</sup> de la misma; aunque no resulta una postura unívoca<sup>57</sup>. Es, por lo demás, suficiente la manifestación tácita de la voluntad<sup>58</sup>, como el mero silencio mantenido frente a la evidencia de acción mediadora<sup>59</sup>. Así la sentencia de la Corte Suprema de Casación,

---

<sup>53</sup> Cass. N. 530/1992.

<sup>54</sup> Cass n. 6813/1988.

<sup>55</sup> Cass. N. 7759/2005; Cass. N. 7126/2001; Cass. N. 6963/2001; entre otras tantas.

<sup>56</sup> Cass. N. 7759/2005 o, más reciente, Cass. 12390/2011.

<sup>57</sup> Posición más discutida a principios del siglo XX (afirma la naturaleza no negocial de la mediación la sentencia de la suprema Corte de 13 de julio de 1926) o incluso hasta mediados del mismo (calificando como acto negocial no necesariamente contractual ni consensual la sentencia de la Corte di Cassazione de 6 de noviembre de 1956; o bien como acto unilateral atípico –respecto de la mediación codificada–, así Cass. 13.03.1944, o Cass. 09.04.1954. Persiste, sin embargo, en ocasiones más recientes, como Cass. N. 3531/1980, o, incluso, Cass. 16382/2009: «(...) il mediatore, sempre pre quanto fonfigurato nell'art. 1754 c.c. acquista il diritto alla provvigione non in virtù di un negozio posto in essere ai sensi dell'art. 1322 c.c. ed i cui effetti si producono ex art. 1372 c.c. bensì sulla base di un mero comportamento (la messa in relazione di due o più parti) che il legislatore riconosce per ciò solo fonte di un rapporto obbligatorio e dei connessi effetti giuridici». Si bien lo que trata la sentencia, más de de subrayar un carácter no negocial de la mediación, es de incidir en su naturaleza unilateral, como no obligatoria para el mediador.

<sup>58</sup> «Il rapporto di mediazione, inteso come interposizione neutrale tra due o più persone per agevolare la conclusione di un determinato affare, non postula necessariamente un preventivo accordo (...) me é configurabile pure in relazione ad una materiale attività intermediatrice che i contraenti accettano anche soltanto tacitamente» Cass. N. 21737/2010. Hay que advertir que la “actividad material” a la que se refiere, mediando consentimiento, aun tácito, sigue siendo consensual y, por ende, negocial. También Cass. N. 6004/2007; Cass. N. 7759/2005; o Cass. N. 8136/2001; entre otras.

<sup>59</sup> En este sentido «il rapporto di mediazione non può configurarsi, e non sorge quindi il diritto alla provvigione qualora le parti, pura vendo concluso l'affare grazie all'attività di mediatore, non siano state messe in grado di conoscere l'opera di intermediazione svolta (...)»,

n. 6813 de 14 de diciembre de 1988, ampliamente utilizada: «*Il rapporto di mediazione ha natura contrattuale, sia nel caso in cui gli interessati conferiscano preventivamente l'incarico al mediatore, sia nel caso in cui accettino comunque l'attività da lui prestata in quanto, in entrambi i casi, tre origine e fondamento dalla volontà dei soggetti, manifestata esplicitamente o implicitamente, mediante fatti concludenti(...)*».

Respecto a la compatibilidad de dicha mediación contractual con otra atípica, que revista diferentes caracteres y naturaleza, si bien cierta jurisprudencia niega tal posibilidad<sup>60</sup>, reconduciendo estos supuestos al ámbito contractual de mediación; la doctrina jurisprudencial más reciente y abundante<sup>61</sup> acepta la posibilidad de una mediación negocial atípica<sup>62</sup>, que escapa del marco tradicional con el que se ha interpretado la mediación tipificada.

Se entiende la mediación como naturalmente onerosa<sup>63</sup>, y la actividad del mediador esencialmente imparcial<sup>64</sup>. Dicha imparcialidad ha sido llevada al extremo como base de la unilateralidad obligacional del contrato, entendiendo que, si ha de quedar obligado el mediador, se trataría de una mediación atípica, más próxima al mandato<sup>65</sup>. Parcialmente opuesta a la posición anterior, aunque sobre la

---

de forma que sin elemento intelectual, no puede haber tampoco voluntad ni consentimiento, en Cass. N. 6004/2007. También Cass. N. 11521/2008.

<sup>60</sup> Así Cass. N. 4591/1990, «(...) le parti, possono derogare al principio fissato dall'art. 1755 c. c. stabilendo il diritto del mediatore al compenso anch'enei casi di revoca anticipata dell'incarico».

<sup>61</sup> Cass. N. 5846/1991; Cass. N. 2766/1997; o Cass. N. 7273/2000.

<sup>62</sup> Es posible que esa "huída" del tipo se dé no tanto por la inadecuación de la mediación contractual, sino por la configuración tradicional de la misma que, hasta ahora, se ha venido haciendo. O, de otra forma: con otra propuesta sobre la naturaleza de la mediación, los negocios que se dicen atípicos encajarían dentro del tipo básico mediatorio, además de los que ahora recoge, como se verá.

<sup>63</sup> Cass. N. 3457/1973.

<sup>64</sup> «Va rilevato che l'art. 1754 pone come requisito soggettivo negativo per l'esercizio dell'attività di mediazione l'inesistenza di rapporti di dipendenza, collaborazione, rappresentanza tra il mediatore e le parti (...) nell'esigenza di garantire l'imparzialità del mediatore anziché nel fine di evitare una duplicazione di rapporti o un cumulo di retribuzioni» Cass. N. 1231/2000. También «Il requisito dell'imparzialità, essenziale nell'attività del mediatore (...)» Cass. N. 5845/1997. En el mismo sentido; Cass. N. 1294/1986; Cass. N. 9380/2002; o Cass. N. 12106/2003.

<sup>65</sup> Así Cass. 16382/2009; siguiendo a Cass. 24333/2008; y seguida por Tribunale di Termini, a 6 de julio de 2010 «il conferimento ad un mediatore professionale dell'incarico di reperire un acquirente od un venditore di un immobile dà vita ad un contratto di mandato e non di

base de la unilateralidad, se acepta que cuando se dé una posición pasiva del mediador en la relación obligatoria, responda a una relación jurídica compleja, añadida a la simple mediación<sup>66</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la acción del mediador, de dudosa obligatoriedad, se trata de una “acción” de resultado causal<sup>67</sup>, tipificada respecto a la perfección del negocio mediado<sup>68</sup>, pudiendo pactar las partes que el resultado sea la consumación del mismo<sup>69</sup>. Parte del rigor de la “acción” de resultados decae por la compensación en caso de incumplimiento inimputable<sup>70</sup>, expresamente recogido en la norma<sup>71</sup>, aunque desplazable por la autonomía de la voluntad.

En cuanto a los artículos del Código civil que siguen a los ya reproducidos y comentados, del 1756 al 1765, regulan aspectos concretos de la mediación relativos

---

mediazione, essendo quest’ultima incompatibile con qualsiasi vincolo tra il mediatore e le parti».

<sup>66</sup> «il rapporto di mediazione non è incompatibile con la sussistenza di un rapporto contrattuale di altro tipo tra il mediatore ed uno dei soggetti messi in contatto, come accade allorché al mediatore sia affidato l’incarico unilaterale di attivarsi per la ricerca del partner commerciale» Cass. N. 24333/2008.

<sup>67</sup> «(...) per il diritto del mediatore al compenso (...) è determinante [un suo intervento] all’accordo definitivo (...) sempre però che tale attività costituisca il risultato utile della condotta posta in essere dal mediatore stesso e poi valorizzata dalle parti» Cass. N. 28231/2005. También «per aversi diritto alla provvigione non basta che l’affare sia stato concluso, ma, in forza dell’art. 1755 c.c. occorre che la conclusione sia avvenuta per effetto dell’intervento del mediatore» Cass. N. 15880/2010.

<sup>68</sup> Así, aunque el tipo habla de la conclusión de un affaire, «la nozione di affaire (...) è riferibile (...) ad ogni operazione generatrice di obbligazioni, ed infine può essere riferita anche alla conclusione di un solo contratto, ma anche di una pluralità di contratti tra loro collegati» Cass. 17628/2002. También «(...) per conclusione di affaire debe intendersi il compimento di “una operazione di natura económica generatrice di un rapporto obligatorio tra le parti”(...)», Cass. N. 7400/1992; o «Per conclusione dell’affaire dalla quale norma dell’art. 1755 c.c. sorge il diritto alla provvigione del mediatore, debe intendersi il compimento di una operazione di natura económica generatrice di un rapporto obligatorio tra le parti (...)» Cass. N. 22000/2007, precisando que cuando se trate de un contrato, incluso de un precontrato, se considerará perfección a estos efectos «sempre che si tratti di contratto válidamente concluso e rivestito dei prescritti requisiti e, quindi, della forma scritta richiesta “ad substantiam».

<sup>69</sup> Cass. N. 6472/1982.

<sup>70</sup> Toda vez que no se puede hablar, pacíficamente, de obligación, tampoco de incumplimiento, por lo que se trataría, en rigor, de no consecución del fin propuesto por la tendencia imprimida a la acción causal del mediador.

<sup>71</sup> Art. 1756: «Salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l’affaire non è stato concluso».

a la dinámica prestacional<sup>72</sup> de la misma, aspectos accesorios de la relación jurídica<sup>73</sup>, cautelas normativas<sup>74</sup> o incluso sanciones administrativas<sup>75</sup>. Muchos de los preceptos serán útiles a la investigación, y así se estudiarán en su momento. Sin embargo, y a efectos de fijar la regulación básica de la naturaleza del contrato, no es necesario profundizar introductoriamente más en los mismos.

Por otra parte, y de forma inversa a lo ocurrido en España con la Ley 10/2003, y en contra de la tradición italiana<sup>76</sup>, la regulación jurídica de de la mediación cambió con la Ley 253/1958, de 21 de marzo, y, sobre todo, con **la Ley 39/1989**, de 23 de febrero<sup>77</sup>, que modifica la anterior, estableciéndose un régimen de reserva de ejercicio de la profesión de mediador, desarrollado por el Decreto Ministerial 452/1990, de 21 de diciembre<sup>78</sup>.

El elemento más significativo de esta norma es la imposición de la inscripción como elemento habilitador para ejercer tanto la pura mediación como todas las actividades complementarias que sean necesarias para la misma<sup>79</sup>. Se establece como sanción del incumplimiento la negación de la acción del derecho a la retribución del mediador no inscrito<sup>80</sup>; pero también sanciones administrativas pecuniarias, y hasta penales en caso de reiteración de la actividad mediadora no

---

<sup>72</sup> Art. 1756 Rimborso delle spese; art. 1759 Responsabilità del mediatore ; art. 1760 Obblighi del mediatore professionale; art. 1762 Contraente non nominato.

<sup>73</sup> Art. 1757 Provvisone nei contratti condizionali o invalidi; art. 1758 Pluralità di mediatori; art. 1761 Rappresentanza del mediatore; art. 1763 Fideiussione del mediatore.

<sup>74</sup> Art. 1764 Sanzioni.

<sup>75</sup> Art. 1765 Leggi speciali.

<sup>76</sup> *Vid.* notas 23 y 32.

<sup>77</sup> Cuyo objeto queda concretado, efectivamente, «ai mediatori di cui al capo XI del titolo III del libro IV del codice civile», conforme al art. 1 de la norma.

<sup>78</sup> También lo desarrollan, para aspectos más concretos, el D.M. 21 diciembre 1990, n. 452, en cuanto al examen prescrito para la inscripción, y distintas circulares relativas a la mediación en diferentes sectores.

<sup>79</sup> Art. 3.1 «L'iscrizione nel ruolo abilita all'esercizio dell'attività di mediazione su tutto il territorio della Repubblica, nonché a svolgere ogni attività complementare o necessaria per la conclusione dell'affare».

<sup>80</sup> Art. 6 «Hanno diritto alla provvisone soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli (...)».

inscrita<sup>81</sup>.

El reconocimiento de aquellas acciones accesorias pero necesarias para la mediación, vino a confirmar no sólo el esquema factual complejo del concepto; sino también las implicaciones del mismo, fundamentalmente la contractualidad<sup>82</sup>. Apoya la conclusión anterior la concreción del requisito anterior para cualquiera que ejerza la mediación, en términos generales<sup>83</sup>, aparentemente incompatibles con la existencia de varias "mediaciones" de distintas naturalezas, no sujetas a la norma<sup>84</sup>.

Se trata, en todo caso, de regulaciones sectoriales, de carácter fundamentalmente público<sup>85</sup>, lo que lleva a dudar de la verdadera influencia de

---

<sup>81</sup> Art. 8.1 « Chiunque esercita l'attività di mediazione senza essere iscritto nel ruolo è punito con la sanzione amministrativa (...) A coloro che siano incorsi per tre volte nella sanzione di cui al comma 1, anche se vi sia stato pagamento con effetto liberatorio, si applicano le pene previste dall'articolo 348 del codice penale, nonché l'articolo 2231 del codice civile (...)».

<sup>82</sup> «Lo svolgimento di dette attività presuppone, con tutta evidenza, un rapporto fiduciario tra le parti, fatto questo che di solito si realizza nell'ambito di una mediazione contrattuale» GRASSI, *Il contratto...op. cit.*, p. 35.

<sup>83</sup> Así el art. 2.1 in fine, «coloro che svolgono o intendono svolgere l'attività di mediazione, anche se esercitata in modo discontinuo o occasionale», pero también el art. 6.1 o el 8.1.

<sup>84</sup> Sí se discute si de la norma puede deducirse una especie de mediación, "unilateral", a tenor de lo dispuesto en el art. 2.2 de la norma, que individualiza a los mediadores bajo mandato oneroso. Así VISALLI, *op. cit.*, «Altra rilevante novità introdotta dalle legge in esame è la tipizzazione della mediazione unilaterale» p. 11. Se trata, empero, no de la unilateralidad que se discutirá más adelante -esto es, la opuesta a la sinalagmaticidad-, sino a la mediación, sólo, para una parte. Lo aclara también el autor: «(...) il legislatore, parlando di agenti muniti di mandato a titolo oneroso, ha inteso riferirsi ai mediatori unilaterali, i quali operano su incarico e nell'interesse esclusivo di una parte ed unicamente da questa possono pretendere la provvigione», p. 12. Esta figura, además de estar muy próxima -quizá demasiado- a la pura agencia, podría ser alternativa a otra interpretación del artículo que diera al mediador, independiente, un mandato concreto para perfeccionar determinados negocios conforme a unas instrucciones previas: en vez de ser un nuncius de una oferta -que podría ser vinculante en ciertos casos-, tendría poder para concluirla.

<sup>85</sup> «La norma, ancora una volta, riveste un interesse dicarattere publicistico (...)» GRASSI, *op. cit.*, p. 36. Se refiere, en concreto, al art. 5.5 de la Ley, último que comenta, pero nada obsta su extensión al resto de la norma. También «La ragioni dell'introduzione di tale rigido controllo publicistico sull'esercizio dell'attività mediatrice (...) si afferma in essa che l'attività considerata sta assumendo, da un punto di vista sociale ed economico, un'importanza sempre crescente nella società moderna» VISALLI, *op. cit.*, p. 9. Continúa «L'iscrizione considerata ha carattere di accertamento costitutivo di uno status professionale (...) per effetto di un atto unilaterale della pubblica amministrazione», pp. 10-11. Al respecto de la naturaleza administrativa de este procedimiento, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 679 y ss.

estas normas sobre la mediación y su naturaleza. Ocurre, por una parte, que tratar la propia institución no fue nunca intención de la norma y, si bien pueden aportar una determinada regulación de la misma, a la hora de imponer sus propios efectos públicos sobre su ejercicio, no tienen preceptos de aplicación directa, ni tampoco de remisión expresa.

En el mejor de los casos podrían considerarse sus disposiciones, respecto a las del Código civil que regulan la mediación, como una suerte de interpretación auténtica. Lo más probable es que ni siquiera se trate de eso, sino que la *ratio legis* esté limitada al objeto de la norma, por lo que trata únicamente de cubrir todos los supuestos posibles, cara a la no defraudación del mandato público; y no de intentar configurar uno u otro tipo de mediación.

Además, aceptar la sustantividad normativa de la interpretación que pudiera deducirse de las normas reguladoras del ejercicio de la profesión podría llevar a un problema mayor en el caso de que, como en España, se cambiase la tendencia legislativa hacia la liberalización del sector. Si así fuese, acaso habría de entenderse derogada también aquella interpretación auténtica o, por el contrario, mantenerla, pese a la falta de vigor de la norma.

Tanto por el objeto de la norma; el contenido de su texto; su carácter público; y la falta de una relación sólida de vocación permanente con la regulación sustantiva de la mediación; parecía más razonable no sobrevalorar la importancia de estas normas ni, por tanto, completar con ella la regulación dispuesta en el Código civil.

Las previsiones y cautelas anteriores se confirmaron con la publicación del **Decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59**, que recibe la Directiva 123/2006/CE, de 123 de diciembre.

La Directiva, en aras de la libre circulación de servicios entre los Estados Miembros, y para favorecer el crecimiento económico y ocupacional en el ámbito

de la Unión<sup>86</sup>, no prohíbe de forma terminante las limitaciones al ejercicio de la mediación, aunque sí impone la simplificación de los procedimientos<sup>87</sup>; haciéndolos además válidos en toda la Unión, en virtud del principio de confianza recíproca<sup>88</sup>; limitando de forma notable los regímenes de autorización administrativa necesaria<sup>89</sup>.

La recepción de la Directiva con la norma nacional italiana no ha liberalizado el ejercicio de la mediación<sup>90</sup>, si bien ha sustituido el régimen de autorización administrativa reglada<sup>91</sup> por una declaración de inicio de actividad<sup>92</sup>. Persiste, como sanción, la pérdida del derecho a la retribución del mediador no inscrito<sup>93</sup>, así como las disposiciones administrativas y penales, variando el

---

<sup>86</sup> «Para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios (...)» Considerando 2º de la Directiva; «El objetivo de la presente Directiva es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre Estados miembros (...)» Considerando 12 de la Directiva.

<sup>87</sup> Artículo 5. Simplificación de los procedimientos 1. «Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán (...)»

<sup>88</sup> Arts. 5 y 16, principalmente.

<sup>89</sup> Artículo 9 Regímenes de autorización 1. «Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones (...)»

<sup>90</sup> En el sentido de remover todo requisito administrativo, pues persisten. «A ben guardare, infatti, il servizio di mediazione continua ad essere regolato, per quanto concerne il possesso dei requisiti abilitanti (...)», D'ETTORE, MARASCIULO, *La mediazione, op. cit.*, 2011, p. 41.

<sup>91</sup> Art. 73 (Attività di intermediazione commerciale e di affari) 1. E' soppresso il ruolo di cui all'articolo 2 della legge 3 febbraio 1989, n. 39, e successive modificazioni(...). Sin embargo, entiende ZACCARIA, que «la situazione, nella sostanza, non è peraltro mutuata, essendo stata l'iscrizione nel ruolo sostituita con altra formalità alla quale sono stati collegati i medesimi effetti che la l. n. 39/1989 aveva collegato all'iscrizione a ruolo», en *La incostituzionalità della riserva, ai soli mediatori iscritti, dell'esercizio anche occasionale dell'attività, Obbligazioni e contratti*, Vol. 6, Fasc. 12, Utet, Torino, 2010.

<sup>92</sup> «Insomma, ormai siamo di fronte ad un regime che prevede una trasformazione del titolo autorizzatorio in dichiarazione di inizio attività (...)» OSCHI VESPASIANI, *La mediazione immobiliare. Attività, responsabilità del mediatore, tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 88. En todo caso esta declaración no es una mera declaración unilateral y recepticia, sino sujeta a control por las Cámaras de comercio.

<sup>93</sup> «(...) in assenza di abrogazione della l. n. 39 del 1989, art. 6, ma in presenza della sola soppressione del ruolo, la norma di cui all'art. 6 va letta nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla normativa di cui al d. lgs. N. 56 del 2010, hanno diritto alla



presupuesto del tipo.

Aunque se mantengan efectos de la norma discutibles, y aún tenga que asentarse su interpretación, la conclusión en cuanto al valor normativo de las disposiciones estudiadas, en relación con la naturaleza de la mediación, es clara. Se trata de normas públicas, variables, que no afectan, ni pretenden hacerlo, a la regulación sustantiva de la institución. Por tanto, su valor es limitado, auxiliar de la verdadera –aunque insuficiente- regulación jurídica del contrato de mediación.

---

provvigione solo i mediatori che sono iscritti nei registri tenuti dalla Camera di commercio secondo l'art. 73» Cass. 8.7.2010, n. 16147.

## 2. RELACIÓN DE HECHO O NEGOCIO JURÍDICO

2.1. Complejidad fáctica del hecho mediador.- 2.2. Causa eficiente.- 2.3. Interés jurídico tutelado.- 2.4. Complejidad obligacional.- 2.5. Compatibilidad del hecho y el negocio sobre mismo objeto.- 2.6. Cuasicontrato, o no.- 2.6.1.- Gestión de negocios ajenos.- 2.6.2. Enriquecimiento injusto.- 2.7. Derecho contractual europeo.- 2.7.1. Actos jurídicos.- 2.7.2. Causa.- 2.7.3. Gestión de negocios.- 2.7.4. Enriquecimiento injusto.

Aunque las posiciones actuales sobre la mediación sean relativamente estables, doctrinal y jurisprudencialmente, en rigor no existe un acuerdo científico unánime sobre su naturaleza jurídica. Ni siquiera en sus consideraciones más elementales, lo que da idea de la magnitud del problema dogmático. Problema que, sin embargo, queda desafiado por una reiterada práctica que aparenta indemnidad respecto a aquel, aunque sólo sea con una máscara de ineficiencia.

En todo caso, la existencia de esta cierta incertidumbre relativa a su clasificación ya plantea que la atipicidad de la mediación no tiene únicamente que ver con su inclusión o no en la norma escrita –pues en Italia sí está prevista-; sino con sus características particulares, que no terminan de satisfacer plenamente las posibles categorías jurídicas.

Asimismo, la falta de premisas estables aconseja un análisis minucioso y progresivo, avanzando desde los estadios más básicos hasta las consideraciones y clasificaciones más complejas.

Se puede anticipar que se defenderá el carácter negocial de la mediación; pero definir el concepto de negocio jurídico y asimilar al mismo la mediación no basta. Ni el concepto de negocio jurídico es unívoco y sencillo<sup>94</sup> – al menos desde la

---

<sup>94</sup> No se trata de negar relevancia o evitar el propio concepto del negocio jurídico –que, en todo caso, se construye por oposición a otras categorías más generales o específicas-, sino de comenzar desde el principio. En todo caso, y obviando la génesis histórica en pro del actual valor doctrinal del concepto, valdrá, como punto de referencia, una definición clásica del

perspectiva de su evolución histórica-, ni es indiscutible la incardinación de la mediación en tal categoría.

Los efectos de la clasificación de la figura, así como los efectos que de la naturaleza de la misma resulten, no son meramente formales. Sería así posible, de adoptarse la perspectiva del mero acto jurídico sin más cautelas, que una sola de las partes del negocio medido llevara unilateralmente dicho negocio a una situación de mediación que habría de afectar también a la otra parte, totalmente ajena a la existencia de la mediación<sup>95</sup> o las concretas circunstancias de la.

También haría posible, esta eventual naturaleza de la mediación, cara al propio mediador, la concurrencia de múltiples mediadores sobre un mismo negocio, sin que estos pudieran controlar los efectos de su concurrencia<sup>96</sup>, ni tampoco quede claro como determinar, fruto de aquella conjunción, el precio o comisión que repartir<sup>97</sup>.

---

negocio, como «la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos», DE CASTRO BRAVO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 34. Precisa, seguidamente, que «el término tradicional de "declaración de voluntad" no es completamente satisfactorio, y para tener en cuenta la realidad jurídica hubiera sido preferible utilizar el de "conducta significativa"».

<sup>95</sup> Como solución a este problema, precisamente, se ha creado en la doctrina italiana la necesidad de conocimiento de la mediación, como una suerte de aceptación tácita si no hay declaración de voluntad negativa una vez conocida. «(...) la mancata conoscenza della mediazione, impedisce il sorgere del diritto del mediatore alla provvigione (...)» D'ETTORE y MARASCIULO, D., *La mediazione*, *op. cit.*, p. 65. Remedio fuera de la estricta literalidad de la norma y que responde precisamente al problema apuntado. De esta forma, un recurso alternativo, sin la necesidad de ser creado *ad hoc*, sería establecer de forma indubitada la consensualidad del negocio. *Vid.* epígrafe 4.3.

<sup>96</sup> Estable el art. 1758 del Codice civile que «Se l'affare è concluso per l'intervento di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto a una quota della provvigione». Sin embargo, ni aclara si dichas cuotas serán alícuotas, ni los criterios de determinación o reparto de las mismas. El esfuerzo y la relación de causalidad podrán ser desiguales y, sin embargo, como cada mediador será un tercero respecto al otro, no podrán prevenir la eventualidad frente al mismo. Podría prevenirse frente al comitente –que no frente al tercero quien, como se señaló, podría tener también deber de pago-, pero de forma incompleta más allá del acuerdo de exclusividad. Solución esta última, de nuevo, demasiado específica y, quizá por ello, inefectiva, para un problema más fácilmente resoluble desde la categorización contractual de la mediación.

<sup>97</sup> No obstante la previsión expresa del Codice civile, art. 1755, respecto a la falta de

Por otra parte, al margen de la idoneidad de la categoría que resulte, el presente análisis trata más de las características esenciales de la mediación que de la dicción literal de las posibles normas aplicables. De hecho, salvo inequívoca categorización del legislador, sería atrevido extraer de la mera redacción de la consecuencia jurídica una configuración inatacable, sobre todo si de ello derivan consecuencias jurídicas asistemáticas y económicamente ineficientes.

En principio, la redacción normativa –o, incluso, la doctrina jurisprudencial– habrán de ser tratados, analíticamente, como indicios –razonables o incluso muy cualificados–, que no eximirán de un juicio completo<sup>98</sup>. De su propia naturaleza dependerá la concreción, de tal forma que se clasifique por lo que es y no sea por cómo se clasifique.

Por ello, cabe estudiar la mediación en su conjunto, sin supeditar su contenido a una mera descripción que, más allá de la nuda literalidad, podría tener que completar su sentido con la sistemática, finalidad y técnica de su propio Código, o del sistema jurídico-contractual en el que se incardina, y bajo cuyos principios despliega sus efectos.

---

pacto de precio, que será determinado conforme a tarifas profesionales (cada vez menos usuales, a tenor de las limitaciones -discutibles- de la Directiva 2006/123/CE, art. 15.2.g); usos (tampoco demasiado compatibles con la realidad económica de la competencia); o la equidad judicial que, sin embargo, habrá de basarse en alguno de los elementos anteriores. En fin, se harán necesarias una demanda y oferta significativas para fijar un valor común o de mercado que permitan determinar el importe de la retribución, lo que no será posible siempre para todo tipo de mediaciones en cualquier lugar geográfico. Lo mismo surge de la aplicación genérica del art. 1657 del mismo Código para la retribución de los contratos de servicios, esencialmente idéntico al comentado.

<sup>98</sup> De hecho, y para la norma italiana, cabría enfrentar de principio a la mera literalidad de la “mera” acción mediadora la interpretación sistemática del Codice, comenzando por observar la situación de la mediación en la estructura de la norma, pues se incluye en el Libro de las Obligaciones, capítulo XI del título III, relativo a la doctrina de los contratos singulares. Así lo señala AZZOLINA, *La mediazione*, vol II. T.2, fasc 2. del Trattato di Diritto Civile Italiano, dirigido por Vasslli, Editorial Uniones Tipografico Editrice Tronese, Torino, 1957. No es en sí mismo un criterio, si no un indicio de la necesidad de la crítica exhaustiva sobre la naturaleza discutida, comenzando por la estructura más básica de la misma.

## 2.1. Complejidad fáctica del hecho mediador.

Para aquellos ordenamientos en los que, como el italiano<sup>99</sup>, se recojan las consecuencias de la acción mediadora en la propia ley, sin supeditarla a acuerdo expreso previo, se podría llegar a afirmar que la eventual obligación derivada de dicha actividad se dispone *ex lege*, por lo que el acto mediador se sitúa en una mera **relación jurídica de hecho, y no en un negocio jurídico**<sup>100</sup>

De esta forma, cuando la propia norma declara la situación activa del mediador, concluido el negocio mediado gracias a su intervención, crea una consecuencia jurídica que será aplicable a todo aquél que realice la acción tipificada –presupuesto fáctico–, reproduciendo la conducta volitiva que conformaría el acto jurídico. En concreto, no habría más relación jurídica que la obligación de pagar al mediador generada en el momento en que éste lleve a cabo la acción que le define.

A efectos de indagar esa posibilidad, se puede partir, en cuanto a la sustantividad obligacional de la mediación, de la categoría general del hecho jurídico<sup>101</sup>. Desde ahí, se habrá de dirimir la posibilidad de encuadrar la mediación en la categoría de los meros hechos jurídicos, que quedan al margen de la voluntad finalista del que los ejecutare, antes de llegar a los actos jurídicos en sentido estricto.

---

<sup>99</sup> Vid. epígrafe 1.4.2.

<sup>100</sup> Así CARRARO, para la mediación típica, «(...) non ci si propone qui di dimostrare la impossibilità che la mediazione venga concepita in astratto quale rapporto contrattuale, ma più semplicemente di indagare quale sia la natura dell'istituto che il legislatore disciplina agli articoli 1754 ss. c. c. Io credo anzi di poter affermare (...) non abbia natura negoziale (...)», *La mediazione*, Cedam, Padova, 1960, p. 10 y 11. También CARTA, “Mediazione di contratto no contratto di mediazione”, *Il Foro italiano*, Zanichelli, Bologna, 1947, 296 y ss. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 1950, 576. A su vez, ANGELICI, C., FERRI, FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet Giuridica, Edizione: XIII, 2010, p. 905. Fuera de Italia, VON HAHN, *Commentar zum allgemeinen deutsches Handelsgesetzbuch*, vol. I Braunschweig, 1894, pp. 320 y ss; citado y explicado por AZZOLINA, *La mediazione*, Torino, 1957, pp. 26-30.

<sup>101</sup> Definido como «todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad [que] lleva aparejada como consecuencia la producción de un efecto jurídico», CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1957, p. 633. «Cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo o modificativo o extintivo de relaciones jurídicas» GALGANO, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 21.

Es en extremo raro que, de forma espontánea y no planificada, cualquier sujeto acabe mediando de forma efectiva un negocio jurídico; pues en un sentido técnico el elemento volitivo de la acción es necesario. No se trata, además, de que el acto sea voluntario, sino que la dirección de la voluntad –hacia la consecución de la mediación- es la que le da sentido y sustancia; no pudiendo entenderse la acción si no es en referencia a la misma. Siendo así la voluntad natural y necesaria, para cada acción finalista, debe ser presupuesto requerido para todo acto jurídico, diferente del hecho jurídico sin más.

Se parte, pues, de un acto volitivo finalista fruto de una representación intelectual, orientada a la deliberada producción de una concatenación de actos, hacia unas determinadas consecuencias fácticas y jurídicas.

Descartado así el mero hecho jurídico, aún podría tratarse de un acto jurídico en sentido estricto<sup>102</sup>. Sin embargo, parece que dicha categoría es la

---

<sup>102</sup> Para los meros actos jurídicos la voluntad dirigida o su ausencia es indiferente, pues su único requisito es el ser humanos y conscientes. *Vid.* L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, pp. 27 y 32. La voluntariedad es, por tanto, meramente originaria. En este punto podría pensarse en la vertiente objetiva de la causa, si bien luego aclara el mismo autor que «en el negocio jurídico tiene valor y relevancia la voluntad del declarante, no sólo en cuanto es voluntad de declarar y manifestar, sino en cuanto es voluntad del contenido y fin de la manifestación o declaración, mientras que, por el contrario, para la ley es irrelevante una tal actitud de la voluntad, si accidentalmente existe en las otras manifestaciones [actos jurídicos en sentido estricto]», p. 29. CASTÁN, siguiendo a ENNECCERUS, a estos actos se refiere como “actos semejantes a los negocios”, que «son actos semejantes a los negocios los actos de derecho (...) pero en los cuales el efecto jurídico se produce ex lege y no ex voluntate (...) estos actos se ejecutan con la conciencia de sus efectos, y a veces con la intención de darles vida». CARNELUTTI lo plantea desde otra perspectiva, comprendiendo en la categoría *actos jurídicos en sentido estricto* los negocios, resoluciones, actos debidos y los actos ilícitos, en *Sistema del diritto processuale: Atti del processo*, Volumen 2, Cedam, Padova, 1938, p. 60. También O’CALLAGAN «En el acto jurídico lícito pueden, a su vez, distinguirse los *actos de derecho*, también llamados *actos jurídicos en sentido estricto*, que son aquellos cuyos efectos derivan directamente y con carácter forzoso de la ley; es decir, los efectos se producen porque la ley los impone, prescindiendo de que el sujeto los quiera», si bien los elige al elegir realizar el acto. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 1, Lección 22ª, Dijusa, Madrid, 2009.

<sup>102</sup> Cabría esta caracterización dentro de una interpretación limitada de la “teoría del efecto jurídico” de Savigny, en cuanto a la relación “fin jurídico” –conocido y aceptado, aunque no elegido- y “causa objetiva” –limitada en cuanto a su determinación, pero no en su contenido- pues se asumen, para este tipo de actos, los efectos jurídicos provocados; si bien la voluntad que lo acepta –no lo busca-, será eventual o irrelevante, nunca protagonista de la causa que motiva la acción.

indicada sólo cuando la acción se incorpora a una situación jurídica preestablecida, integrándose la voluntad en el plan propuesto, sin crearlo ni darle sentido subjetivo alguno. En el acto jurídico en sentido estricto dominaría la causa objetiva<sup>103</sup>, en el negocio se añade el elemento subjetivo de la misma<sup>104</sup>. Esto es especialmente relevante para los contratos atípicos o aquéllos de regulación insuficiente, pues, al carecer de una concreción legal bastante, se tendrá que tomar en consideración la causa subjetiva de las partes para hallar la función económico-social que concreta y desarrolla<sup>105</sup>.

Además, en el complejo proceso mediador, el *iter actionis* que ha de considerar la norma implica la necesaria atención respecto a un fin jurídico cuyos elementos esenciales no quedan limitados a la mera creación de un derecho de crédito ilíquido; sino que necesita, por su naturaleza y destino, de unos

---

<sup>103</sup>Entendiendo como tal la función económico social del negocio. Así lo hacen, en la doctrina italiana BETTI, E., *Teoría general del negozio giuridico*, 2ª Ed, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, MESSINEO, *Manuali di diritto civile e commerciale*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 119-120 y 135, o CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 596. En la doctrina española, para ROCA SASTRE «la causa es por qué inmediato, jurídico y objetivo, que no se refiere ni a la obligación ni al contrato, sino a la declaración de voluntad». “La causa en el negocio jurídico”, *Estudios de Derecho Privado, I*, Bosch, Barcelona, 1948, p 53; para ALBADALEJO «... la causa es el fin inmediato y objetivo a la que la atribución se dirige...; la causa de cada atribución es la misma para cada tipo de negocio (...)», “La causa”, *Revista de Derecho Privado*, abril, Reus, Madrid, 1958, p. 318.

<sup>104</sup> Entendiendo como tal el propósito finalista de la acción, que resulta también la motivación de la misma, que concreta y especifica, en el marco de licitud, la función económico social del negocio. *Vid.* CLAVERÍA GONSÁLVEZ, “La causa del contrato”, *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 111-115. Para DE CASTRO, «(...) La causa puede ser así considerada como: aquel propósito negocial que es medido por la regla legal, y también como la regla que sirve para medir dicho propósito negocial», *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 190. DIEZ PICAZO, al respecto: «(...) hay casos en que el resultado perseguido o buscado, cuando se incorporal al contrato (...), adquiere una relevancia que despliega su influjo respecto del contrato (...)», *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008.

<sup>105</sup> Para DÍEZ-PICAZO «(...) siempre que se utilice un tipo jurídicamente preordenado, tal preordenación significa un reconocimiento de la tutela jurídica que merece. El problema será entonces de valoración de los tipos socialmente reconocidos en los contratos atípicos, que inevitablemente tendrá que ser realizada (...)», incluso, añade, de ser típicos «será preciso valorar las desviaciones respecto del tipo legal si éste existe, pero también considerar (...) el propósito empírico o práctico que las partes tratan de conseguir y el resultado social que pretenden instaurar». DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008, pp. 235-236.

presupuestos y relaciones, fácticos y jurídicos, que podrán derivar en la eventual conclusión del negocio mediado.

Así, desde la obtención de la información referente al objeto de la mediación; la voluntad de ser mediado por una o ambas partes; o los concretos presupuestos o consecuencias de la mediación; son hechos que no se pueden entender de forma aislada, sino como parte de un proceso complejo e indivisible cara a su categorización.

En fin, la mediación integra por exigencias de su propia naturaleza, al menos, una declaración de voluntad y una causa, con su vertiente subjetiva y objetiva. Elementos esenciales<sup>106</sup> de la noción de negocio jurídico<sup>107</sup>. Y no es que necesite de aquellos elementos por ser un negocio, sino que lo es, precisamente, por necesitar de los mismos; como se confirmará en adelante.

## 2.2. Causa eficiente.

Desde el planteamiento anterior, y enlazándolo, paradigmáticamente, con la formulación del Código italiano de una mediación aparentemente; se podría concluir que la propia interpretación literal de la norma implica la incompleción autónoma del supuesto. Pese a que se parta de la concreta disposición italiana, las implicaciones del estudio causal<sup>108</sup> del supuesto serán aplicables en general para

---

<sup>106</sup> Todos ellos son esenciales, aunque no son todos los esenciales. De todas formas, la declaración implicará bien el consentimiento -expreso o tácito-, o un rechazo relevante (como se verá, sobre todo, cuando se trate la relación entre la mediación y la gestión de negocio ajeno, *vid.* epígrafe 2.6.1). El objeto va de suyo con la realidad fáctica de la mediación, no puede haber acción si no hay objeto sobre el que proyectarla. Caben patologías, como la ilicitud, la imposibilidad o el error sobre su existencia, pero que no afectan a la naturaleza dogmática que ahora se trata.

<sup>107</sup> Que también son los del contrato. Siguiendo a PUIG PEÑA, que sigue a CASTÁN, en *Compendio de Derecho civil, Tomo I*, Nauta, 1966, Barcelona, pp. 591-592. Recogidos, por lo demás, en el art. 1325 del Codice civile italiano; o en el art. 1261 del Código civil español.

<sup>108</sup> Estudio causal este que no se refiere a la "causa" jurídica (*vid.* epígrafe 2.7.2.), sino a la relación "causa-efecto" de los hechos consistente en la acción típica mediadora.



toda situación de atipicidad o inconcreción suficiente –que, habida cuenta las especialidades de la figura, será lo normal-.

“Pone(r) en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio (...)”<sup>109</sup> sugiere diversas acciones, muchas concurrentes, y no todas finalistas respecto del resultado indicado. Que “el acuerdo sea celebrado como consecuencia de su intervención”<sup>110</sup>, introduciendo la causalidad<sup>111</sup>, da dos posibles alternativas principales<sup>112</sup>: en primer lugar, que dicha causalidad sea natural, de tal forma que la consecuencia pueda relacionarse con su posible causa comprobando la posibilidad -o probabilidad- de que, eliminando ésta, aquélla se hubiese producido igualmente. En segundo lugar, que se trate de una causalidad de “adecuación”, discriminando los hechos cuyo nexos no contenga un contenido adecuado para conseguir el fin propuesto, dentro de una tendencia deliberada.

---

<sup>109</sup>1754 del Código civil italiano, literalmente «E' mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.»

<sup>110</sup>1755 del Codice civile: «Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti (2950), se l'affare è concluso per effetto del suo intervento», novedad legislativa que el código introduce respecto a la legislación precedente, «Il codice vigente ha, dunque, recitato l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale affermatosi sotto il vigore del codice abrogato (...)», MARINI, “*La mediazione...*”, *op. cit.* p. 100.

<sup>111</sup> «È necessario ed inscindibile, quindi, l'esistenza di un rapporto di causa ed effetto tra l'intervento del mediatore e la conclusione dell'affare», GRASSI, “*Il contratto di mediazione*”, *op. cit.*, p. 55. Un nexos causal del que la doctrina jurisprudencial tampoco ha concretado poco más que un sistema casi omnicompreensivo, ni siquiera de adecuación, sino, más bien, de mera relación, con una suerte de presunción casi objetiva cuando el mediador haya tenido algún contacto con quienes finalmente perfeccionen el contrato mediable. Así sigue la autora «Si ha conclusione dell'affare anche nel caso in cui le trattative tra il mediatore e le parti si siano interrotte per poi essere riprese successivamente senza la presenza del mediatore stesso, o nel caso in cui le parti si rifiutino di trattare ulteriormente con l'intermediario, o nel caso in cui le parti sostituiscano altri a sé nella stipulazione conclusiva», p. 56, recogiendo el sentido de Cass. 20549/2004.

<sup>112</sup>Lo que puede ser aplicado, igualmente, a “poner en relación”. En todo caso lo que sigue es una simplificación, cabiendo muchos matices. Conviene tener en cuenta que, en la presente síntesis, se trata la causalidad natural como una mera causalidad eficiente, mientras que la causalidad de adecuación necesita, para definirse, también la causa final.

De seguir una causalidad natural de la acción<sup>113</sup>, en la descripción normativa podrían acogerse distintas acciones concomitantes. Así, por ejemplo, para la compra de un producto a través de una página electrónica<sup>114</sup>, son indispensables y, por ende, causales, al menos las siguientes: a) las acciones del titular de la página que informa de las ofertas y canaliza las declaraciones de voluntad; b) también el proveedor del servicio -del acceso al medio de información-; c) todos aquéllos que hubieran aportado información relevante -decisiva- sobre el objeto del negocio concluido; d) el intermediario del pago, cuyas condiciones y garantías integran de forma definitiva la conclusión del negocio a pagar; e) incluso, el propio servicio de información general que hubiera llevado a cualquiera de las partes a conocer de la oferta -incluyendo la información general sobre la existencia de la concreta página que proporciona la información específica-.

Dichos sujetos intervinientes, que pueden reproducirse de forma aproximada para todo negocio en el que la oferta se integre en un medio de comunicación, podrán reducirse, según criterios casuísticos de razonabilidad. Ello no obsta para rechazar, con carácter general, desde una perspectiva teórica integradora tendente a la mayor certeza conceptual posible -así como a la

---

<sup>113</sup> «(...) é causa di un evento l'insieme delle condizioni necessarie e sufficienti a produrlo (...) ritiene causa dell'evento quando -secondo un giudizio causale *ex post*, ad evento avvenuto sia stata anche soltanto una delle condizioni necessarie per il verificarsi di questo. Ed é accertabile come condizione necessaria quando, eliminándola mentalmente dal proceso causale, l'evento verrebbe meno». MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padova, 2007, p. 137. Pese a tratarse de doctrina penalista, que bien ha estudiado la acción y la causalidad, la conceptualización lógica y jurídica de la misma es, en general, aplicable, como lo es esta categoría de causalidad natural, desarrollada por BURI. Como "teoría de equivalencia de las condiciones", para MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 227. Las conclusiones indicadas serían también aplicables aunque se atemperara el causalismo puramente natural con el criterio de "humanidad" de ANTOLISEI; esto es: tener en cuenta sólo los factores o concausas sobre los que el actor tenga dominio directo o indirecto previsible.

<sup>114</sup> «(...) la aparición de nuevos medios de información a través de las llamadas "autopistas de la información" repercute en la mediación que podríamos llamar tradicional, apareciendo lo que podríamos denominar mediación virtual (...) que puede presentar algunos problemas, en primer lugar su propia consideración como intermediación», GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, p. 13.

seguridad interpretativa que implica-, esta pluralidad de "intermediarios" como causantes del negocio.

Por su parte, la causalidad de adecuación<sup>115</sup> debe tener en cuenta, además del propio hecho, la existencia de otros íntimamente relacionados y necesarios para asegurar la previsibilidad de la consecuencia de la acción iniciada -conocimiento y valoración del objeto material sobre el que recae la acción principal, aunque no únicamente-.

Así, estos hechos periféricos terminarían resultando también en causa eficiente del proceso intelectual que ordena, en atención a los mismos, las acciones que llevarán a la promoción de la conclusión del negocio mediado<sup>116</sup>. De ahí se puede inferir el necesario contenido volitivo del acto que apunta al interés jurídico

---

<sup>115</sup> Esto es, sometiendo a la causa eficiente, para que resulte relevante, a un juicio ex ante de razonabilidad y previsibilidad, bien general bien específica, dependiendo del objeto del proceso casual o de su autor. Enunciada por VON KRIES, su formulación específica en ocasiones se considera, con terminología autónoma, "causalidad científica". Al respecto MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 138 y 139; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 228. Por lo demás, como no se busca una causalidad ontológica, sino relevante a los efectos jurídicos, no cabría una adecuación o causalidad científica radical, sino atemperada por la "causa jurídicamente razonable". Ello al margen de ulteriores precisiones, o de la moderación que puede introducir la teoría de la imputación objetiva (originaria de LARENZ, recogida por HONING y consagrada por ROXIN), si bien esta última, no siendo tanto un juicio causal como teleológico (*vid.* GARCÍA-RIPOLL, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, p. 4) se distancia –que no separa- del acto, esencialmente ajeno a la voluntariedad. En todo caso el "aumento del riesgo" podría interpretarse, en hipótesis, como "aumento de la probabilidad", en este caso de conclusión del negocio mediado, con lo que, si bien podría ser aplicable, subsisten los problemas aludidos para las otras categorías causales, respecto al mero acto.

<sup>116</sup> Se trata, de momento, de una causalidad eficiente. Si bien se volverá, más adelante, sobre la causa final del negocio jurídico -que también precede a la eficiente-, baste adelantar que se parte de una acción humana volitiva que opera a través de anticipaciones, teleológicamente, quedando invertido, a estos efectos, el orden temporal de la secuencia causal natural, en aras de la representación mental del futuro como causa del acto. Así «We perceive the world before we react to it, and we react not to what we perceive, but always to what we infer» (KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Co., Boston MA, 1921, p. 201/p.181). «However successful mechanistic science may be in explaining the reaction in terms of a past cause, it will be still irresistibly convenient for common sense to think of it as prompted by a future situation present to consciousness. The role of consciousness is to give the organism the "knowledge" of the future». Esto, tenga o no relevancia con la "causa jurídica", es determinante a la hora de comprender el "acto humano".

tutelado por la mediación<sup>117</sup>; lo que desborda la sencilla autonomía relativa del mero acto jurídico.

En definitiva, y en cuanto a la teoría causal de la mera acción, cabe concluir que para la mediación, la realidad compleja que conforma la acción finalista sobre un objeto e intereses ajenos avoca a la imposibilidad de un tratamiento aislado y absolutamente unilateral, centrado en un elemento puramente activo que prescindiera de la representación intelectual y volitiva del proceso causal.

Por tanto, la realidad fáctica de la mediación implica que su tratamiento jurídico haya de construirse, en aras de una ordenación adecuada, desde una categoría negocial más compleja que la del mero acto jurídico.

### **2.3. Interés jurídico tutelado.**

Que el Derecho otorgue efectos a los actos jurídicos no responde a un azaroso capricho del legislador, sino que debe existir un interés jurídico que lo justifique, para cada figura tutelada. En el negocio jurídico dicho el interés se verá siempre acompañado, reforzado y delimitado por la voluntad de las partes; en el mero acto habrá de ser inmanente al mismo<sup>118</sup>.

Así, si fuese la mediación, como mero acto jurídico unilateral, ajena a la voluntad del propio mediador (al menos como protagonista de la misma) y, más aún, a la de las partes mediadas, surgirían efectos no deseados que, precisamente, podrían atacar y lesionar el propio interés que justifica la tutela: la conclusión del negocio mediado.

---

<sup>117</sup> *Vid.* epígrafe 2.3.

<sup>118</sup> De este modo, ya fuera por el mero valor que la vinculación promisorio; ya por el interés económico-social que concretan; el negocio resulta justificado. Al respecto DE CASTRO, sobre la cuestión político-jurídica de la causa, en *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 164. El hecho, sin embargo, resultando ajeno a la voluntad, habrá de ser obligatorio sólo por sus efectos.

En dicho negocio las voluntades declaradas podrían o no tener en cuenta, de manera directa, la mediación. De ser la mediación acto, la voluntad sólo podría ser tenida en cuenta de forma indirecta, pues de su existencia no deviene del consentimiento representado ni implica, por tanto, previsibilidad obligacional<sup>119</sup> para las partes. Si fuese un mero acto, cabría una duda permanente sobre la existencia de la mediación para cada contrato concluido, persistiendo el riesgo para las partes no sólo del resultado de la mediación<sup>120</sup>, sino de la propia aparición de un eventual mediador como objeto del riesgo, con las consecuencias jurídicas previstas para su acción mediadora -principalmente el devengo de la comisión-.

Una acción completamente unilateral no sujeta a las vinculaciones negociales es, también para terceros, siempre incierta<sup>121</sup>. Dicha incertidumbre habrá de trasladarse a rechazo de la propia mediación por las partes contratantes, en aras de limitar la inseguridad, contraria a los intereses generales y abstractos del tráfico jurídico<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup>Opuesto a la incertidumbre o al peligro, el contrato limita el riesgo por la ejecutabilidad. Hasta tal punto resulta relevante, en la teoría económica, que cara a las decisiones estratégicas para obtener el máximo beneficio en una negociación, la diferencia fundamental entre un “juego cooperativo” y un “juego no cooperativo” se halla, precisamente, en la posibilidad de firmar un contrato. maximizando siempre el beneficio el cooperativo (que, además, incluye la posibilidad de no cooperar). Al respecto, PINDICK y RUBINFELD, *Microeconomía*, Ed. Prentice Hall, 1995, p. 458.

<sup>120</sup> Elemento esencial y característico de la mediación. *Vid.* epígrafes 6, 7 y, especialmente, 8.

<sup>121</sup> Por eso el artículo 1333 del Codice civile, aun para los negocios unilaterales, da relevancia al consentimiento, tanto como fuente de la irrevocabilidad de la oferta unilateral «La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata», como fuente de rechazo del propio origen de la obligación, para el destinatario de la misma «Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso».

<sup>122</sup> Seguridad y certeza entendidas como valores informadores del Ordenamiento. Ello en un sentido práctico, «las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento», KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1960, p. 260; sobre la misma cuestión «en muchos casos las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro» AARNIO, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 26.; o IRTI, *La età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1986, p. 95. Pero también en un sentido sustantivo: «la seguridad jurídica es un valor jurídico, tomando la noción de valor

Por tanto, la tutela jurídica de la mediación como acto jurídico desincentivaría, al menos indirectamente, la conclusión de los negocios que sufrieran una mayor incidencia de esta mediación<sup>123</sup>. Ello es contrario a la esencia del instituto y, por ende, de su interés a tutelar.

Además, en la medida que en la mediación como mero acto también sería extraño al acto mediador la relación que pudiera tener su autor con las partes, así como el rechazo de éstas al mediador<sup>124</sup>; ni las partes estarían obligadas a proveer de información al mediador, ni tampoco habrían de querer hacerlo. De hecho, y pese a la situación abstracta de beneficio simétrico, éste no será tal, de forma que el titular del interés prestable más necesitado de mediación quedaría más beneficiado por la acción del mediador si éste desplegara su actividad sobre dicho interés<sup>125</sup>.

---

originaria de la Filosofía del Derecho. Sin dejar de ser un valor jurídico, a que hace referencia el Preámbulo de la Constitución, es un principio general del Derecho, constitucionalizado en el art. 9.3», LOURIDO RICO, “La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: “la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, La Coruña, 2003, p. 493-509; o «la giurisprudenza costituzionale ha individuato una serie di limiti generali all’efficacia (...) delle leggi, limiti attinenti alla salvaguardia di principi costituzionali, tra cui (...) la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico (ex plurimis: sentenze n. 209 del 2010 e n. 397 del 1994)». Corte Costituzionale sentenza n. 271 del 2011.

<sup>123</sup> Como se ha venido argumentando, como consecuencia de la eliminación de la cooperación se propugna la decisión egoísta dominante, que sacrifica el beneficio en aras de obtener una seguridad que, por lo demás, no será nunca igual a la opción contractual. Esta pérdida de beneficio, además, repercutirá sobre el bien mediado, por lo que su demanda será menor por el mismo precio. Por ende, perjudicaría tanto al concreto negocio mediado, como al mercado susceptible de mediación. Sin cooperación posible la incertidumbre hace que la mejor solución posible llegue por el “equilibrio de Nash”; mientras que, de otra forma –como es el principio general de sistema jurídico-patrimonial-, contractualmente, se puede llegar al “valor de Shapley”, que maximiza la eficiencia y, con ello, estimula el tráfico. Si bien se está simplificando y en la práctica no siempre se podrán alcanzar estas soluciones –concretamente el “valor de Shapley” sólo será inmune a desviaciones en algunos tipos de juegos, como los convexos, si bien por ello no pierde la tendencia su valor-. Al respecto, PÉREZ-CASTRILLO, “El Reparto del Botín”, *Un Paseo por la Geometría*, R. Ibáñez-Torres and. M. Macho-Stadler (eds.), Universidad del País Vasco, 2004.

<sup>124</sup> Las partes podrían, bajo la premisa de que la mediación es mero acto, limitar la contingencia de la misma repartiendo el riesgo entre ellas como estimen oportuno, así como la prohibición interna de acudir a tal figura, si bien dicho pacto no podrá tener efectos frente a terceros –singularmente el propio mediador-.

<sup>125</sup> Cuanto mayor sea la demanda de una determinada prestación, menor será el beneficio para el ofertante que haya de pagar la mediación, si el precio de esta fuera unitario. Le

Así, la coadyuvación de la parte más beneficiada a la mediación, si ésta fuera un acto directo e inevitable, al repartir el coste de un beneficio concentrado podría suponer una actuación contraria a la buena fe, de no haber informado a la otra parte igualmente deudora de la comisión. Un posible dolo<sup>126</sup>, en caso conocer la efectiva intervención -y coste- del mediador y no comunicarlo; o, en su defecto, un enriquecimiento injusto por su actuación.

Distinto sería si se considerara, pese a la unidad de acción, distinta la utilidad proporcionada a cada parte y se retribuyera no mediante un reparto de la misma -pues supondría el reparto una sola utilidad, aunque partida-, sino por medio de la imputación individual de la utilidad reportada<sup>127</sup>. Sin embargo, sería tanta la complejidad que la utilidad de la figura quedaría aún menos justificada. Además, en ausencia de pacto que interpretar -que no podrá existir si se trata de un acto jurídico-, sería difícil acudir a la costumbre integradora, sobre todo cuando no preexiste al problema. Igualmente insegura sería una solución de exclusiva equidad; así como costoso y paralizante la necesidad de acudir a un tercero dirimente.

Por otra parte, y por los mismos motivos pero en dirección opuesta, el mediador, que sí estará interesado siempre en consumir su acción, no tendrá una forma jurídica útil de conseguir la información. Su acción, desprovista de la

---

resultará siempre perjudicial la mediación cuando la utilidad de la misma resulte menor su precio. Por el contrario, el demandante de una prestación de oferta reducida saldría normalmente beneficiado. Todo neutralizando los intereses particulares del supuesto, así como eliminando de la mediación todo contenido puramente “negociador”.

<sup>126</sup> Muy probablemente de valor incidental, como recogen los artículos 1140 del Codice civile «Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni»; o el 1270, *in fine*, del Código civil « El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios».

<sup>127</sup>No sería tan sencillo como una mera división mancomunada de la comisión, pues la utilidad de la actividad mediadora para cada parte sería desigual; podría aplicarse, *mutatis mutandi*, lo expuesto en la nota 96 respecto al artículo 1758 del Codice civile, al artículo 1755, *in fine*, del mismo código, «e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità».

compleción que sólo la acción conjunta de colaboración e información de las partes puede conseguir, sería naturalmente inepta para el fin propuesto; quedando abandonada, en puridad, a poco más que el mero azar.

La única forma de completarlo sería, en la unilateralidad que caracteriza la acción jurídica, conseguir por sí mismo la información necesaria para facilitar la conclusión del negocio mediado. Ello incluiría, al menos, el interés concreto de una parte sobre un determinado objeto cuyas características también se habrán de conocer. Sin embargo, la divulgación de tal información ajena sin consentimiento de su titular resultaría ilícito<sup>128</sup>, derivando, además de en la reparación del daño causado, en la propia antijuridicidad del acto y, por ende, su posible ineficacia.

Todo lo anterior no responde a la realidad consecuente de tratar, en la práctica jurídica, a la mediación como un acto jurídico, sino de las consecuencias de hacerlo desde la dogmática pura. No cabe duda que dichos efectos se atemperarían valorando e interpretando cada caso, limitando los excesos. Sin embargo, acaso no se estaría acudiendo a criterios causales y fácticos relativos a las voluntades declaradas de las partes, reconociendo también así la mayor utilidad y adecuación del negocio como categoría de la mediación.

Por lo demás, es patente que a efectos de que la tutela del interés jurídico sea efectiva, es necesario dotar a la mediación, así como del negocio mediado, de la suficiente nitidez, seguridad y fuerza autónoma como para ser contemplado y asumido en la voluntad de las partes, donde la mediación encuentra sentido lógico, jurídico y causal.

---

<sup>128</sup> Además de la eventual responsabilidad extra contractual por el daño que la injerencia en la esfera personal del propietario pudiera inferir, serían de aplicación disposiciones específicas, como la normativa protectora de datos. Así la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, preceptúa, en su artículo 3.a., como dato de carácter personal, cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, lo que abarcaría, casi siempre, los datos relativos a los bienes mediados y sus propietarios. Podría matizarse la aplicación de la normativa dependiendo de la publicidad de dichos datos, que pudiera haber sido decidida, de forma independiente a la mediación, por su titular; pero el derecho de controlar tal publicidad –pudiendo restringirla o incluso anularla, conforme a lo dispuesto en la norma citada-, así como el carácter predominantemente profesional del mediador remunerado, permiten generalizar en el sentido apuntado.



## 2.4. Complejidad obligacional

Tras las objeciones lógicas, sistemáticas y causales propias de la naturaleza autónoma de la acción mediadora, queda contemplar la inclusión de la misma, como instituto jurídico, en una categoría jurídica del sistema jurídico. Con todo, se plantea un problema previo de difícil solución: su lugar en el sistema dependerá de su naturaleza, que, a su vez, podrá verse influida por los principios propios del sector del sistema en el que se sitúe. Por eso, y sobre la base de las aserciones previas, cabe únicamente inferir una estructura mínima en la que depositar el núcleo esencial de la actividad mediadora.

De este modo, la actividad mediadora implica, si se elimina el puro azar como único rasgo constitutivo, la convergencia de distintos elementos de representación mental desarrollados volitivamente en una acción causal compleja; orientada hacia un fin previsto; asistida por otras acciones basales (de información, principalmente). Se infiere así, de la acción desarrollada, una potencial pluralidad de relaciones entre los sujetos afectados por la acción que podrán concretarse en obligaciones. En general, para una situación fáctica compleja, cabría esperar una situación obligacional igualmente compleja<sup>129</sup>. Ello por la propia dinámica de la acción causal que prefigura los elementos fácticos como dependientes y, por ende, necesitados de un nexo que los relacione para llegar al fin proyectado.

Como dichos elementos fácticos necesarios para la consumación de la mediación necesitan de una relación entre distintos sujetos, entre ellos se darán relaciones -de hecho y de derecho- asimismo indicativas de la naturaleza de la categoría de la que son accesorias. Así, sin entrar aún en la reciprocidad de aquellas obligaciones -o, por el contrario, su eventual carácter unilateral-<sup>130</sup>, parece

---

<sup>129</sup> «(...) se reconoce por todos que el supuesto de hecho negocial será generalmente una situación compleja», DE CASTRO, *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 25.

<sup>130</sup> *Vid.* epígrafe 3.

razonable asumir como mínimo común el deber de buena fe<sup>131</sup> del mediador para con los sujetos mediados, y de éstos para con el mismo<sup>132</sup>.

La buena fe, principio general positivizado<sup>133</sup>, no sólo es indicio de la relación obligacional que complementa, sino que por sí misma opera como fuente de responsabilidad<sup>134</sup>. Cabe considerar que, sea cual sea la naturaleza de la mediación, la parte mediada que actuara de forma contraria a la buena fe, sería

---

<sup>131</sup> Tomando, como punto de partida, a la «*fides* (...) como principio básico de derecho que es y de rango universal (...) que pertenece indistintamente a toda la Humanidad», HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano*, Studi Arangio-Ruiz I, Milano, 1952, p. 248; en su dimensión normativa. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, Vol. II-1, Bosch, Barcelona, 1937, p. 228: «principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación en todos sus aspectos y contenido, están sujetas al imperio de la buena fe». En todo caso, la presente referencia a la buena fe, sin ánimo de profundizar en la misma, se aproxima a su consideración como *standard* jurídico previsible y, por tanto, exigible –con todas las matizaciones que a ello cabe añadir-. Sobre la idea general de la concreción, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 54 y DIEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1963, p. 138.

<sup>132</sup> «La doctrina ha ido así descubriendo que la relación negocial no consiste sólo en exigencias contrapuestas, sino que origina ciertos deberes de cooperación, conforme a las exigencias de la buena fe», DE CASTRO, *El negocio jurídico*, *op. cit.* p. 39. Dada una relación de la que se induce lógicamente la cooperación, operará la buena fe. Si la relación es jurídica, resultará asimismo normativa –aunque también, en ocasiones, si no fuera jurídica la relación-. Al respecto CAMACHO, *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Universidad de Granada, Granada, 1962, p.19. De otro modo: la buena fe –en su dimensión jurídica- presupone relación obligacional, así como la relación obligacional implica buena fe. FADDA, por su parte, restringe la buena fe a los contratos y, entre estos, los bilaterales, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Imprenta: L. Alvano, Napoli, 1909, p. 693; lo que parece excesivo –si bien en estos casos la extensión de la buena fe, así como su nitidez, puede ser mayor-.

<sup>133</sup> Lejos de ser una mera inferencia de los Principios Generales del Derecho, ha sido positivizado en la mayoría de Derechos continentales –si bien persiste, por su naturaleza, la abstracción de su propio concepto y contenido, necesitado de concreción dogmática y técnica-. Así queda expresamente recogida, como regla general, en los artículos 7 y 1258 del Código civil español; en el artículo 1134 párrafo tercero del Código francés; en los párrafos 157 y 242 del BGB o en los artículos 1375 y 1374 del Codice civile italiano. La contravención de dicho precepto supondrá, en cada caso, responsabilidad por el ilícito cometido, proyectada sobre el objeto del a buena fe de que se trate –contractual o no-. El Common Law, por su parte, comparte cierto contenido de esta buena fe, considerada como máxima de conducta ético-jurídica previsible; «en muchos casos se aproxima a las reglas y brocados de la *equity* anglosajona», WIEACKER, “El principio general de la buena fe”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1977, p. 60.

<sup>134</sup> Esta formulación incluye tanto la creación de situaciones pasivas, como la limitación del ejercicio de derechos subjetivos o poderes jurídicos, siendo la extralimitación ilícita y, por ende, causa de responsabilidad. «Más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico», DIEZ PICAZO, Prólogo a *El Principio General de la Buena fe*, de WIEACKER, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1982, p. 20.

responsable. La naturaleza del acto y sus elementos esenciales atraen obligaciones accesorias a su compleja órbita jurídica.

Así, por ejemplo, si una parte proporcionara información falsa que impidiera la efectiva mediación, al tiempo que creara la representación mental de su posibilidad en el actor, sería responsable de tal acto y sus consecuencias. De otro modo: si no se protege la veracidad de la información así como su vocación de permanencia durante un mínimo tiempo, al margen de su posible contingencia, se atenta de forma directa contra el interés jurídico tutelado<sup>135</sup>.

Ni el daño, ni la propia antijuridicidad de la acción que atentara contra la cooperación elemental, se pueden comprender si no es en relación con la dimensión volitiva y causal de una acción compleja que desborda las limitaciones del mero hecho jurídico. Si se tomase la mediación únicamente como el mero acto de concluir el negocio asistido, la proyección de la mala fe sería imperfecta, toda vez que no hay ninguna situación jurídica sobre la que proyectarla, sino un instante jurídicamente relevante.

Se podría mantener que, precisamente, por ser los deberes de buena fe inmanentes en todo acto jurídico, no afecta a la configuración del acto mediador, sino que lo complementa, como a cualquier otro<sup>136</sup>. Sin embargo, los deberes de buena fe, respecto a los actos, pueden de extenderse sobre la acción nuclear de los mismos y no sobre otras acciones, por necesarias o complementarias que sean para los primeros. Ello salvo que se subsuman, en unidad conceptual, dentro de una misma categoría actuarial<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Vid. epígrafe 2.3.

<sup>136</sup> De hecho, ENNECCERUS afirma que «de la buena fe puede resultar también que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley». De lo último puede inferirse su extensión, también para los actos jurídicos. *Tratado de Derecho civil*, Vol. II-1, Bosch, Barcelona, 1937, p. 19.

<sup>137</sup> Parte dicha aserción de que la buena fe necesita de una voluntad como presupuesto esencial, y en el acto dicha voluntad está limitada, tanto en cuanto al objeto como al protagonismo de la misma –que acaba relegándose a la mera voluntariedad-. Además, se evita el desplazamiento de la autonomía privada como fuente única del negocio jurídico: la buena fe objetiva u obligacional es siempre accesoria, necesitada de un negocio principal, fuente primaria a la que complementar. La buena fe subjetiva, si bien también es complementaria, no extiende

Cualquiera de aquellos actos complementarios que convergen en la mediación -a efectos de determinar la buena o mala fe con la que se ejercitaran, así como la intensidad de la misma y los perjuicios eventualmente causados-, no podrían valorarse si no se situan en relación con la finalidad a la que se orientan y las expectativas que crean. Como si se tratara, precisamente, de un negocio jurídico.

Por tanto, ni la eficacia limitativa de la buena fe; ni la responsabilidad que de ello se derivara; ni tampoco la eficacia obligacional complementaria de la misma; son compatibles con la naturaleza simple del mero acto. A su vez, son esenciales para el cumplimiento efectivo del fin jurídico y fáctico de la mediación, concreciones de la finalidad económico-social de la misma.

## **2.5. Compatibilidad del hecho y el negocio sobre mismo objeto.**

Sería posible eludir o atenuar algunos de los argumentos señalados si se considerara que el hecho mediador es un complemento a un negocio jurídico, de forma que los vacíos que ofrece la figura vinieran a quedar colmados con el mismo. De este modo, un acuerdo respecto a la información necesaria, valorando la relevancia económica de la misma así como las expectativas y obligaciones e las partes, podría contener la acción mediadora de “medios”, añadida al acto de “resultado”.

La respuesta completa a esta posición necesita de un estudio más profundo de la acción mediadora como “medio” o “resultado”, que se afrontará más adelante<sup>138</sup>. Sin embargo, se puede advertir desde esta perspectiva que, aun partiendo de la mera acción mediadora, sería necesario, para cada mediación, un contrato anejo. Un contrato, además, cuyos propios elementos esenciales se extenderían de forma particular al acto mediador. Así, aunque el desarrollo del *iter*

---

tanto las obligaciones como, principalmente, crea nuevas a partir del ilícito que pre-configura -o de la ilicitud aparente que, en su caso, sana-

<sup>138</sup> *Vid.* epígrafe 6

*actionis* puede quedar cubierto con el contrato complementario; la necesaria causa de la mediación finalista no puede sustituirse con la de un contrato ajeno, aunque esté relacionado con el acto de cualquier forma, salvo si el contrato absorbe al acto.

Motivos de economía jurídica, certeza y rigor dogmático apuntan a la artificialidad esencial de una construcción compleja basada en la supersposición de figuras jurídicas cuando, tutelando el mismo interés, público y privado, se puede encajar, de forma más sencilla y adecuada, el mismo objeto e interés en la figura contractual que se pretende vincular. Es decir: aunque el acto más el contrato resultaran una construcción válida; también lo sería el contrato sin el acto disociado, lo que parece una alternativa mejor.

Por otra parte, también cabría mantener que la **alternatividad entre el negocio y el acto mediador**, que pudieran darse de forma independiente sobre el mismo objeto<sup>139</sup>. Ello implicaría la disposición de la mediación como acto jurídico en sentido estricto como derecho general –por defecto–, pudiendo desplazarse con un negocio sobre el mismo objeto<sup>140</sup>, aun de forma implícita<sup>141</sup>. A ello se puede objetar:

En primer lugar, en la medida que el acto jurídico no depende, *per se*, de ningún otro hecho, puede operar de forma autónoma y sin consentimiento. El uso del negocio jurídico como alternativa resulta difícil, toda vez que éste debe

---

<sup>139</sup>DÍEZ PICAZO, «no siempre es contractual la fuente de la mediación», aceptando así la doble posibilidad, *Sistema de Derecho civil II*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 426. También STS de 23 de septiembre de 1991, o 10 de marzo de 1992.

<sup>140</sup>La figura que la norma localizara por defecto ha de ser necesariamente, en caso de que coexistieran la posibilidad contractual y la actuarial, la del acto jurídico. El acto, ajeno a la voluntad, no puede ser voluntariamente aceptado, pues no se puede acordar que el acuerdo no es un acuerdo, sino, como mucho, intentar darle, en la medida de lo posible, los efectos del acto al acuerdo -si bien los principios generales del negocio jurídico, así como la normativa imperativa sobre el mismo, serían inevitablemente aplicables.

<sup>141</sup>Tal y como en Italia se admite el mero conocimiento de la mediación, sin oposición, como aceptación de la misma «La giurisprudenza, come si è detto, ritiene che tale ipotesi vada ricondotta alla tipologia della mediazione contrattuale sul rilievo che per la sussistenza di questa non occorre un esplicito incarico ed un espresso consenso, ma è sufficiente che la parte anche per *facta concludentia* abbia accettato l'attività di interposizione del mediatore (...)» VISALLI, *La mediazione*, *op. cit.*, p. 166.

perfeccionarse de forma consensual. Así el mediador, una vez realizados los actos que pudieran generar la mediación, habría ya generado las consecuencias del mero hecho; pudiendo siempre rechazar todo pacto ulterior, sin que el sujeto mediado pudiera evitarlo<sup>142</sup>.

Incluso si se aceptara que la voluntad unilateral del comitente pudiera imponer de forma unilateral la forma negocial a la mediación a un mediador indeterminado<sup>143</sup>, sería de difícil concreción práctica. Esto es así porque, para destruir la norma general –aplicable por defecto–, dicha declaración de voluntad negocial sólo podría afectar a terceros desde que fuera efectivamente conocida<sup>144</sup>. Este carácter recepticio la declaración exigiría que cada declaración del oferente del objeto mediable, que pudiera dar a conocer la existencia del negocio a mediar, incluyera la exclusión expresa de la mediación fáctica. De otra forma, el mediador de hecho podría no conocer de la exclusión y, por tanto, no verse afectado<sup>145</sup>.

En segundo lugar, admitiendo la posibilidad de un acto mediador como derecho por defecto, el acuerdo de voluntades (o la declaración recepticia sin

---

<sup>142</sup> Ello bajo la idea de que, como acto, no necesita consentimiento, al margen de que el tratamiento doctrinal del mismo en sede italiana, aplicando analógicamente el artículo 1333 del Codice civile, de los negocios unilaterales, a los actos unilaterales. Analogía discutible, por cuanto difieren fundamentalmente los negocios de los actos, ambos unilaterales, en la voluntad, por lo que en razón de la *ratio* no común, no debieran extenderse los efectos. Sería una solución posible, no obstante, a través de la buena fe o los principios generales, pero esa misma sería, de hecho, la respuesta negativa a la mediación como mero acto; pues si, por cualquier medio, se llega a la conclusión de que el acto mediador no es ajeno al consentimiento; entonces es que no es un mero acto jurídico.

<sup>143</sup> Como ocurre en la práctica, mediante la aplicación general del consentimiento tácito por el mero conocimiento silente. *Vid.* notas de la 56 a la 59.

<sup>144</sup> Pues de otra forma la mera reserva mental, o una mínima exteriorización de la misma, bastarían para destruir la norma por defecto en favor de la subsidiaria, lo que invalidaría dicha sistemática estructura.

<sup>145</sup> En la vertiente probatoria de lo aducido, se podrán aportar las declaraciones completas que incluyan la excepción, pero no aquéllas que podrían no incluirlo -y, por ende, no existir-. Es cierto que esto puede moderarse mediante la aplicación del artículo 217.7 de la LEC, o, lo que es lo mismo, aplicando una suerte de inversión de la carga probatoria cuando fuera necesario. Sin embargo, y además de los problemas materiales de llevar lo anterior a la práctica, la mediación responde frente a dos sujetos, de ofertas contrapuestas, de manera que en ambos habría de reunirse las exigencias declarativas para excluir la mediación, y aún se podría discutir las fuentes de conocimiento indirecto, ya que, como tanto se ha dicho, al acto jurídico las circunstancias extrañas al mismo -como la forma de generación de la voluntad mediadora, o sus fuentes-le resultan indiferente.

oposición) que lo desplazara podría ser tácito<sup>146</sup>. Pues bien, para el sujeto mediado, conforme a lo expuesto, la mediación fáctica no implica ningún beneficio, sino que, como mucho, puede ofrecer la misma utilidad que un contrato (obviando la posibilidad conceptual de que esto ocurra descausalizadamente); pero sin ofrecer ninguna seguridad ni certeza. Cualquier contrato sería mejor que cualquier mediación fáctica<sup>147</sup>.

Por tanto, cabe pensar que, por ser lo anterior un hecho notorio<sup>148</sup>, sería asimismo adecuada una presunción, al menos *iuris tantum*, de que la voluntad del eventual mediado será siempre limitar la mediación fáctica<sup>149</sup>. De no ser relevante su voluntad unilateral, persiste el problema señalado en el apartado anterior. De

---

<sup>146</sup> Una vez más, de la misma forma, aproximada, que hasta ahora ocurre en el sistema italiano. Así «nella mediazione, l'attuazione equipara il silenzio delle parti a consenso; oppure, che l'attuazione conclude un contratto non consensuale, purché non intervenga una previa rinuncia (da parte dal mediatore) o una *prohibitio* (da parte del cliente)», SACCO, *Il contratto, en Trattato del diritto civile italiano, diretto da VASALLI*, Torino, 1975 p. 94.

<sup>147</sup>Se llega a esta conclusión puesto que, si bien resulta difícil ponderar la onerosidad de todas las situaciones posibles, en caso de que el interés del actor eventualmente mediado se viera seriamente lesionado siempre podrá elegir, desde la vertiente negocial, renunciar al acuerdo, mientras que si se trata de un acto jurídico habrá de asumirlo forzosamente. La limitación del daño es, por tanto, un valor equivalente a la potenciación del beneficio.

<sup>148</sup> De notoriedad lógica, incluso desde un punto de vista procesal, no solamente teórico, a efectos de determinar e interpretar la voluntad de las partes. Así, conforme al art. 281.4 LEC, no sería necesario probarlo. Incluso, según REDENTI, no sería necesario siquiera alegarlo, Citado por CABAÑAS GARCÍA, "Premisas básicas sobre una posible redefinición de la teoría procesal del hecho notorio", *Justicia: revista de Derecho procesal*, N.3, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 587. Con todo, la tendencia subjetiva del hecho exigiría un tratamiento más profundo de la cuestión.

<sup>149</sup> En un sentido análogo, aunque distinto, refiere VISALLI que el silencio consciente de las partes del negocio mediable podrán y, en muchos casos, mantendrán voluntades distintas a la vinculación contractual «Si osserva in senso contrario che essa implica la voltontà delle parti di avvantaggiarsi dell'attività dell'intermediario, ma non l'intenzione delle medesime di stipulare un contratto che le impegni a corrispondergli un compenso», *La mediazione, op. cit.*, pp. 166-167. La interpretación de la voluntad de las partes es equívoca; como mucho podrá presumirse que coincide con aquello que más les interese (como regla general de orientamiento subjetivo de la voluntad); y puede resultar excesivo imponerles la carga de manifestar determinada voluntad, sin haber creado ellos ninguna actividad. Continúa el autor, de nuevo de forma análoga a lo afirmado: «Questa conclusione si fonda sulla considerazione secondo cui ha natura equivoca il comportamento degli interessati all'affare, i quali lasciano fare a constui utilizzando i risultati della sua opera (...) Non ritengo che costituisca un procedimento corretto di ermeneutica della volontà delle parti (...) da cui si possa desumere la volontà del beneficiario di dare rilevanza giuridica all'ingerenza non richiesta del soggetto menzionato, obbligandosi, contrattualmente a corrispondergli la provvigione» p. 167.

serlo, aunque fuera teóricamente posible desde esta perspectiva, no debería interpretarse jamás la existencia de un acto estricto de mediación.

En tercer y último lugar, todos los inconvenientes dogmáticos y prácticos señalados anteriormente en contra de la mediación como acto jurídico persistirían pese a la existencia de una alternativa negocial, por lo que seguirían sugiriendo la exclusiva naturaleza negocial de la misma.

Por lo demás, aquellos casos en los que existe una situación en la que la acción material pueda ser análoga a la típica mediadora, aún podrán ser reconducidos a otras figuras jurídicas, acaso más apropiadas, precisamente por sus diferencias con la mediación, como se verá en el apartado siguiente.

Resta, en fin, la posible **coexistencia simultánea entre acto y negocio** para una misma mediación, tratando la hipótesis de la mediación como la conclusión de un negocio gracias a la intervención de un tercero como un hecho jurídico relevante *ab alio*, esto es: como condición suspensiva de los efectos del contrato condicional que contendría propiamente la mediación. Existiría así un acto jurídico en sentido estricto<sup>150</sup> ajustado a su propio concepto, que desataría las consecuencias jurídicas previstas por el contrato que, a su vez, sería la causa eficiente de las obligaciones de las partes.

---

<sup>150</sup> LALAGUNA, advierte, en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 224, que «La idea de que los hechos jurídicos voluntarios son “actos jurídicos” no es exacta, puesto que hay actos humanos que tienen un mero significado de hecho jurídico, sin alcanzar valor de acto jurídico, como es, por ejemplo, el comportamiento constitutivo de una condición potestativa (...) el primero se sustrae en su realización en alguna medida al dominio de la voluntad, en tanto que el segundo depende en su realización radicalmente del poder de la voluntad». Sin embargo, tanto “en alguna medida” como “radicalmente” son magnitudes discutibles para cada caso, con lo que es posible que se esté discutiendo únicamente la voluntariedad proyectada sobre un único acto finalista; o la ausencia de esta voluntad directora concreta. Más atrevido sería afirmar que la condición que fuera acto jurídico sería inválida, conforme al artículo 1115 del Código civil, que declara nulas las condiciones que dependan de la exclusiva voluntad del deudor, puesto que “radicalmente dependiente” no es lo mismo que “puramente potestativo”.



A esa construcción, cuya separación autónoma no está no exenta de artificio, se podrían oponer las consideraciones anteriores puesto que, si bien la condición suspensiva de cualquier obligación puede ser un acto, sería éste una circunstancia y no la categoría. La sustancia a estudiar, regular, y aplicar seguirá siendo el contrato. Llámese, así, mediación fáctica al hecho desencadenante circunstancial, y aplíquese el contrato de mediación que aquí se trata.

## 2.6. Cuasicontrato, o no.

A efectos de limitar la naturaleza negocial de la mediación, podría acudir a la consideración de la misma como una subespecie de otras fuentes de obligaciones distintas del negocio (al menos en cuanto a la remuneración del mediador). Además, de entenderse restringidas las fuentes de las obligaciones<sup>151</sup> y negar la naturaleza negocial de la mediación, la categoría del cuasi contrato podría devenir casi forzosa para llegar a la obligatoriedad<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Como ocurre en el caso español, *ex arts.* 1089 y 1887 y ss. del Código civil. El Codice civile italiano, por el contrario, aunque también las recoja acaba con una cláusula de apertura casi omnicompreensiva, bajo el criterio de idoneidad, en el art. 1173 «(...) o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

<sup>152</sup> Ello en el entendido de que los cuasicontratos tuvieran una sustantividad propia, necesaria para que los principios generales que contienen resultaran fuente de obligaciones. Si, por el contrario, la figura fuera más bien una tautología, fruto de un producto histórico dogmáticamente injustificado, podría derivar su obligatoriedad de la norma que contempla las figuras, con lo que resultarían igualmente forzosas en los sistemas que no recogen la mediación como acto de forma expresa. «L'istituto del quasi-contratto non ha avuto, come si suol dire, una buona stampa» STOLFI, *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 203. O «il quasi-contrato è una finzione che non esiste», SCIALOJA, “Le fonti delle obbligazioni”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1904, p.55. Por su parte, PUIG PEÑA «(...) se trata de un hecho al que el Ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de una obligación, quedando, por consiguiente, reducido a simples obligaciones legales», *Derecho civil. vol. III*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, p. 1140. Dependerá, también en este caso, de la extensión que se le dé a la regulación del cobro de lo indebido, particularmente en el caso español, y la cabida o no en el mismo, del enriquecimiento injusto. Al contrario, no entiende O'CALLAGHAN a los cuasicontratos como especies de una categoría principal, emanada de los Principios Generales: “*Todos los llamados cuasicontratos no son sino expresión del enriquecimiento injusto*”. Opina, además, en el mismo texto, que «(...) lo que el Código civil denomina cuasicontrato no son sino casos de negocios jurídicos que producen obligaciones

### 2.6.1. Gestión de negocios ajenos.

La mediación podría, en primer lugar, tomar la fuerza obligatoria y estructura dogmática de la **gestión de negocio ajeno**<sup>153</sup>, quedando excluida la necesidad de acudir al puro negocio jurídico<sup>154</sup>. De este modo, la propia comunicación de la información necesaria para conocer un negocio útil podría entenderse como la gestión de un interés ajeno -incluso anónimo-, que no puede realizar por sí mismo el informado-interesado al no conocer previamente la concreta oferta del negocio mediado.

Sin embargo, la gestión de negocios ajenos no tiene como fin el forzar, incluso en contra de la voluntad del eventual mediado (titular del “negocio” gestionado), propias y exclusivas relaciones jurídicas<sup>155</sup>. Al contrario, presupone

---

(como los contratos; no como-contratos o cuasicontratos) pero careciendo de causa», en *Compendio de Derecho civil*, Tomo 2, Dijusa, Madrid, 2009. Entiendo aplicable la premisa también a los actos jurídicos. Volviendo a las fuentes de las obligaciones, puede considerarse que junto a las fuentes de las obligaciones emanadas de la Ley cabrán otras derivadas de los Principios Generales si no entran en contradicción con las primeras; lo que daría igualmente sentido y fuerza a las figuras tratadas.

<sup>153</sup> Cuando no tuviera la mediación regulación autónoma, bajo alguna de las premisas enunciadas, y siempre que la gestión de negocio ajeno esté recogida normativamente. Así Italia (arts. 2028 y ss. Codice civile), España (arts. 1888 y ss. del Código civil) o Francia; no así Alemania o Suiza, también en el entorno europeo.

<sup>154</sup> Así lo entiende BLANCO CARRASCO «La mayoría de los contratos de colaboración o de gestión, como el mandato o la gestión de negocios ajenos, encierran en mayor o menor medida una mediación. Dentro de estos contratos de colaboración destaca especialmente el contrato de corretaje (...) conocido también como contrato de mediación». La diferencia –si bien parece hacerlo sobre la base de lo general y lo especial- más adelante: «una actuación incentivada o requerida por otra persona (...) diferencia al mediador del gestor de negocios ajenos. Es necesario un encargo para mediar, no siendo suficiente que el mediado o mediados se beneficie de la actividad realizada»; o «el corredor necesita un encargo previo para mediar, lo que diferencia esta figura de la gestión de negocios ajenos», en “El contrato de corretaje”, *Revista de Derecho Privado* - Núm. 3-4/2005, Marzo – Abril, Reus, Madrid, 2005. Confronta las figuras, por su parte, BONET CORREA, «la simple situación de mediación, por el hecho de una puesta en contacto de las partes, sin un previo acuerdo de voluntades, no tiene eficacia por sí solo. Si tal ocurriera no estaríamos ante un supuesto de mediación, supondría una gestión de negocios ajenos, una prestación de servicios a impulsos de beneficencia o liberalidad o incluso un contrato innominado, pero nunca una relación de mediación. Incluso surgiría el peligro de confundir la mediación típica con la mera información»: “La mediación. (A propósito de la obra de Luigi Carraro)” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo V, 3, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1952. p. 1058.

<sup>155</sup> En este motivo, como en otros presentados con anterioridad, late la prohibición

una excepción, actuando siempre el actor de buena fe<sup>156</sup>.

Esa buena fe podría subsistir bajo los parámetros propuestos en aquellas situaciones en las que, de forma concreta, la utilidad de la mediación sea superior a su coste y, además, este hecho sea notorio *ex ante* para el mediador<sup>157</sup>. Pero no puede obviarse el requisito esencial de que la intervención del gestor esté justificada por la ausencia absoluta de cuidado sobre el asunto<sup>158</sup>; que ha de comprenderse no sólo conforme a la circunstancia del objeto en un determinado momento, sino también valorando la posibilidad del *dominus* de ejercer o no dicho cuidado sobre lo suyo<sup>159</sup>.

---

general de injerencia indeseada en las relaciones jurídicas ajenas, teniendo su extremo en la usurpación y suplantación. Ya POMPONIO «*culpa est inmiscere se rei ad non pertinenti*» (fr. 36 Digesto 50, 17). También SIMONCELLI propone evitar las ingerencias inoportunas y arbitrarias, *Istituzioni di Diritto privato italiano*, 3ª ed (riv. ed. aum. VASALLI), Roma, 1921, p. 332. Según LARENZ, «tratándose de una gestión no autorizada, el gestor, bajo ciertos presupuestos, viene obligado a indemnizar daños», pues resulta un hecho ilícito, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Reus, Madrid, 1958, p. 362. Asimismo, y en una formulación más general, pero igualmente aplicable, «è dato investiré di una situazione giuridica vantaggiosa un soggetto senza la sua volontà, ma non contro», BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 170.

<sup>156</sup> Resultando parte esencial de la misma la actuación conforme al «interés rectamente entendido del dueño del negocio». LARENZ, *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p. 368.

<sup>157</sup> El artículo 1891 del Código civil español, haciendo responder, incluso por caso fortuito, al gestor que actúe en contra de la voluntad presunta del *dominus* o, primando su propio interés respecto de aquel, cuanto más hará responder al gestor por su acción voluntaria. Más directo es, incluso, el artículo 2030 del Codice civile italiano, que obliga al gestor como si fuese un mandatario, haciéndole responsable en estos términos de los daños que pueda causar culpablemente, sin perjuicio de la facultad moderadora del juez en tales casos. Más aún: de forma directa lo prohíbe el artículo 2031, *in fine*, relativo a las obligaciones del beneficiado por la gestión: «Questa disposizione non si applica agli atti di gestione eseguiti contro il divieto dell'interessato, eccetto che tale divieto sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

<sup>158</sup> Junto con otros tres requisitos, a saber: a) Que los negocios que de que el gestor se hace cargo sean «ajenos»; b) Que el gestor tenga la intención de gestionar el negocio ajeno por cuenta y en interés del «*dominis negotii*»; c) que sea un acto puramente voluntario -esto es, no responda a un mandato o disposición legal-. PUIG PEÑA, *Derecho civil. vol. III*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, p. 1153-1157, completando el artículo 1888 del Código civil. Respecto al último, entiendo que lo que no ha de responder a disposición legal es la voluntad como respuesta a un deber imperativo, no que la norma inspire la actuación, ni tampoco que discipline los efectos de tal voluntad. Así el ejemplo de LARENZ: «gestión de negocios no apoyado en ninguna relación jurídica preexistente -ya se base en un contrato o ya en la ley (como la del tutor, administrador del concurso, etc.)-», *Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 361.

<sup>159</sup> De este modo no bastaría un mero desatendimiento, pues es lícita dicha actitud respecto a lo propio, sino que éste se vea acompañado bien de una involuntariedad o bien de

Además, aún en caso de entenderse lícito y adecuado, serían los efectos patrimoniales resultantes únicamente la reintegración de los gastos necesarios y útiles que hubiera efectuado el hipotético gestor-mediador y la indemnización por los perjuicios sufridos<sup>160</sup>. Por tanto, no existiría una retribución por el trabajo efectuado. Queda así justificada, habida cuenta la inexistencia objetiva de ánimo de lucro<sup>161</sup>, la excepcional injerencia en lo ajeno del instituto, lo que supone un aspecto esencial indisponible por una hipotética especialidad.

Finalmente, aún en el caso de que fuera admisible el uso analógico de la gestión de negocio ajeno, en el momento en el que el titular del interés mediado fuera consciente de la actuación del mediador, cesaría la situación interina que le da sentido, de forma que, si queda autorizada, cerrará con el consentimiento del *dominus* el vínculo negocial de mandato.

Tampoco sería, por tanto, mero acto ésta clase de mediación<sup>162</sup>. Esto implica, a su vez, que si el titular del interés gestionado conociera de la actividad del gestor-mediador antes de la conclusión del negocio, aun confirmando la actuación previa,

---

una apariencia de la misma, respecto a la apreciación del eventual gestor de buena fe. En todo caso esto puede reconducirse a la voluntad presunta o expresa, conocida o no, del *dominus*. «El interés sólo es decisivo cuando esté fuera de duda que al gestor no le es cognoscible la voluntad real o presunta del dueño». LARENZ, *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p. 371.

<sup>160</sup> Artículo 1893 del Código civil; o artículo 2031 del Codice civile.

<sup>161</sup> Tanto es así que incluso podría pensar en negar el derecho a la reintegración o hasta la indemnización en los casos en los que el gestor no haya tenido intención de exigir indemnización al dueño del negocio, como recoge expresamente la ley alemana, sección 685 BGB. En inglés: «The voluntary agent has no claim if he did not intend to demand reimbursement from the principal ». Señala LARENZ que puede interpretarse dicha limitación como “un caso de la prohibición de “venire contra factum proprium”, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 373, si bien puede pensarse que la doctrina de los actos propios depende más de la extereorización de los mismos -y con ella las expectativas creadas- que de la representación mental, privada, que domina, la disposición citada -al margen del eventual problema de prueba-. Asimismo STOLFI «non deve cioè il gestore gestire quell'affare *donandi animo* o *pietatis animo*», *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 213.

<sup>162</sup> Art. 1892 del Código civil español; prácticamente en los mismos términos que el art. 2032 del Codice civile italiano. En todo caso, y como mero apunte, entiendo que los efectos del mandato no habrían de retrotraerse al comienzo de la gestión, en la que se pudo, incluso, desconocer la nota de ajenedad, sino proyectarse desde el momento de la autorización, aún expresa, sometiéndose el periodo previo a las normas específicas de la gestión.

podría prohibir la continuación de la gestión<sup>163</sup> de forma irrevocable<sup>164</sup>. Se impediría en cualquier momento, instantes antes de la conclusión del negocio mediado, el propio nacimiento de la mediación. Podría aducirse que los efectos se proyectarían causalmente de igual forma, pero no sería desde una suerte de gestión, pues ya habría quedado transformada en mandato terminado.

En conclusión: no es posible utilizar la gestión de negocios ajenos para asimilar, ni siquiera analógicamente, la mediación a sus características y regulación. Más bien al contrario, de suponer una injerencia no autorizada por la voluntad de las partes del negocio a mediar, bien podría resultar un acto ilícito.

### 2.6.2. Enriquecimiento injusto.

Se objetó en los apartados precedentes, respecto a la relación del mediador y mediado fuera de un cauce negocial, la ausencia de causa jurídica bastante que justifique las eventuales consecuencias jurídicas de la mediación. Podría plantearse que dicha ausencia de causa pudiera señalar que, para cada acto de mediación, corresponde una situación de enriquecimiento injusto<sup>165</sup> del mediado que reequilibrar<sup>166</sup>. Así, el trabajo desarrollado por el mediador en favor del mediatario,

---

<sup>163</sup> «consento nell'opinione, che chi ha gerito l'affare altrui proibente domino, non possa sperimentare la *actio negotiorum gestorum contraria* (...)» STOLFI, *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 214. También *vid.* LARENZ, *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p. 371.

<sup>164</sup> Irrevocabilidad relativa según STOLFI que, sobre la gestión incluso prohibida «(...) Ritengo infatti che egli potrà tentare la *actio de in rem verso*, almeno per recuperare la somma corrispondente all'arricchimento del *dominus negotii*, se duri lo speso», *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 214.

<sup>165</sup> «*Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*» (D. 12,6,14) no está enunciado expresamente en el Derecho positivo español, aunque sí informa el mismo, en ocasiones de forma directa (arts. 1145 o 1158 del Código civil, entre otros), está pacíficamente reconocido y utilizado por la doctrina jurisprudencial (así su categorización y requisitos pueden observarse, entre muchas, en la STS de 21 de septiembre de 2010). En Italia queda regulado en los arts. 2041 y 2042 del Codice civile.

<sup>166</sup> Así, según RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA *El contrato de corretaje inmobiliario: los*

con el resultado verificado en la realización del negocio mediado, supondría un desplazamiento patrimonial sin “justa causa” jurídica. El hecho mediador<sup>167</sup> es la causa eficiente de un empobrecimiento del primero paralelo al enriquecimiento del segundo. Procedería, por tanto, el restablecimiento del equilibrio entre los dos patrimonios<sup>168</sup>.

Al margen del carácter residual por subsidiario de la figura –que no hay problema en aceptar dada la sistemática utilizada<sup>169</sup>–, se habrá de comprobar la

---

*agentes de la propiedad inmobiliaria*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2000, cuando el tercero se aprovecha de la actuación del corredor, la conoce y no la desautoriza, no se obliga a retribuir a éste, ya que faltaría una relación contractual con él; sin embargo, este mismo autor manifiesta que «en todo caso habría que acudir a una acción de enriquecimiento injusto», p. 449. Anteriormente VARELLI, *La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, pp. 20 a 28. En opinión de este autor, si el segundo contrayente no consiente la mediación, no habrá contrato de corretaje, aunque aproveche las gestiones de la persona que intentó ser mediador; en ese caso, los contrayentes no satisfarán los honorarios del mediador, si bien habrán de pagárselos en concepto de indemnización por enriquecimiento.

<sup>167</sup> A los efectos presentes, y al margen de la mayor amplitud potencial de la palabra, se seguirá tratando el hecho volitivo finalista, no el eventual o aleatorio.

<sup>168</sup> Principio general ampliamente positivizado en el Derecho español, está presente en los artículos del Código civil. 1901, 358 y ss., 451 y ss., 1358, 1364, 1756, 1888 y ss., 1895 y ss., 1124, 1295, 1298, 1303; art. 65 de la Ley Cambiaria, entre otros, con temprana base en las Partidas (7, 34, 17). Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, en la misma línea que a la generalidad de la doctrina tradicional bajo la influencia del Derecho alemán, concretado en el parágrafo 812 de su Código civil, en *Derecho Civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1957, p. 717, parafraseando a NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934. Expresamente recogido también en el artículo 2041 y 2042 del Código civil italiano, y arts. 473 y ss. del Código civil portugués. Ello, además, con cierta independencia, en cuanto a la esencia de la figura, de la causalidad o no del sistema contractual de cada Ordenamiento. PUIG PEÑA, *Derecho civil. vol. III*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, p. 660, siguiendo a SHOM, lo define como «el hecho por el cual una persona se lucra o aumenta su patrimonio a costa de otra cuando no haya relación jurídica alguna que le sirva de base que lo justifique o sea contraria a la voluntad del Derecho». Sobre la literalidad de tal definición, entiendo que no es necesaria que la conducta activa sea del enriquecido –como recoge, asimismo, el mismo autor más adelante en la misma página–; por otra parte, si “contrario a la voluntad del Derecho” es el acto antijurídico, no lo entiendo incluido dentro de los parámetros de esta figura –como se verá–, al margen de los efectos que le sean propios a la eventual nulidad que de ello se derivase. En el Derecho italiano está recogido en el Título VIII del Libro IV del Código civil, arts. 2041 y 2042; en el Derecho alemán en el título 26 del Libro II; etc.

<sup>169</sup> Lo que no implica que se acepte tal carácter subsidiario con carácter general en cualquier Ordenamiento, singularmente el español, sino que, aun de ser así, persistiría la validez del análisis. En todo caso ver CLAVERÍA GONSÁLVEZ, “La causa del contrato”, *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998; también STS de 14 de diciembre de 1994. En el Derecho italiano se recoge expresamente la subsidiariedad de la acción en el artículo 2042 del Codice civile.

posibilidad de tal categorización. De este modo, en cuanto a la premisa, sería la actividad mediadora, como acto unilateral del mediador, la causa de dos efectos paralelos: un enriquecimiento para el mediatario, toda vez que logra su fin económico; un empobrecimiento para el mediador, que realiza una prestación no retribuida. Todo ello faltando una causa jurídica suficiente<sup>170</sup> que justificara la gratuidad del fenómeno.

Aunque no sea necesaria la mala fe del enriquecido para la consideración del injusto<sup>171</sup>, no se puede obviar la vertiente subjetiva de la relación de empobrecimiento, pues no sólo puede tener mala fe el enriquecido. Habida cuenta la naturaleza y función de la categoría –o, en su caso, de las que la inspiren<sup>172</sup>–, sería adecuado utilizar la eventual ausencia de buena fe para rechazar, en este caso, el recurso al enriquecimiento injusto<sup>173</sup>.

Además, para la prestación de servicios en general, siempre que el prestador conozca la inexistencia de la causa negocial<sup>174</sup>, no se da siquiera la relación esencial

---

<sup>170</sup> Los tres requisitos que exige el enriquecimiento injusto en España, según PUIG PEÑA, *Derecho civil. vol. III*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, p. 664 son el enriquecimiento, el daño, la relación causal entre ambos y la falta de causa justa de la misma. La comparte el Tribunal Supremo, en sentencias de 28 de enero de 1956; 5 de diciembre de 1980; o 15 de junio de 2004. Las mismas características advierte GALLO, P., «1) l'arricchimento; 2) il danno; 3) la correlazione tra danno ed arricchimento; 4) la mancanza di giusta causa 5) la sussidiarietà dell'azione», *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Utet, Torino, 2008, p. 34. Añade CASTÁN la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa en la p. 718, si bien, de alguna forma, la inexistencia de un precepto invalidante se puede considerar como una suerte de requisito común a todas las categorías jurídicas. DÍAZ PAIRÓ añade, en *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed, vol. II, Librería Temis, Bogotá, 1948, p. 22, la inexistencia de otra acción reintegradora del equilibrio lo cual supone, principalmente, remarcar el carácter subsidiario que el autor le pretende. Los mismos requisitos señalados en primer lugar recoge el artículo 2041 del Código civil italiano.

<sup>171</sup> DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil II*, Tecnos, Madrid, 2000, 527, superando el carácter “torticero” derivado de la formulación en las Partidas que revestía la figura.

<sup>172</sup> Evitando la discusión sobre la autonomía o no de un principio general autónomo o derivado para el enriquecimiento injusto, como señala CLAVERÍA GONSÁLVEZ, “La causa del contrato”, *Studia Albortiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 671.

<sup>173</sup> Artículo 7.1 del Código civil español. Aplicable, como principio general de los principios generales. En el Derecho alemán, el parágrafo 814 prevé expresamente, como límite del enriquecimiento injusto, la representación intelectual del actuante empobrecido de la falta de débito de su acción libremente ejecutada.

<sup>174</sup> Esto es: se excluye el error, tanto a cerca de la existencia de la causa, como del sujeto

de desequilibrio toda vez que, bien el servicio se ve desprovisto de valor patrimonial por su autor; bien éste es el medio de un uso ilegítimo, abusivo, del Derecho por parte de quien lo ejecuta<sup>175</sup>. Lo contrario posibilitaría la creación unilateral de obligaciones ajenas.

En fin, no parece asumible tampoco la incardinación de la mediación, en ésta institución de enriquecimiento injusto ni, por tanto, en ninguna de las categorías cuasi-contractuales.

## 2.7. Derecho contractual europeo

Después de justificar la negación de la categoría de mero acto jurídico a la mediación, utilizando consideraciones tradicionales del Derecho patrimonial<sup>176</sup>, conviene confirmar las aserciones practicadas en contraste con los trabajos de Derecho contractual europeo, a efectos de verificar si acaso no hubiera alguna alternativa entre las que, hasta ahora, se han tratado.

Con todo, la consideración de la mediación desde la perspectiva del Marco Común de Referencia<sup>177</sup>, pasa por reconocer la naturaleza, entidad y límites del

---

u objeto a que ésta pudiera atañer.

<sup>175</sup> Proscrito de forma expresa por el parágrafo 814 del Código civil alemán para el caso del enriquecimiento injusto, cabría aplicar, entiendo, el artículo 7.2 del Código civil al mismo supuesto. Al respecto LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pp. 540 y ss.

<sup>176</sup> Resulta en sí mismo significativo que, en cuanto a los conceptos generales utilizados, pero también en cuanto a la configuración más concreta de los institutos tratados, así como de sus efectos; el contenido haya sido prácticamente el mismo en los ordenamientos europeos utilizados, fundamentalmente el italiano y el español. Indicio añadido no sólo sobre la utilidad del estudio comparado en este ámbito, sino sobre la aptitud de las conclusiones para ser comunes –o, incluso “comunitarias”–.

<sup>177</sup> En rigor, aún, “borrador” del mismo. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet,



proyecto que, al carecer de un sistema omnicompreensivo de instituciones y soluciones hermenéuticas autointegrativas suficientes como para colmar sus lagunas; pudiera sencillamente no haber previsto la eventualidad, quedando al margen de su regulación.

Ahora bien, ignorando las eventuales deficiencias del DCFR en el entendido de su posible heterointegración con el material hasta ahora aportado, puede reconstruirse, de forma paralela, el razonamiento inductivo progresivo que la investigación propone.

### 2.7.1. Actos jurídicos.

El DCFR recoge, junto al contrato, también la categoría de acto jurídico, como más amplia que la contractual, no resulta tan amplia como el concepto hasta ahora manejado. Queda limitado a declaraciones o acuerdos, no a puros actos en sí mismos<sup>178</sup>; y si bien un acto puede contener una declaración implícita –como reconoce expresamente la disposición–, este caso, residual, no parece ser el núcleo de la figura cubierta delimitada por el texto ni la categoría general que se está tratando<sup>179</sup>.

---

Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009 (en adelante DCFR).

<sup>178</sup> II.- 1:101 (2): A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effects as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral. «The notion of a juridical act is a useful one. It covers not only contracts but also many statements which are intended to have legal effect (...)», *AAVV Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, vol. I, p. 125.

<sup>179</sup> Ello en el entendido de que, si bien cualquier acto dirigido a otro implica siempre una tendencia, una finalidad y, por ello, una exteriorización de la misma, que el sujeto pasivo del acto habrá de percibir; eso no es lo mismo que implicar, de forma nuclear, una declaración concreta con un acto inequívoco, dirigido, fundamentalmente, a tal fin declarativo. Entiendo que opta por esta segunda alternativa el DCFR al abundar, en la edición comentada, sobre el concepto ofrecido de “acto jurídico”: The notion of a juridical act is a useful one. It covers not only contracts but also many statements which are intended to have legal effect –including offers, acceptances, unilateral promises o undertakings intended to be binding without acceptance; unilateral grants of authority to act as a representative; unilateral grants of consent or permission; unilateral acts of ratification or approval; unilateral acts of withdrawal,

Lo mismo resulta aplicable a los Principios de Derecho Contractual Europeo<sup>180</sup> que, si bien no recogen expresamente el término “acto jurídico”, lo incluyen para las “declaraciones y conductas que demuestren intención”<sup>181</sup>. Intención que, por lo demás, depende de una voluntad que para el acto jurídico en sentido estricto resulta esencialmente secundaria.

Por su lado, como parte del acervo comunitario, los Reglamentos Roma I<sup>182</sup> y II<sup>183</sup> recogen ambos los actos jurídicos, contractuales o no, sin entrar a precisar el contenido de la figura, que habrá de concretarse según la Ley que resulte aplicable en cada caso<sup>184</sup>.

### 2.7.2. Causa.

Buena parte de lo aducido respecto a la naturaleza de la mediación toma como base consideraciones, directas o indirectas, relativas a la causa. Ello podría entenderse contradicho por el poco predicamento de la causa en algunos de los sistemas contractuales europeos<sup>185</sup>, o en los propios proyectos de armonización.

Los PECL no exigen, para la perfección del contrato, más que la intención de

---

revocation, avoidance or termination; and unilateral acts granting, transferring or waiving rights. (...). Pp 125-126. Full ed.

<sup>180</sup> *PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Partes I y II (Revisadas) Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, traducción del Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos. En adelante PECL.*

<sup>181</sup> Artículo 1:107: Aplicación análoga de los principios: Los presentes principios se aplican, con las oportunas modificaciones, a los acuerdos de modificación o de extinción de un contrato, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención.

<sup>182</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

<sup>183</sup> Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

<sup>184</sup> Así los artículos 11.3 o 18.2 del Reglamento Roma I; o los artículos 21 o 22.2 del Reglamento Roma II.

<sup>185</sup> Sin ánimo exhaustivo baste mencionar que, a grandes rasgos, el derecho inglés e irlandés mantienen la *consideration*, no así el escocés. Se requiere la causa para los contratos en el Derecho de Austria, Francia, Bélgica, Bulgaria, Luxemburgo, Italia, Eslovenia, República Checa y España. De forma menos nítida –bien en cierta no unánime o de forma más restringida- en Países Bajos o Polonia.

las partes de vincularse jurídicamente, y el acuerdo bastante alcanzado sobre la premisa anterior<sup>186</sup>. No contempla más requisitos, excluyendo así a la causa como contenido esencial del contrato –al igual que la forma, la transmisión o cualquier otra consideración–.

Los Principios Unidroit<sup>187</sup> ya mantuvieron con anterioridad la tendencia de subrayar la consensualidad de los contratos como la esencia de los mismos<sup>188</sup>, con el mismo efecto aparente de eliminación de la causa –o la *consideration* del *Common law*–, en aras de una mayor simplicidad que revertiera en más seguridad y eficacia para los contratos<sup>189</sup>.

Los Acquis Principles<sup>190</sup>, por su parte, mantienen la misma posición respecto a la formación del contrato por el consentimiento de las partes<sup>191</sup>.

En fin, el DCFR sigue la misma línea, consagrando la consensualidad en detrimento de cualquier otro requisito<sup>192</sup>. Más aún: en los comentarios del borrador

---

<sup>186</sup> Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato

(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando

(a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y

(b) alcanzan un acuerdo suficiente.

<sup>187</sup> *PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004*, Versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro en colaboración con Hernany Veytia Palomino (México) y juristas provenientes de diversos países de lengua española, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2004. En adelante Principios UNIDROIT.

<sup>188</sup> Art. 3.2. «Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional». Nótese que “sin ningún requisito adicional” es una traducción diversa de “sin necesidad de ninguna otra condición” referida a la misma expresión inglesa utilizada en el artículo citado de los PECL “without any further requirement”.

<sup>189</sup> Vid. HARTKAMP, VON BAR, "Principles of Contract Law", *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998, p. 113.

<sup>190</sup> *Principios del derecho contractual comunitario (Acquis principles)*, según la versión del Anexo en *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales Acquis Communautaire, principios de la Unión Europea y principios Unidroit: Pueden coexistir?*, Esther Arroyo Amayuelas, María Pilar Ferrer Vanrell (coord), ANselmo Martínez Cañellas (coord), Dykinson, Madrid, 2009. En adelante Principios ACQUIS

<sup>191</sup> Chapter 4: Formation. Article 4:101: Agreement between the parties. A contract is concluded if the parties intend to be legally bound, and they reach a sufficient agreement.

<sup>192</sup> II. – 4:101: Requirements for the conclusion of a contract

A contract is concluded, without any further requirement, if the parties:

se excluye, expresamente, la necesidad de causa o *consideration* –como los otros requisitos excluidos-, de un «modelo moderno de ley contractual»<sup>193</sup>.

En conclusión, podría entenderse la virtual eliminación de la causa como el futuro armonizado de la misma. Y, de ser así, también podría inferirse la falta de esencialidad de ésta o de lo que de ella derive, en cuanto a elemento fundamental del derecho de los contratos.

Sin embargo, es también posible que se desplace la causa como concepto dogmático y no tanto las funciones típicas de la misma, proyectadas sobre el contrato.

De este modo, desde un acercamiento comparativista, en los sistemas causalistas la causa sirve fundamentalmente<sup>194</sup> para constatar la concurrencia de la voluntad de quedar vinculado contractualmente; relevancia de las presuposiciones y motivos de las partes; y como límite y control –judicial en última instancia-, sobre el uso por los sujetos de la autonomía contractual. Difícilmente se pueden ignorar estas funciones, por más que se elimine la causa.

Por tanto, aunque se prescinda de un concepto científico en el que unificar las anteriores funciones, es posible que se trate más una decisión de ordenación conceptual, que de la eliminación decidida de la esencialidad que supone<sup>195</sup>. Si no

---

(a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and

(b) reach a sufficient agreement.

<sup>193</sup> «(...) Unlike the laws of some Member States, these model rules do not require consideration or *cause* (...) The additional requirements (which in many cases are attenuated or are readily evaded) do not seem to fulfil a sufficiently important function to be desirable elements of a modern model for contract law». *AAVV Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, Vol I, p. 265.

<sup>194</sup> Siguiendo a MARTÍN PÉREZ, en “la causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente), en “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente), *Estudios de Derecho de obligaciones, homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 2006, p. 292 y ss.

<sup>195</sup> Así se reconoce, incluso, en los comentarios del DCFR que, como se dijo, se mostraba decididamente contra la causa: «(...) any residual functions of consideration or cause, such as preventing very one-sided agreements from being enforceable, are fulfilled by other rule». *Comentarios al DCFR*, vol. I, pp. 265-266. Si bien habla de funciones residuales, es significativo

hay *causa*, su contenido se repartirá entre otras figuras, en forma de presupuestos, límites o correctivos. En un examen más profundo lleva a encontrar las mismas funciones de la causa en la regulación de la voluntad y el consentimiento<sup>196</sup>, desde su formación y objeto hasta su error o la razonabilidad de su interpretación; de la ilicitud del objeto del contrato, incluida la moralidad de la prestación o la afectación del mismo al Orden público; u otras figuras como el enriquecimiento injusto –o “sin causa”–.

En conclusión, no se elimina el contenido esencial de la causa, puesto que lo es también del contrato. Al fin y al cabo, habida cuenta las convergencias en los sistemas contractuales que difieren en la causa, cabía de antemano sospechar una importante carga nominalista en la discusión. No se elimina el contenido de la causa, sino una manera de estudiarlo y ordenarlo, contingente respecto a las funciones que despliega.

Cuestión distinta, pues no concierne tanto a la formación del contrato en particular, como a las fuentes de legitimación de las obligaciones, es si la supresión de la causa en favor de la mera voluntad de las partes pudiera suponer la consagración, más o menos completa, del dogma liberal respecto de la autonomía contractual de las partes.

Acorde con la hipótesis anterior, la consideración pública de objeto prestable digno de protección, así como cualquier otra ajena a la mera voluntad de las partes, resultarían muy poco significativas. Esta perspectiva queda rechazada, al menos en su formulación más abierta, por el resto de instituciones y mecanismos que, en el Derecho contractual armonizado, siguen re-equilibrando el contrato.

---

que lo predice sólo de la causa –y de la *consideration*–, y no de los otros posibles requisitos del contrato que descarta el mismo párrafo (como la transmisión de la propiedad en determinados casos).

<sup>196</sup> “las declaraciones carentes de causa generan la sospecha de que también el consentimiento de ese vínculo es defectuoso”, GALGANO, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 88.

### 2.7.3. Gestión de negocios.

En lo referente a la gestión de negocios ajenos, el DCFR mantiene en su Libro V, sin apenas cambios, las características tratadas de la figura<sup>197</sup>. Así, se exige que el gestor actúe, principalmente, con la finalidad de beneficiar al titular de objeto gestionado; y que dicha intromisión sea razonable, no siéndolo en ningún caso cuando se pudo conocer la voluntad del titular y no se indagó en ella; o, de no poder conocerla, no era tampoco previsible que la intervención contraviniera los intereses del mismo<sup>198</sup>.

Así la regulación del DCFR es incluso más esclarecedora en cuanto a la imposibilidad de aplicación de esa figura a la mediación, en la medida que explicita la necesidad de descubrir la voluntad del titular de inmediato, hecho que impediría la prosecución del acto, como se explicó. Dicha medida, de hecho, es una cláusula que pretende proteger al *dominus* de los eventuales excesos advertidos<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> V. – 1:101: Intervention to benefit another (1) This Book applies where a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal, and: (a) the intervener has a reasonable ground for acting; or (b) the principal approves the act without such undue delay as would adversely affect the intervener. (2) The intervener does not have a reasonable ground for acting if the intervener: (a) has a reasonable opportunity to discover the principal's wishes but does not do so; or (b) knows or can reasonably be expected to know that the intervention is against the principal's wishes.

<sup>198</sup> «(...) a person does not act as a justified intervener by rashly meddling in the affairs of another. Such is the case when it has been made known to the intermeddler that the interference is against the wishes of the person assisted or the intermeddler could reasonably be expected to know this AAVV *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, vol. 1, p. 2893.

<sup>199</sup> Se reconoce expresamente «In order to protect the principal from officious intermeddling by others, paragraph 2 makes the clear demand that the intervener must be directed as far as possible in the circumstances by the wishes of the principal, so far as the intervener is in a position to identify them» o «It follows as a fundamental principle that a person does not act as a justified intervener if the person disregards the known contrary wishes of the principal» AAVV *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, p. 2896.

#### 2.7.4. Enriquecimiento injusto.

En cuanto al enriquecimiento injusto, recogido de forma expresa en el libro VII del DCFR, la premisa es esencialmente la misma que la planteada<sup>200</sup>, por lo que la eventual incardinación del hecho mediador en la categoría sigue sin ser posible. Asimismo, la relación entre el enriquecimiento y empobrecimiento queda concretada en el propio texto<sup>201</sup>, entre un listado no exhaustivo, como servicios prestados para la persona enriquecida por otro.

Respecto a la definición del injusto característico del enriquecimiento, se parte de lo mismo como principio general, relegando la justificación del enriquecimiento a las situaciones objetivas en las que el enriquecido lo sea por justo título<sup>202</sup> (bien contrato, otro acto jurídico, resolución judicial o cualquier disposición normativa); si bien también estas circunstancias pueden ser desplazadas, como justificativas del enriquecimiento, en determinados casos<sup>203</sup>.

También cabe aplicar un criterio subjetivo, acorde con lo defendido anteriormente, por el que el injusto del enriquecimiento cesa cuando el perjudicado consiente libremente y sin error dicho perjuicio<sup>204</sup>. De este modo, como quiera que la actividad mediadora es finalista y deliberada, habrá de ser esencialmente libre;

---

<sup>200</sup> VII.- 1: 101 (1): A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another's disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment.

<sup>201</sup> VII.- 4:101 (b) An enrichment is attributable to another's disadvantage in particular where: (...) a service is rendered to or work is done for the enriched person by other. Se reconoce, en los comentarios del AAVV *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, p. 4037, la "pequeña dificultad" que puede suponer la aplicación de este precepto, toda vez que se puede prestar un servicio incluso cuando sólo una de las partes es consciente del beneficio que implica. Se remite, para la solución del problema, a las nociones de enriquecimiento y perjuicio propias de la figura.

<sup>202</sup> VII.- 2:101 (1) (a): An enrichment is unjustified unless: the enriched person is entitled as against the disadvantaged person to the enrichment by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law (...).

<sup>203</sup> VII.- 2:101 (4): An enrichment is also unjustified if (...)

<sup>204</sup> VII.- 2:101 (1) (b): En los comentarios se abunda: «(...) a disadvantage will be sustained with consent if the disadvantaged person has acted knowingly to confer the enrichment or has authorised a third party to effect this». AAVV *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, vol. 4. P. 3899.

por lo que, al margen de un error excepcional, no cabrá dentro del enriquecimiento injusto propuesto por el DCFR, por los mismos motivos que se adujeron.



### 3. DEL NEGOCIO UNILATERAL AL CONTRATO SINALAGMÁTICO

3.1. Origen, posiciones y razones.- 3.1.1. Obligaciones accesorias.- 3.1.2. Condicionalidad.- 3.1.3. Onerosidad.- 3.2. La relación bilateralmente obligatoria como categoría.- 3.3. Análisis económico del contrato sinalagmático como indicio de idoneidad.- 3.4. Promesa unilateral y precontrato como alternativas de unilateralidad.- 3.4.1. Promesa unilateral.- 3.4.2. Precontrato.- 3.5. Derecho contractual europeo.

#### 3.1. Origen, posiciones y razones.

Muchas de las posiciones y discursos a desarrollar en el presente epígrafe parten de las conclusiones establecidas en el anterior, si bien la influencia es recíproca. Así, algunas de las conclusiones anteriores intentan tomar fuerza y sentido a la luz de las que siguen, que necesitarán completarse más allá.

Partiendo ahora desde el negocio jurídico como categoría común mínima para la mediación, el siguiente problema a resolver es la discutida cuestión relativa a su naturaleza unilateral o bilateral.

Conviene precisar que se entenderá bilateral el negocio en atención a la fuente de las declaraciones de voluntad<sup>205</sup> y el contrato en función de su sinalagmaticidad<sup>206</sup>, si bien no siempre llamada igual ni tratada de la misma

---

<sup>205</sup> Cuando procedan de una sola parte –ex uno latere- serán unilaterales, mientras que de todas las partes serán bilaterales–ex duobus vel pluribus lateribus-. *Vid.* ALBADALEJO, *Instituciones de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1964, pp. 339 y 685.

<sup>206</sup> Esta relación ha sido definida, no siempre con el mismo contenido, no sólo como por la sinalagmaticidad –etimológicamente inexacta- sino también por referencias a la reciprocidad, simetría, corresponsabilidad, correlación, interdependencia o contraposición. Ello tanto de las obligaciones como de prestaciones; genética y funcionalmente. Valga, como síntesis genérica, que «La bilateralidad referida al llamado contrato sinalagmático supone el nacimiento de obligaciones recíprocas, expresión, a su vez, de atribuciones patrimoniales correlativas que operan al intercambio de bienes o servicios», ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, ed. Montecorvo, Madrid, 1972, p. 12, o «Cuando el acreedor en una obligación está a su vez obligado hacia su deudor, de forma que ambas obligaciones son una la contrapartida –causa- de la otra, se dice que existen obligaciones recíprocas, o que una es contraobligación

forma<sup>207</sup>.

Asimismo, no se trata ahora de descubrir la naturaleza de la bilateralidad, ni de discutirla tampoco, sino, únicamente, de determinar su aplicabilidad, de forma natural o esencial, a los contratos de mediación. Tanto como categoría en la que incardinarlo, como fuente de principios y normas que aplicar.

Algunos autores consideran la mediación negocial como un contrato bilateral, en el que las prestaciones equivalentes serían la acción prestada y el precio que lo retribuye<sup>208</sup>. Otros, por el contrario, lo entienden como un contrato unilateral, puesto que el mediario no se obliga a conseguir un resultado ni ninguna actividad<sup>209</sup>. Es lo más común aceptar ambas alternativas, pudiendo crearse obligaciones concurrentes a través de la voluntad manifestada de las

---

respecto de la otra, o que son, entre sí, contraprestaciones», ALBALADEJO, *Derecho Civil II (Derecho de Obligaciones)*, Vol I., Bosch, Barcelona, 2002, p. 100.

<sup>207</sup> Se han identificado o destacado, más allá del enunciado sinalagmático, la reciprocidad, simetría, correspectividad, correlación, interdependencia o contraposición. Ello tanto de las obligaciones como de prestaciones; genética y funcionalmente. Además de su utilización como referencia a otros conceptos (así, por ejemplo, el Código civil español no da el mismo significado a la “reciprocidad” del artículo 1124, de la resolución por incumplimiento; que al 1295, de compensación de créditos). Cuestiones, todas estas, que se obviarán aquí, en aras de un uso simplificado y unívoco de los términos, para obligaciones bilaterales en sentido amplio.

<sup>208</sup> CARRARO, *La mediazione*, Cedam, Padova, 1960, p. 86 y ss. También GÁZGUEZ SERRANO, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, p. 75 “Se configura así la mediación como un contrato que genera obligaciones para ambas partes (...)”; NAVARRO VILARROCHA, “El corretaje de los bienes inmuebles”, *Revista General de Derecho*, nums. 442-443, julio-agosto, Editorial Revista General de Derecho, Madrid 1981, p. 878. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1958, p. 436-437; VARELLI, *La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, p. 112, donde si bien acepta una posible unilateralidad medidora, en el género de la interposición fiduciaria, entiende la mediación pura como bilateral.

<sup>209</sup> ENECERUS, respecto al corretaje que llama “puro”, en el que «el corredor no se obliga a la actividad, y su prestación es únicamente una condición de su derecho a recibir la comisión», *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1937, Tomo II, 2, V.1, p. 561. CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 48: «En nuestra doctrina los hay que defienden [que] ninguna responsabilidad patrimonial asume el corredor si es inactivo o si su actividad resulta infructuosa. Promete; no se obliga. Eso es todo. Si tal es la realidad social, el concepto doctrinal del corretaje es obvio que debe recaer sobre la unilateralidad». STOLFI, “*Mediazione*”, en *Comentario del código civile a cura di A. Scialoja e O. Branca, libro cuarto: “delle obbligazioni”*, arts. 1754-1812, 2ªed. Del foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, pp. 13 y ss. LARENZ, *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p. 332. MESSINEO, *Manuali di diritto civile e commerciale*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 74 y 75.

partes<sup>210</sup>, si bien se suele entender natural el carácter unilateral del mismo<sup>211</sup>.

Cualquiera de las posturas anteriores no puede ser tomada en su enunciado como un argumento en sí mismo, que apoye una u otra naturaleza de la mediación, sino como la conclusión de uno basada en premisas anteriores, que se habrá de verificar. En no pocos supuestos, a la postre, se trata de evitar el círculo inextricable de afirmar la ausencia de sinalagmaticidad por no quedar el mediador obligado; justificando esa falta de obligatoriedad en que no se trata de un contrato sinalagmático<sup>212</sup>.

En suma, no se trata únicamente de recoger la práctica social y clasificarla; sino de determinar, en cuanto al interés jurídico y el objeto del contrato, cuál es su naturaleza y, por ende, qué clase de relación obligacional entre las partes resulta adecuada a la misma.

Persisten, sin embargo, cuestiones relativas a la clasificación unilateral o sinalagmática susceptibles de tratamiento independiente, previo, y sin embargo significativo. Serán así un indicio de la verdadera naturaleza de la mediación, en este sentido, las siguientes.

**3.1.1. Obligaciones accesorias.** En primer lugar, y al margen de la obligatoriedad de la acción puramente mediadora, cabe sostener que el mediador no es, perfeccionado el contrato, absolutamente indiferente a su comitente. Al contrario, como ya se ha sostenido, su posición contendrá también determinados

---

<sup>210</sup> MILLÁN GARRIDO, "Introducción al estudio del corretaje", *Revista general de derecho*, N<sup>o</sup> 510, Ed. Revista General del Derecho, 1987, p 705; BONET CORREA, *Código civil concordado y con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1993: «La mediación es un contrato de colaboración (...) bilateral o simplemente unilateral por surgir sólo una obligación –la del que hace el encargo- de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación».

<sup>211</sup> ENNECCERUS, *op. cit.*, p. 561-562, añadiendo como los corretajes "de servicios" y "de obra", al "puro". CASTÁN le sigue, si bien no establece el modelo unilateral como el "puro", sino al contrario, *op cit*, Tomo cuarto, p. 510-515. 1952. En todo caso parece razonable establecer una opción como la natural, para que pueda operar por defecto.

<sup>212</sup> Lo que supondría una falacia de petición de principio.

deberes que acompañaran a la pura actividad de mediar<sup>213</sup>, como se reconoce incluso por algunos de los autores que niegan la obligatoriedad de la acción mediadora<sup>214</sup>.

Ahora bien, para las obligaciones eventuales que resulten circunstanciales al contrato; que puedan o no darse; y que tampoco concreten la causa querida por los contratantes; parte de la doctrina ha dado en considerarlas *ex post facto*, extra contractuales<sup>215</sup>. Desde esa hipótesis, no bastarían dichas obligaciones para predicar

---

<sup>213</sup> Empezando por le deber genérico de buen fe, «(...) normas que les imponen comportarse, la una [parte] frente a la otra, según la buena fe: buena fe en el desarrollo de los tratos preliminares y en la formación del contrato (art. 1337); buena fe en la interpretación del contrato (art. 1366); buena fe en la ejecución del contrato (art. 1375); buena fe cuando se trate de un contrato sujeto a condición suspensiva o resolutoria en la fase de pendencia de la condición (art. 1358); buena fe en la interposición de la excepción de incumplimiento (art. 1460.2)» GALGANO, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 453. *Vid.* nota 131.

<sup>214</sup> Entre otros, ENNECCERUS: «El corredor no se obliga a la actividad, y su prestación es únicamente una condición de su derecho a recibir la comisión. Pero esto no excluye que haya de ajustarse a las exigencias de la fidelidad contractual, o sea, no le es lícito obrar en contra de los intereses del mandante, tiene que obrar discretamente, y no le es lícito abandonar caprichosamente y en daño del mandante la actividad voluntariamente comenzada, etcétera, etc.», *op. cit.*, Tomo II, 2, vol. 1, p. 561; LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pp. 333 y 334: «[el mediador] con la celebración del contrato entra con su comitente en una especial relación de confianza que crea para ambas partes deberes de conducta, y así se habla de un deber de fidelidad del corredor; está obligado a atender fielmente las indicaciones que le haya hecho en confianza su comitente sin contravenir sus intereses y, si actúa, ha de obrar diligentemente para preservar de daños a sus comitentes». GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 583 y 584 «[el mediador] no asume la obligación rigurosa de ejecutar ese encargo, aunque sí queda obligado a atemperar su conducta a las exigencias de la buena fe y de la fidelidad contractual».

<sup>215</sup> Es contrato ENNECCERUS, cuando dice, para algunos contratos, que aunque, «por lo regular se hallan recíprocamente contrapuestas las obligaciones (...) la una no constituye la retribución o contrapartida de la otra (...) Por consiguiente es inexacto decir, a propósito de los contratos que no son rigurosamente unilaterales, que “sólo accidentalmente” nace una obligación a cargo del titular principal», *op. cit.*, Tomo II, Vol 1, p. 163. 1. CASTÁN le sigue, *op. cit.*, Tomo 3, p. 132. También O'CALLAGHAN: «Hay contratos que son unilaterales, pero se les conoce con el nombre de bilaterales imperfectos o *ex post facto* (...) sólo producen obligaciones para una de las partes, pero puede nacer alguna obligación para la otra parte, no del contrato en sí mismo, al perfeccionarse, sino de un hecho acaecido en el cumplimiento del mismo», *Compendio de Derecho civil*, Tomo 2, Dijusa, Madrid, 2009, p. 220. En LACRUZ BERDEJO, «entre las obligaciones de los contratantes hay, no correlación, sino yuxtaposición accidental», *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 481. ALBALADEJO «cabe que sólo una parte quede obligada básicamente frente a la otra, aunque a cargo de ésta eventualmente pueda surgir alguna obligación a favor de aquella, sin que tal obligación tenga el carácter de contrapartida de la primera», más adelante «no hay obligación *ex contractu*, no se está obligado a indemnizar desde que éste se celebra, ni por el contrato se queda obligado a indemnizar, si acontece el hecho que ocasiona el desembolso; sino que es por

la bilateralidad de la mediación, si no que habría que tratarla como un contrato no rigurosamente unilateral o imperfectamente bilateral<sup>216</sup>.

Dicha clasificación, discutible<sup>217</sup>, se enfrenta aquí a la especialidad de que no son realmente accesorias a la obligación principal, sino a la propia actividad del mediador<sup>218</sup>. Incluso, como quiera que algunos de dichos deberes son de mera

---

éste y desde él, por lo que y desde cuando se queda obligado», *Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2002, p. 420.

<sup>216</sup> Mayoritariamente integrados como subtipo de los contratos unilaterales. ENNECERUS: «No rigurosamente unilaterales, esto es, si bien uno de los contratantes es el que principalmente tiene derechos, cabe también que venga a su cargo una obligación que, sin embargo, no representa la contrapartida o retribución de su derecho (...) algunos hablan, en este caso, de contratos bilaterales desiguales o imperfectos; pero esta calificación es poco recomendable porque el escindir los contratos bilaterales de todos los que, en nuestro sentido, son unilaterales, es mucho más importante», *op. cit.*, Tomo II, Vol. 1, p. 163-164. También CASTÁN «la opinión moderna se inclina a considerar que tal circunstancia no quita a la obligación su carácter de unilateral; pues la obligación nueva tiene distinto origen que la antigua, y es de esencia en la bilateralidad que las obligaciones recíprocas procedan de un solo acto», *op. cit.*, Tomo 3, p. 131. En algunas ocasiones también han sido reconducidos hasta la bilateralidad correspectiva: DALMARTELLO, “Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici”, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Pavoda, 1955, p. 834 y ss.

<sup>217</sup> Además de la falta de univocidad a efectos de reconducirlo hacia la uni o la bilateralidad, cabe objetar, sintéticamente, que: a) Toda obligación sometida a una condición incierta resulta contingente, y, por ello, su verificación eventual, sin que aboque a todo contrato que condicione las obligaciones de una parte a ser unilateral –ni a no existir si condiciona las de ambas-. Esto podría discutirse, si se toma el hecho del negocio imperfecto como hecho jurídico causal ex lege, y no como condición legal cuya causa –fuente- sigue siendo la autonomía de la voluntad expresada en el contrato. b) Es difícil desligar los deberes legales contractuales del contenido intelectual de la voluntad de las partes, ya que, al presuponerse, si no se niegan han de tenerse por puestas y, por ello, formar parte de la compleja red de situaciones activas y hechos relevantes que conforman un contrato. Por tanto, pueden o no formar parte de la correspectividad entendida por los contratantes; d) Su verificación puede haber sido objeto de tratamiento expreso en el contrato, sin que una mayor previsión deba mutar la naturaleza del contrato más completo. c) Las consecuencias que se le otorgan a las obligaciones que aquí se dicen extrañas al contrato difícilmente serán extracontractuales más allá de esta clasificación, principalmente en cuanto a los plazos prescriptivos (de hecho, se tienen hasta por contractuales las indemnizaciones genéricas por daños irrogados en el cumplimiento del contrato, cuanto no más habrían de tenerse para previsiones específicas). Ya comentan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil II*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 34: «no es pacífica esta categoría».

<sup>218</sup> Así, los gastos que el depositante hubiera de pagar al depositario para la conservación de la cosa, o la indemnización del mandante al mandatario de los daños irrogados por el cumplimiento, son ejemplos de obligaciones consideradas eventuales, accesorias a la obligación principal (pues, sin esta, no pueden existir autónomamente). Sin embargo, los deberes del mediador, aun considerados secundarios, no pueden ser accesorios de la actividad mediadora si ésta no resulta obligatoria; y tampoco lo son del pago de la comisión, que sí resulta eventual –en cuanto a que podría no generarse-.

actividad<sup>219</sup>, surgirán desde el primer instante y de forma necesaria una vez se de el consentimiento; con lo que resulta más difícil tratarlas como prestaciones nacidas en momentos diversos o con diferente causa<sup>220</sup>.

Por tanto, al margen de la obligatoriedad de la acción nuclear de la mediación, existen suficientes obligaciones accesorias a dicha actividad como para justificar un tratamiento correlativo de las mismas, sin que las tradicionales consideraciones de obligaciones *ex post facto* sean netamente aplicables<sup>221</sup>.

**3.1.2. Condicionalidad<sup>222</sup>.** En segundo lugar, al establecer la obligación del comitente como condicionada suspensivamente<sup>223</sup>, queda la actividad mediadora que facilita la efectiva perfección del contrato como el evento a cuya verificación se supedita la exigibilidad de la obligación.

Si bien el evento es la perfección del contrato mediado, el hecho de que éste sea facilitado por el mediador, y que dicha facilitación responda un proceso

---

<sup>219</sup> Así, por ejemplo el deber general de "corrección", "correttezza", identificada también con la buena fe objetiva, «regola di comportamento alla quale devono attenersi le parti del contratto come, più in generale, i soggetti di qualsiasi rapporto obbligatorio», conforme a lo dispuesto en el art. 1175 del Codice civile.

<sup>220</sup> ALBALADEJO al respecto: «no hay obligación ex contractu, no se está obligado desde que éste se celebra, ni por el contrato se está obligado a indemnizar (...) sino que es por éste y desde él por lo que y desde cuando se queda obligado», *Derecho civil II, op. cit.*, p. 420. Pero en este caso se está obligado desde que se celebra el contrato y sólo en relación a éste pudiera comprenderse la obligación y su eventual cumplimiento.

<sup>221</sup> De hecho, la figura está enfocada a solucionar las dudas sobre la unilateralidad no en general, sino, principalmente, de los contratos de préstamo mutuo, comodato y mandato gratuito con responsabilidad; con lo que, cuanto más diversa de éstos sea la situación, menos aplicable será.

<sup>222</sup> No se trata ahora la característica del propio contrato, aunque en cierta medida se presuponga; sino que se utiliza la dinámica "condicionada" de la mediación, azarosa si se prefiere, a los presentes efectos, y sin perjuicio de las matizaciones posteriores. *Vid.* epígrafe 5.1.

<sup>223</sup> Entendiéndolo tanto implícitamente en la voluntad de las partes, puesto que la exigibilidad del pago se supedita al acaecimiento de unos hechos inciertos; como ex lege, por cuanto en el supuesto español el art. 1125 preceptúa que, para las obligaciones de cumplimiento no instantáneo, cuando el momento a que se aplaze sea incierto, la obligación se considerará condicional y se regirá por las normas de las mismas: «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entendiéndose por día cierto aquél que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente».

finalista, nos lleva a recuperar el sentido complejo del acto tratado con anterioridad<sup>224</sup>. Además, y a diferencia de lo que se plantaba respecto a las obligaciones *post ex facto*, el proceso mediador es necesario, se dará siempre que se cumpla la condición.

De lo anterior se infiere que, aun en el caso de una eventual falta de obligatoriedad de la actividad mediadora, se tendrá una relación fáctica correlativa entre la actividad de uno y la obligación de otro. Lo será, además, tanto genéticamente, compartiendo además ambas acciones una causa común; como funcionalmente, pues el mediador sólo realizará su actividad en aras de la obligación que de la misma se derive. Ésta, a su vez, sólo será prometida para la labor de facilitación del negocio pretendido.

La última afirmación puede matizarse, pues la correlación no es perfecta. En determinados supuestos en los que se dé la actividad mediadora, podría no darse el pago. Así, bajo las hipótesis mayoritarias<sup>225</sup>, cuando el comitente decida no perfeccionar el contrato, o cuando esa misma actividad no lleve a un tercero dispuesto a contratar<sup>226</sup>. Sin embargo, ello es común a todas las obligaciones sometidas a una condición suspensiva meramente potestativa, sin que de ello pueda deducirse que obligación condicionada de tal forma deje de ser sinalagmática y convierta el contrato que la contenta en unilateral. Además, cabe pensar en las consecuencias que tendría el plantear la condición no como suspensiva sino como resolutoria, habiéndose adelantado todo o parte del pago<sup>227</sup>.

Respecto un cambio tan fundamental como es la creación o no de obligaciones, la mera forma de pago no parece suficiente como para invertir un elemento eventualmente natural del contrato. Cabe pues descartar que, de esta

---

<sup>224</sup> *Vid.* epígrafes de 2.1 a 2.4.

<sup>225</sup> Esto es: bajo la regulación de la mediación comúnmente aceptada, conforme a lo expuesto en el epígrafe 1.4.

<sup>226</sup> Esta última alternativa podría no darse si se toma la actividad mediadora como “de resultado”. *Vid.* epígrafe 6.

<sup>227</sup> Siendo, además, el pago irrepetible, como prevé el artículo 1226 del Código civil español: «Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir».

forma, se estuviera otorgando tácitamente un carácter obligatorio a la prestación del mediador.

Por otra parte, la dinámica esencial de las obligaciones no cambiaría sino que se pondría más de manifiesto la especialidad propia del evento, que ni es fruto del puro azar ni podría, conforme a la hipótesis, exigirse obligatoriamente. En esta situación, sin que se hubiera fijado término alternativo para la reversión del pago, habrá que atender a criterios propios de las obligaciones; o esperar que la perfección del contrato resultara imposible, o inverosímil el plazo<sup>228</sup>. Esto, unido a la imposibilidad de exigir frutos del dinero adelantado lícitamente, privaría a la figura de toda utilidad. Y si bien se trata de una hipótesis teórica, al menos permite concluir que las bases teórico-sistemáticas de la figura no resultan sólidas, bajo este criterio.

En todo caso, los criterios presentados, de forma introductoria, serán desarrollados más adelante, bajo la premisa, aquí justificada, del contrato bilateral.

**3.1.3. Onerosidad<sup>229</sup>.** En tercer lugar, la eventual obligación de pago del comitente no responde a ninguna liberalidad, sino a una voluntad retributiva que estimule y, al tiempo, compense, el sacrificio de utilidad prestable del mediador.

---

<sup>228</sup> No se sugiere que, efectivamente, resultara una vinculación eterna, puesto que, siendo la condición resolutoria también negativa (no mediar), se podrá acudir, en España, a la previsión del artículo 1118 del Código civil « La condición de que no acontezca algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo señalado o sea ya evidente que el acontecimiento no puede ocurrir. Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida en el que verosíblemente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación», sin embargo, a falta de plazo, resulta casi imposible deducir un plazo razonable, de donde cabe pensar que se tendrá que buscar la frontera de la inverosimilitud para fijarlo donde más allá no se pueda. Así, la STS de 5 de Octubre de 1996, que trata la aplicabilidad y alcance de la disposición, se ocupa de un contrato sinalagmático en el que la misma condición, suspensiva, operaba en favor de la parte compradora con un plazo de siete meses, sin que se hubiera especificado el plazo en favor de la parte vendedora. Pues bien, aunque pudiera parecer que podía de ser el mismo, el tribunal considera verosímil un plazo de dos años (o, quizá de forma más ajustada, considera inverosímil un plazo mayor). Aplicando lo anterior, respecto a la indeterminación de plazo específica de la mediación, vid. epígrafe 4.5.

<sup>229</sup> La asunción del carácter oneroso de la medición se trata, de forma más concreta, sin relación directa con la sinalagmaticidad, más adelante. *Vid.* epígrafe 4.4.



Sería posible concebir, teóricamente, el contrato como gratuito, si bien la realidad práctica hace que dicha hipótesis, más allá de los servicios de buena voluntad, no sea relevante ni se tenga, por tanto, en consideración en este análisis.

Aunque la onerosidad no siempre coincide con la correlación sinalagmática<sup>230</sup>, es razonable afirmar que lo hace con mayor frecuencia que con la unilateralidad<sup>231</sup>. No en vano, algunos Códigos identifican ambos conceptos<sup>232</sup>, y algunos autores han defendido su unificación o tratado su cercanía<sup>233</sup>.

Teniendo por general la relación entre la onerosidad y bilateralidad, la excepción requerirá siempre una mayor justificación, que resista a la duda.

La presunción de bilateralidad del contrato oneroso se hace expresa en sede de interpretación contractual, debiendo responderse cualquier duda persistente sobre los elementos accidentales de los contratos onerosos a favor de la mayor

---

<sup>230</sup> «El contrato oneroso (...) supone proporcionalidad entre el enriquecimiento y depauperación que cada parte experimenta en su patrimonio. Lleva consigo una compensación entre ventaja y sacrificio que no supone correlación ni mucho menos reciprocidad». ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 60.

<sup>231</sup> «(...) coexisten ambos en muchas figuras contractuales» ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 59.

<sup>232</sup> Así el CC portugués, art.642.

<sup>233</sup> LACRUZ BERDEJO «no hay diferencia notable entre onerosidad y sinalagma: ambos existen en todo contrato en el que se intercambian prestaciones subjetivamente equivalentes y recíprocas (...)», *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 119-120. MOSCO, *Onerosità y gratuità degli atti giuridici: con particolare riguardo ai contratti*, Franceso Vallardi, Milano, 1942, p. 200 y ss. Para ALBADALEJO, «los contratos bilaterales son siempre onerosos (...) mas no todos los contratos onerosos son bilaterales, pues, a veces, el beneficio que una parte recibe a cambio de su obligación, es una prestación actual, y no queda la otra parte obligada a su favor», y diferencia, por ejemplo, el mandato unilateral del bilateral atendiendo a la gratuidad u onerosidad del mismo, en *Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, Bosch, Barcelona, 2002, p.418. La actividad mediadora, obligatoria o no, difícilmente puede entenderse como una prestación actual; y sí se integra en un negocio oneroso. Comparte su opinión LASARTE, *Principios del Derecho civil III*, Marcial Pons, 14ª Ed, Madrid, 2011, p. 16. En otras definiciones de la bilateralidad, como las ya apuntadas de ENNECCERUS y CASTÁN, se habla también de la relación retributiva de las prestaciones, aunque luego se trate diferenciadamente la onerosidad. También STOLFI «sono unilaterali i contratti nei quali una delle parti assume obblighi verso l'altra senza alcun corrispettivo (...) e se anche in uno di tali contratti sia stata stabilita una retribuzione (...) non perciò diventa contratto oneroso (...) non può modificare l'essenza del contratto», *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 137.

reciprocidad de intereses<sup>234</sup>. No es una disposición aislada, sino la expresión de un principio que, aun con posibles excepciones, coincide con lo expuesto<sup>235</sup>.

### 3.2. La relación bilateralmente obligatoria como categoría.

Al margen de posiciones concretas o de adecuaciones meramente dogmáticas, cabe plantear la significación y función de la uni o bilateralidad del contrato proyectadas sobre la significación y función del contrato estudiado.

Así, fijando el objeto de la categoría, las principales consecuencias de la naturaleza bilateral del contrato son la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones<sup>236</sup>; el remedio alternativo frente al incumplimiento, entre la resolución contractual y el cumplimiento forzoso<sup>237</sup>; y el reparto de los riesgos por la pérdida de la cosa o la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento<sup>238</sup>.

Estas consecuencias, si bien son generales a la categoría de los contratos

---

<sup>234</sup> Artículo 1889 del Código civil: «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, (...) si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses (...). De forma análoga en el art. 1371 del Codice civile: «Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso».

<sup>235</sup> «En la solución dada aparece expresamente una bifurcación de tratamiento que está implícita en nuestro ordenamiento jurídico privado, y que es el diverso régimen de los negocios gratuitos frente al de los negocios onerosos. En última instancia, esta consideración de la causa para fundamentar la regla del artículo 1.289, 1.º, hay que conectarla con el general criterio objetivo que resulta del artículo 1.286. En efecto, para nuestro ordenamiento jurídico parece más conforme a la naturaleza y objeto de un contrato gratuito que las dudas se resuelvan en una menor entidad de la atribución patrimonial; por lo que también parece más conforme a la naturaleza y objeto del contrato con causa onerosa, que la duda se resuelva en favor de una mayor conmutatividad, es decir, de un máximo equilibrio de las prestaciones», LÓPEZ LÓPEZ, Artículos 1281 a 1314 en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990. También STS 6 diciembre 1947, 10 febrero 1950, 3 octubre 1961 y 8 junio 1972.

<sup>236</sup> En Derecho español, si bien no se encuentra recogido de forma expresa en el Derecho positivo, se deduce de lo establecido en los arts. 1124, 1100 y 1466 del Código civil, informando al resto del sistema contractual. De la misma forma el art. 1460 del Codice civile italiano.

<sup>237</sup> Recogida en los artículos 1453 a 1459 del CC italiano, y en el artículo 1124 del CC español.

<sup>238</sup> *Vid.* epígrafes 5 y 6.

bilaterales, tienen autonomía y hasta prevalencia sobre ésta<sup>239</sup>, pudiendo haber excepciones positivas<sup>240</sup> o negativas<sup>241</sup>, naturales o convencionales.

Proyectando dichos efectos sobre los contratos en general; más aún sobre los onerosos; e incluso descendiendo hasta las figuras afines a la medación<sup>242</sup> y las categorías contractuales a las que la misma pudiera remitirse<sup>243</sup>; cabría afirmar que la sinalagmaticidad es la norma general. Sería razonable pensar que el sistema contractual parta de esa generalidad sinalagmática, en cuanto a los efectos sistemáticos de la misma<sup>244</sup>, pues además responde al esquema fáctico más básico del contrato. Así, siendo la norma general la sinalagmaticidad, habría que justificar la unilateralidad, más que al contrario<sup>245</sup>.

---

<sup>239</sup> En el entendido que, en la discusión sobre la sinalagmaticidad o no de prestaciones, puedan entenderse finalmente sinalagmáticas aquéllas a las que se les apliquen estas categorías, habida cuenta de la amplitud del criterio de la reciprocidad, definido, en no poca medida, por el sinónimo o la configuración subjetiva de las partes –más resistente a la categorización–.

<sup>240</sup> También en determinados contratos unilaterales, o donaciones onerosas, entienden algunos autores existe relación sinalagmática bastante como para aplicar consecuencias como la resolución por incumplimiento. Al respecto ver ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003, pp.408-426.

<sup>241</sup> Para MOSCO, «[los contratos aleatorios]constituyen una especial categoría de los contratos conmutativos. En efecto en estos contratos el cambio no es entre dos prestaciones ciertas, sino más bien entre dos probabilidades de prestaciones, esto es un cambio de riesgos commutatio periculi», con que no le aplicaría las consecuencias habituales de la bilateralidad, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Jovene, Napoli, 1950, pp. 138-141. También para la transacción, MESSINEO niega el derecho a la resolución contractual, *Doctrina general del Contrato*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 492; como también lo hace GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil (Contratos en especial)*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 394.

<sup>242</sup> Excepto el mandato gratuito, precisamente por su gratuidad. *Vid.* epígrafe 9.2.

<sup>243</sup> *Vid.* epígrafe 9.1.

<sup>244</sup> «La mayor parte de las normas generales sobre contratos parecen pensar tan sólo en contratos sinalagmáticos» ATAZ, Artículo 1254, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

<sup>245</sup> Así ya desde su génesis, aclara LALAGUNA DOMÍNGUEZ que «la estipulación romana es negocio de origen convencional que se perfecciona formalmente por la conexión de dos declaraciones de voluntad correlativas, que origina una sola obligación a cargo del promitente y que tiene carácter abstracto, lo que significa que es negocio sin causa (...) el contrato es el negocio de génesis bilateral del cual se derivan obligaciones recíprocas entre los contratantes, cada una de las cuales sirve de causa a la otra, por lo que, a diferencia de la estipulación, es un negocio que en todo caso tienen carácter causal», *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 151. Lo que, además de aportar un argumento histórico, permite también utilizar, con el mismo, la existencia de causa, y la

De este modo, en la medida que no se aplican normas *ad hoc* para los negocios unilaterales sino que se utilizan la de los contratos, no parece aconsejable hacerlo de forma indiscriminada, pues se aplicarían normas basadas en la general bilateralidad a situaciones excepcionales<sup>246</sup>.

Tanto es así que se podría reducir los supuestos de unilateralidad, como causa de obligaciones, a aquellos indiscutibles, a donde habría que reconducir, en su caso, el resto de situaciones posibles<sup>247</sup>. De lo contrario se correría el riesgo de aportar la obligatoriedad contractual a situaciones de causalidad abstracta<sup>248</sup>, diversas a la estructura básica regulada.

No en vano, en cuanto a la causalidad subjetiva, que aunque no conforme la causa del contrato sí la informa, el principal interés socio-económico de los contratos viene dado precisamente por la reciprocidad de intereses y vínculos<sup>249</sup>.

---

relevancia de esta en el sistema contractual causalista, frente a la alternativa, más sencilla, pero no por ello más adecuada.

<sup>246</sup> De hecho, más allá de la promesa unilateral, como eventual fuente de obligaciones, persisten, fundamentalmente, dos tipos de "contrato unilaterales", a saber: las obligaciones ex post facto -tratadas con anterioridad-; y los contratos reales, seguramente fruto de un problema parecido de clasificación dogmática. Respecto a estos últimos, obsta su uso modelo para la mediación, además de la obvia naturaleza "real" de los mismos; su carácter generalmente gratuito y que, en fin, «(...) No cabría, pues, hablar de unilateralidad porque surgirían obligaciones para ambas partes. Aunque no existiría la reciprocidad. Se trata así de evitar la adulteración semántica de los términos jurídicos», ATAZ, Artículo 1254, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

<sup>247</sup> De este modo, aunque para los actos, restringe GALGANO «actos unilaterales que producen efectos obligatorios. Son las promesas unilaterales (...) Otras figuras de actos unilaterales no parecen equiparables, quoad effectum, al contrato; es decir, no están dirigidos a constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (...)», *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 220 y 224.

<sup>248</sup> «Nel caso in cui il contratto produca obblighi per una sola parte (...) il bilanciamento tra corrispettive attribuzioni patrimoniali non appartiene ab origine alla causa del negozio giuridico (...)» PLENTEDA, "La risoluzione per inadempimento", *Il contratto: Validità, inadempimento, risarcimento (a cura di Luigi Viola)*, Cedam, 2009, p. 1109.

<sup>249</sup> «(...) es esencial para el concepto de contrato bilateral que las prestaciones de cada una de las partes sean prometidas como contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra» CASTÁN, *op. cit.*, Tomo III, p. 144. También «Esta concepción, que identifica bilateralidad con sinalagma, interdependencia y mutua causalidad, era comúnmente compartida en el período codificador y ha terminado por imponerse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española desde sus orígenes hasta nuestros días». FERNÁNDEZ URZAINQUI,

Reciprocidad que sí se da en la mediación, en la que no es posible comprender la acción mediadora si no es en atención a la retribución; ni la retribución sino como contraprestación a la mediación retribuida.

### **3.3. Análisis económico del contrato sinalagmático como indicio de idoneidad.**

Tratar cada una de las consecuencias de la bilateralidad como una categoría autónoma sería el objeto necesario de un estudio dedicado a la misma o, en menor grado, de una investigación sobre la dinámica prestacional de la mediación. Sin poder abordar aquí dicha labor, tampoco se pretende evitar la cuestión general que la sinalagmaticidad implica.

Al margen de las excepciones o particularidades que puedan darse, la obligatoriedad, además de un instrumento de tutela del crédito para el sujeto activo de la obligación -o precisamente por serlo-, implica una opción legislativa con su propia significación.

Desde una perspectiva económica, y tomando como premisas la actuación racional -y egoísta- de las partes; un mismo nivel de información; asunción de riesgos y una actuación completa de buena fe; el hecho de que la prestación del mediador fuese o no obligatoria es un elemento fundamental, capaz de alterar el equilibrio de utilidades contrapuestas, entre el precio y la prestación<sup>250</sup>.

---

“La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Año N° 73, N° 639, Núm. 453, Marzo-Abril, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, p. 404. Lo mismo en Italia, «i contratti con causa di scambio sinallagmatico in cui cioè il contratto è fonte di reciproci sacrifici per le parti, ciascuno dei quali è giustificato sostanzialmente dalla promessa dall'altro; i secondi [los unilaterales] invece, sono i contratti con una causa diversa da quella di scambio sinallagmatico, in cui cioè il contratto non è fonte di reciproci sacrifici per le parti ma, appunto, di sacrifici a carico di una sola parte» LISERRE, *Lezioni di Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 185-186, si bien pone de ejemplo, finalmente, la mediación de contrato unilateral lo que, no obstante, deja irresuelta la abstracción de su causa.

<sup>250</sup> Pues «en general, la eficiencia económica requiere el cumplimiento forzoso de una promesa si el promitente y el receptor deseaban ese cumplimiento cuando se hizo la promesa» COOTER y ULEN, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, Mexico DF, 2009, p. 284. Aserción aplicable a las promesas recíprocas que conforman un contrato y que implica, a su vez, que la eficiencia económica no requerirá obligatoriedad cuando esta nos se desee.

El hecho de que la prestación del mediador no fuera obligatoria implicaría que, para todos aquellos casos en los que el beneficio esperado por su realización se redujese<sup>251</sup>, el mediador pudiera elegir no realizarla. No la realizará nunca si el beneficio deviniera inferior al coste de su prestación<sup>252</sup>.

De forma paralela, el comitente sólo podrá esperar el cumplimiento cuando el devenir del mismo lleve a que su contraparte obtenga un beneficio igual o superior al pactado, resultando indiferente su propia circunstancia. Persisten, para este último, unos gastos irrecuperables de transacción e información, además de la incertidumbre del incumplimiento<sup>253</sup>.

Si la posibilidad de incumplir libremente supone un interés para el mediador y una pérdida de la utilidad que el contrato proporciona al comitente, la eliminación de dicha posibilidad, haciendo obligatoria la prestación, supondrá un reequilibrio equivalente en el precio. Este nuevo punto de equilibrio, para una mediación obligatoria, podría ser igualmente válido y eficiente. Y, sin embargo, con notables diferencias.

En **primer** lugar, como consecuencia dogmática general, una relación sin obligatoriedad bilateral supone, en cuanto a la proyección de estrategias económicas aplicables, un supuesto no cooperativo, competitivo, en el que se puede prever qué hará la otra parte, pero sin la certidumbre proporcionada por la

---

<sup>251</sup> Siendo el precio pactado el valor referencial de la utilidad perdida por el ejercicio de la prestación para el mediador, cualquier incremento imprevisto de aquella (si la mediación implica un coste mayor al previsto) desbordará el valor que fijó como aceptable. Ciertamente que aquel valor pudo incluir la propia imprevisión, pero dado que el mediador "unilateral" podría desvincularse libremente en todo momento, lo normal es que no lo haga (más allá de para cubrir los gastos de transacción e información no recuperables, aunque hasta estos se tendrán en cuenta a la hora de valorar si el desistimiento es o no útil, por lo que sólo se incluirían frente a una alta previsión de incumplimiento).

<sup>252</sup> Estos dos últimos supuestos conforman la esencia del juego no cooperativo, por cuanto las previsiones de las partes han de contemplar el eventual incumplimiento de sus contrapartes, si este les resultara más útil que la alternativa.

<sup>253</sup> Incertidumbre que, además, como se proyecta sobre elementos subjetivos de su contraparte, difícilmente puede ser valorada, prevista o conocida, ni siquiera en el momento actual.

proscripción del incumplimiento<sup>254</sup>.

Por otra parte, si la posibilidad de pactar la obligatoriedad pudiese coexistir con una eventual naturaleza unilateral de la mediación, el coste de transacción que exigiría llegar al mismo exige la consideración aislada de ambos supuestos, para escoger el mejor, salvo que la variedad aporte algún otro valor o función adicional.

En **segundo** lugar, en cuanto a los resultados de eficiencia alcanzados, las alternativas de obligatoriedad pueden ser equivalentes, en cuanto al equilibrio, y eficientes *ex ante*, cara a las declaraciones y acuerdos alcanzados, obligatorios o no.

Sin embargo, pese a que la prestación del comitente es formalmente obligatoria, como quiera que podría depender de una condición "aleatoria"<sup>255</sup>, resulta igualmente incierta para el mediador. Aun con la máxima voluntad de cumplimiento, y el proceso de mediación más diligente; aunque el mediador consiguiese la oportunidad de perfección del negocio mediado; tampoco podrá saber si el negocio será satisfactorio para el comitente y si éste, por un motivo desconocido e imprevisto, decidirá finalmente no perfeccionar el negocio<sup>256</sup>.

Por ello, el mediador tiene como estrategia dominante objetiva no mediar<sup>257</sup>. Dependiendo de su información y expectativas<sup>258</sup>, podrá o no hacerlo, debiendo desistir ante la duda; lo que no tiene por qué resultar la estrategia conjunta más productiva.

De limitarse el incumplimiento como estrategia viable, el incumplimiento

---

<sup>254</sup> «Un juego es cooperativo si los jugadores pueden negociar contratos vinculantes que les permitan adoptar estrategias conjuntas. Un juego es no cooperativo si no es posible negociar e imponer un contrato vinculante», PINDICK y RUBINFELD, *op. cit.*, 1995, p. 458.

<sup>255</sup> *Vid.* epígrafe 5.

<sup>256</sup> De esta forma, a la aleatoriedad propia del resultado propio de la acción mediadora, se añade la condición potestativa de que el comitente, en última instancia, cuando su situación personal e intereses subjetivos coaligados hubieran podido cambiar, decida perfeccionar el contrato mediado.

<sup>257</sup> Pues es la única que «resulta óptima para un jugador independientemente de lo que haga su adversario», PINDICK y RUBINFELD, *op. cit.*, p. 461. Óptima por la ausencia de gastos, pues todo beneficio estaría supeditado a la estrategia del ordenante.

<sup>258</sup> Puesto que las aserciones generales sobre estrategias dominantes prescinden de la aceptación relativa del riesgo por las partes, así como de las informaciones concretas y los beneficios esperados o su probabilidad.

únicamente vendría dado por un nuevo equilibrio que sí supusiese una eficiencia de Pareto<sup>259</sup>. Ello en forma de un nuevo acuerdo de un mutuo disenso, para cuya perfección la parte que ya no incumple tendría que repartir los beneficios de su incumplimiento eventual con la otra parte para que éste sea aceptado<sup>260</sup>.

Como norma general cabe afirmar que las soluciones cooperativas, limitando estrategias dominantes improductivas, favorecen la productividad global. De hecho, el contrato obligatorio no deja de ser, desde una perspectiva económica, un vehículo hacia esa cooperación<sup>261</sup>.

Siempre que las partes busquen asegurar la utilidad producida tenderán, en igualdad de condiciones y suficientemente informadas, hacia un modelo cooperativo sinalagmático, reservando la unilateralidad –o la ausencia absoluta de obligatoriedad- para los casos excepcionales<sup>262</sup>.

Por tanto, para las relaciones negociales consensuales y onerosas, como

---

<sup>259</sup> « El principio, en su versión fuerte, implica que si nadie prefiere “X” a “Z” y al menos una persona prefiere “Z” a “X”, entonces, “Z” es una solución preferida en el sentido de Pareto; mientras la versión débil del mismo principio supone que si todos prefieren “Z” a “X”, entonces, “Z” es la opción socialmente preferida», STORDEUR, *Análisis económico del derecho: sus elementos básicos*, Abeledo Perrot, 2010, p. 30 . También lo definen como « (...) cualquier cambio de situación afectaría a una economía sin perjudicar a otra. Es decir, las situaciones son eficientes, si al haber un cambio de esa situación, se beneficia a alguno, sin perjudicar a otro», MILLER, MEINER, *Microeconomía*, Mc. Graw-Hill, Bogotá 1989, p. 604.

<sup>260</sup> La aserción sería válida en puridad únicamente en aquellos casos en los que cupiese el cumplimiento forzoso pues, en el resto de supuestos, siempre que la pérdida de utilidad que ocasione la consecuencia jurídica del incumplimiento fuese menor que el perjuicio del cumplimiento, se optaría igualmente por este. En todo caso quedaría limitado y, de ser las medidas indemnizatorias adecuadas, compensado, llegando así a una nueva eficiencia de Pareto.

<sup>261</sup> «El primer propósito de los contratos es permitir que los sujetos conviertan juegos de soluciones ineficientes, en juegos de soluciones eficientes», COOTER y ULEN, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, Mexico DF, 2009, p. 288.

<sup>262</sup> Así aquéllos en los que los costes de información o negociación se consideren superiores a los beneficios obtenidos por la cooperación (supuesto, por ejemplo, de la promesa pública de recompensa, en la que la falta de obligatoriedad en la prestación del promisor se compensa con la prestabilidad potencial de indeterminados sujetos, con un coste fijo de información y ninguno de negociación) ; en los que el rendimiento económico eficiente no sea el objetivo principal del contrato; o en los que una parte pueda alterar el equilibrio debido a su poder en la negociación.



punto de partida, cabe pensar en la mayor eficacia de una relación sinalagmática<sup>263</sup>. La mediación, para maximizar la utilidad tanto del comitente como del mediador, será sinalagmática.

En **tercer** lugar, en cuanto a la optimización del contenido del negocio a la hora de atribuir los riesgos, la asignación más eficiente de los mismos sería su imputación a la parte que pudiera dominarlos con un menor gasto, siempre que los costes de evitación sean menores que el valor previsto en caso de su verificación<sup>264</sup>.

Sin embargo, en la medida que una parte no esté obligada, su valoración del riesgo es distinta pues, como se adujo, siempre podrá evitarlo mediante el desistimiento libre de la acción voluntaria. De este modo, el mediador no obligado no tendrá ningún estímulo para la evitación o control del riesgo, ni tampoco para la adquisición de información previa sobre el mismo<sup>265</sup>. Si, además, se toma como riesgo la eventual imposibilidad o notable dificultad de conclusión del negocio mediado, se manifiesta la importancia de dichos factores en un negocio marcadamente “arriesgado”<sup>266</sup>.

Para el comitente, por el contrario, los riesgos persisten concentrados en propia previsión de los mismos. Así, tendrá que maximizar la cobertura con coste inmediato que habrá de detraer de la retribución del mediador, para encontrar el mismo equilibrio que habría de no existir riesgo alguno. Resultaría, en fin, un

---

<sup>263</sup> «Las dos partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores reemplazan los términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes», COOTER y ULEN, *Derecho y economía, op. cit.*, p. 310. O, lo que es lo mismo, el requisito natural de sinalagmaticidad, por ser más eficiente, resulta preferible al de unilateralidad, si bien las partes podrán adecuarlo a sus concretos intereses mediante pacto –que requerirá, a diferencia de la disposición por defecto, de los correspondientes costes de transacción–.

<sup>264</sup> Al respecto, ver el epígrafe “imputación eficiente del gasto de prevención”, relativo al análisis económico del derecho contractual, en SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 264 y ss.

<sup>265</sup> Tendrá el estímulo que el beneficio prometido por el comitente suponga, pero en la medida que es capaz de afrontar el riesgo en todo momento, siempre que la previsión de los costes de información, control o evitación del riesgo sea superior a las pérdidas por los costes de ejecución asumidos antes del eventual desistimiento, no se controlaran. Más aún: aun conociendo los riesgos convendría al mediador asumirlos y mantenerlos, a la espera de que se atemperasen, en la inteligencia de que siempre podrá evitarlos.

<sup>266</sup> *Vid.* epígrafes de 5 a 8.

contrato con mayores costes para conseguir los mismos fines, sin que dichos costes repercutan en una utilidad mayor para ninguna de las partes.

Una obligación bilateral en la que la imputación de los riesgos se equilibre de forma objetiva, sin perjuicio de posibles correcciones contractuales, limitaría aquellos costes y mejoraría la eficacia del negocio.<sup>267</sup> No se trata ahora tanto de delimitar el riesgo o concretar su imputación, sino de señalar las mejores posibilidades de eficiencia que ofrece la alternativa sinalagmática.

En **cuarto** lugar, y habida cuenta de que, según lo expuesto, no limita la libertad de los contratantes ni del mercado el preferir la base sinalagmática sobre la unilateral, es razonable contemplar las externalidades<sup>268</sup> que el modelo escogido pueda producir.

De este modo, una mediación unilateral implicará, al menos, una notable tendencia económica hacia el incumplimiento, unas menores expectativas, y ausencia de seguridad alguna para el comitente en que sus fines económicos están siendo atendidos.

No se quiere decir, ni ahora ni antes, que la mera consideración sinalagmática de la mediación consiga el buen término del negocio; ni que supere las dificultades intrínsecas a la prestación del mediador; sino que puede propender a la partes, junto con otros factores, hacia los actos propios de cumplimiento, así como crear mayores expectativas de satisfacción y una mayor seguridad que las ampare.

El cumplimiento de los contratos, en el que ambas partes acuerdan maximizando la utilidad común en una eficiencia de Pareto objetiva<sup>269</sup>, no sólo

---

<sup>267</sup> «La confianza depositada en una promesa (...) incrementa la ganancia derivada del cumplimiento, y la pérdida derivada del incumplimiento», COOTER y ULEN, *op. cit.*, p. 288.

<sup>268</sup> «De hecho, podría pensarse que el Estado es precisamente el mecanismo voluntario que han creado los individuos para internalizar las externalidades o reducir de alguna otra forma la pérdida de bienestar ocasionado por la externalidad», STIGLITZ, *La Economía del Sector Público*, Antoni Bosch, Editor, Barcelona, 1988, p. 256.

<sup>269</sup> También lo sería cuando las partes optaran por la opción unilateral, toda vez que

resulta positivo para esas partes (a las que, incluso, puede perjudicar si su información era errónea o los riesgos asumidos se llegan a verificar), sino que redundará en un bienestar general. Deriva en un tráfico ágil, seguro y eficaz que garantiza el adecuado mercado de la mediación<sup>270</sup>.

En definitiva, se trata de un modelo tendente a la idea más próxima a la maximización del bienestar, general y de las partes, a través de la mayor eficiencia del tráfico jurídico.

---

podieron acordar la contractual, si bien no todas las eficacias de Pareto aportan el mismo bienestar, pues dicho concepto no es, en sí mismo, unívoco. «El criterio de Pareto es individualista en dos sentidos: Primero porque se ocupa del bienestar de cada persona y no del bienestar relativo entre diferentes personas. Esto implica que una situación en donde unos tienen mucho y otros tienen muy poco puede ser un óptimo de Pareto, siempre y cuando para darles algo a los que tienen poco hay que sacarles a los que tienen mucho. Segundo porque se basa en la percepción que cada individuo tiene sobre su propio bienestar» STIGLITZ, *La Economía del Sector Público*, Antoni Bosch, Editor, Barcelona, 1988. Según RAWLS, la maximización del bienestar sería maximin, esto es, maximizando la utilidad del miembro más infeliz de la sociedad. Por el contrario, y entre otras muchas posturas posibles, maximiza el bienestar Bentham con la suma lineal de utilidades ponderadas. Además, como se apuntó, la elección unilateral puede no ser tanto una decisión informada como una dejación, más o menos consciente, tendente a evitar costes de transacción.

<sup>270</sup> En general, y sobre la conveniencia de obligatoriedad contractual para el mercado, en la línea de lo expuesto «(...) si siguiésemos el curso natural de nuestras pasiones e inclinaciones llevaríamos a cabo pocas acciones ventajosas para los otros desde puntos de vista desinteresados, porque naturalmente, nos hallaríamos muy limitados en nuestro interés porque no podríamos esperar nada de su gratitud. Aquí, pues, el comercio mutuo de buenos oficios se halla en cierto modo anulado entre el género humano y cada uno está reducido a su propia habilidad de industria para su bienestar y existencia (...) Las convenciones de los hombres crean un nuevo motivo [para la obligación] cuando la experiencia nos ha enseñado que los asuntos humanos serían concluidos con mucha más ventaja mutua si se instituyeran ciertos símbolos o signos por los que pudiéramos darnos los unos a los otros seguridad de nuestra conducta en un incidente particular.», HUME, “De la obligación de las promesas”, Libro III, Parte primera, *Tratado de la Naturaleza Humana*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1984.

### 3.4. Promesa unilateral y precontrato como alternativas de unilateralidad<sup>271</sup>.

En Italia ha tenido cierto predicamento la utilización de la promesa unilateral como categoría de la mediación<sup>272</sup>. El sentido de esta orientación, más allá de la eventual adecuación de la misma, viene dado por la necesidad de encontrar una categoría unilateral adecuada para obligar, sin que existan otras alternativas sistemáticas<sup>273</sup>. Quedaría limitada la propuesta a la mediación en la que el comitente resulta además promitente, y de la que sólo derivan obligaciones para el mismo.

#### 3.4.1. Promesa unilateral

Con apoyo en la regulación legal italiana de la misma<sup>274</sup>, podría servir hipotéticamente como alternativa a la bilateralidad contractual si se entendiera que,

---

<sup>271</sup> Si bien la clasificación tradicional de la doctrina española clasifica los contratos, en atención a su naturaleza independiente o relacionada, en preparatorios (donde entraría el precontrato), principales y accesorios; no se trata de una clasificación de uso general en el resto de Europa ni tampoco de una utilidad relevante, en cuanto a que mientras que los principales y accesorios mantienen, entre sí, vinculaciones definitivas; los preparatorios resultan independientes a estos otros dos, relacionado únicamente por la tendencia subjetiva del contrato, como podría ocurrir, de hecho, con cualquier otro negocio. *Vid.*, CASTÁN, *op. cit.*, Tomo III, p. 488.

<sup>272</sup> Así GALGANO, «la mediazione é contratto che si forma con il conferimento dell'incarico al mediatore, ed è contratto unilaterale, con obbligazioni del solo proponente (1.333) (...)», *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 122. También TUMEDEI, «Del contrato di mediazione», *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1923, p. 141: «un contratto dove una parte promette all'altra un certo compenso per il caso che questa riesca a fare concludere un determinato affare, riservandosi la facoltà di revocare la promessa quando che sia, e senza obbligo veruno di risarcimenti e di indennizzi». Asimismo POZZI, «Mediazione e meadiatore», *Nuevo Digesto Italiano*, Torino, 1940, p. 399.

<sup>273</sup> Para GALGANO «[Los] actos unilaterles que producen efectos obligatorios son las promesas unilaterales», *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 220, y sigue «Otras figuras de actos unilaterales no parecen equiparables, quoad effectum, al contrato; es decir, no están dirigidos a constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales(...)» p. 224.

<sup>274</sup>Art. 1333 Contratto con obbligazioni del solo proponente. La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso. Concreta el art. 1987, La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge.

precisamente por iniciarse como promesa unilateral, en este caso no cabría obligación alguna del mediador, ni siquiera accesoria. Al margen de la consideración de esta posibilidad como una eventual alternativa que no impide una discusión del contenido natural de la mediación, se enfrentaría a sus propios inconvenientes, sobre todo a la eventual irrevocabilidad de la promesa<sup>275</sup>.

Además, no parece que la figura de la promesa unilateral tratada por la norma italiana esté orientada a incluir situaciones en las que el vínculo contractual nace de un acuerdo de las partes sino, más bien, a una declaración unilateral de voluntad posteriormente aceptada, que en la realidad del hecho mediador no se da<sup>276</sup>.

### 3.4.2. Precontrato

El precontrato se configura como una obligación de colaboración o como una opción de contratar<sup>277</sup>. Podría entenderse como un simple proyecto que

---

<sup>275</sup> Quizá por ello TUMEDEI concreta que el promitente actúa «riservandosi la facoltà di revocare la promessa quando che sia, e senza obbligo veruno di risarcimenti e di indennizzi», “Del contrato di mediazione”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1923, p. 141. Ahora no sería posible a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 1333, que hace la promesa irrevocable aceptada –incluso tácitamente– por el promisorio. Y si bien se podría introducir un plazo por convenio, no parece razonable que se, si se tomara la figura como base de la mediación, hubiera de suponer implícito este plazo que, a falta de certeza, o resulta absoluto (lo que llevaría, en última instancia, a una condición potestativa pura y a la desnaturalización de la obligación), o llevaría a una inseguridad incompatible con la utilidad de la figura y, en última instancia, a la paralización de los bienes mediados, en la indeterminación de la vinculación contractual que los toma de referencia.

<sup>276</sup> De hecho, como ya se comentó, GALGANO trata de forma restrictiva a la promesa unilateral como fuente de obligaciones, descartando la promesa de pago o el reconocimiento de deuda, en pro de la promesa el público como figura casi única, a la que añade categorías de la misma o, también, la *oblazione*, en *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 220-224.

<sup>277</sup> En España, entre aquéllos que entienden el precontrato únicamente como aquél en el que las partes han determinado los elementos esenciales o necesarios del contrato proyectado (así DIEZ PICAZO, *Instituciones de Derecho civil*, Tecnos, Madrid 1995, vol I, pp. 434 y ss. 1995; o DE CASTRO BRAVO, “La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio”, *Anuario de Derecho civil*, III, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1950., pp. 1133-1186; o los que opinan que, junto al anterior tipo, también existe otra clase en la que las partes se obligan a obligarse, resultando el precontrato del contrato lo que una Ley de Bases al texto articulado (así ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, I, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 305-339; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil II*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 1-65).

necesitaría renovar las manifestaciones de voluntad, sin posible cumplimiento obligatorio<sup>278</sup>; o como un contrato válido y perfecto<sup>279</sup>.

El primer caso no podría ser unilateral, por cuanto, al carecer de los elementos necesarios para la determinación del contrato, la obligación de colaboración para determinarlos habría de ser recíproca<sup>280</sup>.

Por lo demás, la existencia de un eventual precontrato indeterminado de mediación no puede proyectar el contrato mediado, pues no puede determinarse ni aceptarse por aquellas partes, sino únicamente contemplarlo como hecho relevante de forma condicionada.

Por ello, existirá bien un precontrato de mediación con sus efectos propios, que no serán los de la mediación; bien un contrato definitivo de mediación, con sus propias características no afectadas por el anterior.

El segundo supuesto, en el que el precontrato incluya todos los elementos necesarios del contrato de mediación, como opción de contrato<sup>281</sup>, lleva a las categorías ya tratadas<sup>282</sup>. Sobre todo si se piensa que aunque la estricta relación de

---

<sup>278</sup> Si no únicamente el resarcimiento de daños y perjuicios. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil II*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 46: «cuando las partes contratantes han dejado para el futuro la completa determinación de los elementos y circunstancias del contrato que, en definitiva, se quiere otorgar, las partes quedan obligadas a una colaboración posterior de carácter personalísimo, que por ello, en caso de incumplimiento [...] no queda más posibilidad que la condena de resarcir los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento». El problema será, de ordinario, la determinación de la culpa como fundamento de tal resarcimiento puesto que, frente al evidente incumplimiento de quien se niega a colaborar; existirá el incumplimiento disimulado bajo el inconciliable acuerdo sobre un elemento esencial del contrato.

<sup>279</sup> DE CASTRO, “La promesa del...”, *op. cit.*, p. 1333 y ss. CASTÁN, *op. cit.*, pp.23-24.

<sup>280</sup> De otro modo el contrato sí sería ejecutable, en la medida que resulta determinable, aunque sólo sea para una parte –el optante-. Ello siempre el elemento por determinar no resulte incurso en la prohibición del artículo 1256 del Código civil.

<sup>281</sup> En el entendido de que, conceptualmente, toda promesa de contratar de una parte supone la opción de contratar para la otra, en los términos y plazo que la promesa suponga, y viceversa, pudiendo ser, además, promesas y opciones recíprocas, en todo o parte. «La opción, en su esencia, no es más que una modalidad de precontrato, es una promesa unilateral de contrato», DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, *op. cit.*, p. 437.

<sup>282</sup> Ya se interprete como una promesa (poner excepciones), o como una condición (en lo que no estamos de acuerdo, pero que seguirían existiendo las obligaciones accesorias y la reciprocidad emanada de las mismas, etc.).

opción puedan suponer una relación contractual unilateral<sup>283</sup>, también puede ser bilateral<sup>284</sup> y, en todo caso, el contrato proyectado no dependerá de tal naturaleza para conformar la suya propia.

Lo anterior en el entendido de que a lo que se opta, bajo esta hipótesis, es siempre a la relación de mediación, distinta del contrato perfeccionado que ésta pretende, por más que la efectiva perfección de éste último pueda suponer la aceptación de la opción ofrecida. Lo que tampoco parece adecuado, como forma de aceptación autónoma.

En efecto, la perfección del contrato mediado será un hecho jurídico, cualificado como un acto jurídico volitivo; pero la presunción de que tal acto implica, además, la aceptación del contrato de mediación, no puede ser más que una ficción con un contenido de la voluntad difícil de probar<sup>285</sup>.

Cuestión distinta sería aquella en la que ese hecho haya sido considerado relevante a efectos de determinar la eficacia del contrato, pero entonces se volvería a la condicionalidad suspensiva o la "obligación de resultados", no a una aceptación postpuesta<sup>286</sup>.

En fin, si bien puede darse un precontrato de mediación, como quiera que el contrato proyectado, al que finalmente se llegará de uno u otro modo, será uno ordinario de mediación, terminará desarrollando éste su propia naturaleza y

---

<sup>283</sup> En la que la única obligación será del promitente, de mantener su promesa en caso de que el optante quisiera exigirla. En hipótesis, el oferente sería el medidor, manteniendo la opción que el oferente puede ejecutar al perfeccionar el contrato mediado.

<sup>284</sup> «En una promesa bilateral, aquella facultad de exigir [el cumplimiento del contrato proyectado] corresponde a ambas partes», DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones, op. cit.*, p. 437

<sup>285</sup> Esto es: pudiera ser que el oferente quisiera efectivamente perfeccionar el contrato mediado y, en ese acto, ignore o hasta repudie la aceptación del contrato de mediación. *Vid.* nota 146.

<sup>286</sup> Como una condición meramente potestativa. De hecho, en la medida que se trataría de un supuesto netamente objetivo, sólo puede ser condición y, siendo ésta, no puede ser al tiempo aceptación. «condición es la modalidad de un contrato que podría existir perfectamente sin ella. Un elemento esencial del contrato al que se puede optar, como sería su aceptación, no puede calificarse de condición», PUIG BRUTAU, *Fundamentos, op. cit.*, p. 53. Además, para que exista condición debe existir, antes, aceptación (salvo que se esté tratando de la declaración unilateral de voluntad –no aceptada– como fuente de obligaciones, ajena al tema presente y protagonista de su propia discusión).

contenido, que es lo que se trata.

### 3.5. Derecho contractual europeo.

No en todos los instrumentos supranacionales se incluye, de forma explícita, una clasificación relativa a la sinalagmaticidad de los contratos<sup>287</sup>. Ello no implica que no pueda deducirse la categoría de conceptos más concretos<sup>288</sup> ni, sobre todo, que no existan los efectos que de la misma se predicen<sup>289</sup>.

El DCFR instituye la **bilateralidad** como elemento esencial del contrato<sup>290</sup>, si bien también es un elemento posible de los actos jurídicos<sup>291</sup>. Esta concepción exclusivamente sinalagmática del contrato<sup>292</sup> es coherente con su configuración abierta, extensiva, de la reciprocidad de las obligaciones, como se verá.

Respecto de la promesa unilateral, si bien se incardina, en general, en la

---

<sup>287</sup> No lo hacen, de igual modo, muchas normas nacionales, como se ha visto en el propio Código civil español. Opción razonable, por cuanto se trata más de una figura principalmente dogmática.

<sup>288</sup> Tampoco existe como categoría legal en muchos de los Códigos de los Ordenamientos que la reconocen, como es el caso español, ni tampoco tiene por qué reconocerse de forma expresa en un texto normativo. Sí establece el Código civil francés en su artículo 1.102 que «el contrato es sinalagmático o bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos hacia los otros» a lo que añade el artículo 1.103 que «el contrato es unilateral cuando una o varias personas se obligan hacia otra u otras, sin que por parte de estas .últimas haya obligación».

<sup>289</sup> De hecho, tampoco están siempre recogidas dichos efectos, de forma expresa, en las normas nacionales, como ya se apuntó respecto a la simultaneidad de cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas. *Vid.* nota 236.

<sup>290</sup> II.- 1:101 (1), «A contract is (...) a bilateral or multilateral juridical act».

<sup>291</sup> II.- 1:101 (2), «A juridical act (...) may be unilateral, bilateral or multilateral».

<sup>292</sup> Cabría preguntarse si, como ya se advirtió, esta dicotomía entre unilateralidad o bilateralidad se pudiera referir a las voluntades que consienten más que a la relación obligacional recíproca o no de las mismas. Si bien los comentarios del DCFR no se refieren a ello de forma expresa, cuando se trata, de forma comparativa, los ordenamientos estatales a este respecto, si atiende de forma clara a la sinalagmaticidad: «The French, Belgian, and Luxembourg CCs art. 1101, the Italian CC art. 1321 and the Spanish cc art. 1254 (...) the first three of these codes distinguish between synallagmatic contracts and unilateral contracts», *AAVV Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, p. 126. «In England (...) a bilateral contract is a synallagmatic contract. A unilateral contract is one under which a counter promise of the offeree is not required», p. 127.



categoría de los actos jurídicos, ello no impide que pueda acabar derivando hacia el contrato<sup>293</sup>, con todo lo que ello implica.

Más en concreto, se describe la reciprocidad como una característica propia de un tipo obligacional general<sup>294</sup>, de donde se infiere que los contratos recíprocos, bilaterales, serán aquéllos con obligaciones recíprocas. Lo concibe de una forma más amplia que la que hasta ahora se ha estado tratando, calificándose como recíprocas aquellas obligaciones que cumplan uno de tres posibles requisitos:

El primero, prácticamente igual al utilizado hasta ahora, implica que el cumplimiento de una obligación se debe al y por el cumplimiento de la otra obligación<sup>295</sup>.

El segundo, cuando la obligación misma consiste –no necesariamente de forma íntegra- en facilitar o aceptar el cumplimiento de la otra obligación<sup>296</sup>, lo que se separa de la categoría referida y absorbe todo precontrato.

El tercero, cuando una obligación está claramente conectada a otra o a su objeto que el cumplimiento de una puede ser razonablemente atribuido como dependiente del cumplimiento del otro<sup>297</sup>. O, lo que es lo mismo, una versión atenuada del primer requisito que, como cláusula de cierre, implica una tendencia a la consideración recíproca de la obligación<sup>298</sup>.

---

<sup>293</sup> «A unilateral promise or undertaking may merge into a contract if it is accepted by the person to whom it is addressed», AAVV *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, Vol I, p. 126.

<sup>294</sup> AAVV *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009, en Vol. III.- 1:102 (4), apenas comienza el Libro III; Obligations and corresponding rights, aplicable a todas las relaciones obligacionales, no sólo a las que deriven de contrato. «An obligation is reciprocal in relation to another obligation if: (...)».

<sup>295</sup> «performance of the obligation is due in exchange for performance of the other obligation;», III.- 1:102 (4) a), AAVV *DCFR. Full edition...op. cit.*

<sup>296</sup> «it is an obligation to facilitate or accept performance of the other Obligation» III.- 1:102 (4) b), AAVV *DCFR. Full edition...op. cit.*

<sup>297</sup> «it is so clearly connected to the other obligation or its subject matter that performance of the one can reasonably be regarded as dependent on performance of the other» III.- 1:102 (4) c), AAVV *DCFR. Full edition...op. cit.*

<sup>298</sup>In dubio pro synalagma, lo que parece bastante razonable, al menos en sede contractual, habida cuenta, no sólo la generalidad de su uso, sino su ya referida relación con la

En todo caso, trata el texto de la reciprocidad de las obligaciones, no de los contratos, de forma que, si bien el contrato tenderá a homogeneizar la naturaleza de sus obligaciones, sobre todo a tenor de la concepción amplia de la categoría, podrían algunas ser recíprocas y otras no<sup>299</sup> dentro del mismo negocio.

Lo que sí es claro es que las obligaciones *ex post facto* son, bajo esta configuración, plenamente recíprocas<sup>300</sup>. Y, si bien no tiene por qué tratarse de contratos recíprocos estrictamente, sí se establecen posiciones de reciprocidad que, vinculadas en una misma causa, sobre un mismo objeto y entre las mismas partes, informarán necesariamente como sinalagmática a la relación jurídica compleja.

Respecto a las obligaciones propias del mediador, tanto la actividad principal como las accesorias serán asimismo recíprocas. Y, si las obligaciones, accesorias de una parte son sinalagmáticas respecto a la principal de la otra, parecería extraño que no lo fueran las principales de ambas, entre sí.

En los PECL no se trata la sinalagmaticidad de forma autónoma, sino que se atisba la noción en algunas de sus consecuencias tradicionales<sup>301</sup>, si bien en otras

---

onerosidad y, más aún, la utilidad que se desprende de la conexión de las obligaciones, siempre que sea adecuado y posible.

<sup>299</sup> «there can be a contract in which there are different packages of obligations, the obligations of one party in one package not being reciprocal to the obligations of the other party in another package (...) There may even be cases where a non-contractual obligation and a contractual obligation may be reciprocal. For example, an obligation under a unilateral promise may be the counterpart of an obligation under a contract», AAVV DCFR. *Full edition...op. cit.*, p. 673.

<sup>300</sup>«The definición of “reciprocal” covers not only an obligation performance of which is due in Exchange of performance of the first obligation but also an obligation to facilitate or accept performance of the first obligation and an obligation which is so clearly connected to the other obligation or ins subject matter that performance of one can reasonably be regarded as dependent on performance of the other». Y, de forma aún más concreta sobre esta reciprocidad: «an obligation to do something only if the other party performs an obligation to supply certain information or pay certain expenses or return certain property. One typical case is where there is an obligation to return property only if certain costs related to keeping it and protecting it from damage are paid». AAVV DCFR. *Full edition...op. cit.*, pp. 673-674.

<sup>301</sup> Así en el art. 7:104 para el cumplimiento simultáneo, o el art. 8:601 para la suspensión de obligaciones correlativas propias si se otorga un aplazamiento a la otra parte en mora (en la versión inglesa se usa el término “reciprocal”).

ocasiones parece que se haya prescindido deliberadamente de la misma<sup>302</sup>. Trata, por tanto, los efectos como la categoría, y no como la circunstancia.

Los **ACQUIS** sí tratan de forma más específica la reciprocidad, como una categoría general, común a muchas de sus disposiciones<sup>303</sup>, que desarrollan sus efectos.

En cuanto a los principios **UNIDROIT**, no parecen tomar el término recíproco en sentido técnico estricto<sup>304</sup>, tratando en su lugar alguna de sus consecuencias, principalmente la simultaneidad de cumplimiento<sup>305</sup>.

Por tanto, los instrumentos estudiados no realizan un estudio específico de la sinalagmaticidad. Y, si bien algunos usan de forma técnica la reciprocidad, la tendencia general viene dada por el tratamiento específico de las características tradicionales de la categoría estudiada.

En cuanto al **precontrato**, el **DCFR** apenas contempla el instituto. Limitándose a regular los deberes genéricos precontractuales, que nada tienen que

---

<sup>302</sup> El art. 9:201, en vez de utilizar la expresión correlativa, antes usada, prefiere referir, de forma genérica, el momento del cumplimiento a efectos de delimitar el uso de la exceptio non adimpletus contractus «La parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente (...)». Por su parte, el art. 9:303, relativo a la resolución contractual, se configura de forma aparentemente incondicionada, para todo contrato, si bien en sus efectos se refiere de forma principal –y natural- a los contratos con distintas obligaciones –sin mencionar la reciprocidad de las mismas-, art. 9:305.

<sup>303</sup> Así el art. 7:201 (4), relativo al momento de cumplimiento de las obligaciones recíprocas; el art. 8:304, de la “retención de la prestación” propia frente al incumplimiento del deudor de obligación recíproca a la retenida; art. 8:405, que determina el devengo de intereses desde el cumplimiento de la obligación recíproca a la que los genere; etc.

<sup>304</sup> Al menos cuando lo usan, como única vez, en el art. 8.1, relativo a la compensación, en dónde la reciprocidad se refiere no a la relación de sus obligaciones sino a la mera relación de débito-crédito homogéneo, cual sea su fuente o causa.

<sup>305</sup> Art. 6.1.4, del momento de cumplimiento de las prestaciones, o el 7.1.3, que dispone la ya referida suspensión del cumplimiento para el acreedor de obligación recíproca incumplida.

ver con la figura del precontrato, sino con determinadas declaraciones de la fase precontractual que pudieran devenir contratos<sup>306</sup>.

Aunque el cuerpo principal de la disposición se ocupe de las declaraciones vinculantes en las relaciones con consumidores, principia con un precepto genérico de integración contractual para aquellas declaraciones en el contrato preparado, cuando resulten razonables las expectativas de la contraparte al respecto<sup>307</sup>.

Se está pensando más en un contenido que incorporar al contrato antes que en un contrato previo. Y, si bien nada impide su uso de forma análoga al contrato de opción u otra modalidad precontractual, el mismo resultado se alcanzaría a través de las normas generales que rigieran el contrato o la promesa<sup>308</sup>, por lo que no supone ninguna especialidad relevante.

El resto de instrumentos tratados ignoran igualmente el tratamiento específico del precontrato, que se podrá regular, según su contenido y efectos, por las normas generales de la contratación –o de los actos jurídicos, en su caso-. Ello al margen de los deberes precontractuales, de aplicación general y siempre accesorios<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> II.- 9:102: Certain pre-contractual statements regarded as contract terms.

<sup>307</sup> II.- 9:102 (1) A statement made by one party before a contract is concluded is regarded as a term of the contract if the other party reasonably understood it as being made on the basis that it would form part of the contract terms if a contract were concluded (...).

<sup>308</sup> «Even without this paragraph the same results could often be reached by relying on the rules on unilateral promises and the interpretation of offers and other juridical acts. Also relevant would be rules on the reasonable expectations of the parties to contracts such as sales contracts», AAVV DCFR. *Full edition...op. cit.*, p. 583.

<sup>309</sup> De hecho, cualquier precontrato cargaría, a su vez, con sus propios deberes precontractuales.

## 4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN.

4.1. Tipicidad nominal.- 4.2. Contrato principal y autónomo.- 4.3. Contrato consensual.- 4.4. Contrato oneroso.- 4.5. Contrato de duración indeterminada.- 4.6. Contrato de confianza.- 4.7. Imparcialidad del mediador.- 4.8. Contrato común o mercantil.- 4.8.1. Clasificación dogmática.- 4.8.2. Efectos de la eventual mercantilidad.

Afirmada la naturaleza contractual, sinalagmática, de la mediación, resta determinar las características propias de su naturaleza. A este respecto, si bien es posible tratar más categorías de las que se refieren, no se trata ahora tanto de lo contingente como de lo categórico. Así, son las presentes notas las que determinarán la dinámica prestacional que sobre las mismas se establezca, sin perjuicio de las influencias recíprocas tantas veces comentadas.

Si hasta ahora se ha avanzado en progresión hasta la estructura contractual más compleja, en cuanto a las características se concretarán primero aquéllas que, siendo propias de la mediación, no resulten por sí mismas determinantes respecto a la misma. Sólo después, casi terminada la reconstrucción de la figura, se afrontará su aspecto más complejo y diferencial.

### 4.1. Tipicidad nominal.

No es especialmente relevante abordar, de forma universal, la tipicidad o nominalidad legal del contrato de mediación. Ello tanto porque no es para este contrato –ni a ningún otro– un elemento esencial o natural<sup>310</sup>; como por la contingencia del contenido que aporta la característica. Los aspectos más relevantes

---

<sup>310</sup> Afirma la relatividad entre tipicidad y atipicidad DÍEZ-PICAZO: «pues se miden en función del contenido que en cada momento posee el ordenamiento jurídico. Contratos que hasta un determinado momento han sido atípicos, pueden dejar de serlo y convertirse en típicos desde el momento en que su normativa es recogida y fijada por la ley» *Fundamentos de Derecho Civil... op. cit.*, p. 487.

no serán el hecho de la recepción normativa, sino de las normas aplicables en cada caso; así como la posición sistemática en la que se sitúe el contrato, siempre que se haga de forma deliberada y relevante<sup>311</sup>, a efectos de determinar otras características.

En la medida en la que en el Ordenamiento español no tenga el contrato una regulación específica, se tratará de un contrato atípico. Ahora bien, poco añade la tipicidad en casos en los que la regulación, aunque nomine el contrato, acabe sin desarrollarlo<sup>312</sup>. Podría considerarse igual, en esos casos, contrato innominado<sup>313</sup>.

El punto nuclear de la categoría viene dado por la determinación de las normas aplicables. Al no existir específicas, y pese a la existencia de normas contractuales generales indiscutidas, podrían aplicarse tanto las normas de determinados contratos típicos, cuando de la conjunción de éstos resultara el atípico<sup>314</sup>; las normas del principal, cuando el contrato atípico surja de la variación

---

<sup>311</sup> Baste recordar, como ejemplo de que no siempre es así, la tipificación aparente de la mediación en el Código de comercio de 1885. *Vid.* nota 25.

<sup>312</sup> Así cabría diferenciar nominado de típico. JORDANO BAREA trata el contrato “relativamente atípico”, “Los contratos atípicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pp. 60 y ss.. “ Aquél que, aun mencionado por la Ley, está desprovisto de una formación específica, a menos que la mención del contrato se haga por la Ley en tal lugar que se pueda incluir, por uso de remisión la disciplina jurídica aplicable». CARRARO, respecto a la mediación negocial -que entiende distinta de la típica-: «(...) Il rapporto negoziale fra mediatore e parti -non essendoe legislativamente disciplinato-», p. 95. (1952).

<sup>313</sup> «El hecho de no tener un nombre depende a su vez del hecho de que el contrato dado no está sujeto a una disciplina propia; y este último es el exacto concepto de contrato innominado. A la inversa, tener un nombre en el sistema de la ley no basta (...) Por tanto, es contrato innominado aquel que, aunque mencionado por al ley, carece de una disciplina particular (...)», MESSINEO, *Doctrina general del Contrato*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp.378-379.

<sup>314</sup> Siempre que no se trate de un contrato complejo, esto es: una relación negocial compleja compuesta por diferentes contratos entre las mismas partes, dentro de un plan organizado. En este caso cada contrato habrá de ser considerado individualmente, con lo que la tipicidad de cada componente sería bastante, en cada uno. «No obstante, no siempre los casos concretos se presentan con la nitidez suficiente como para permitir aclarar fácilmente si se trata de unidad o de pluralidad de contratos; y deberá intervenir la actividad del interprete (...)», MESSINEO, *Doctrina...op. cit.*, p. 392.

de uno típico<sup>315</sup>; o las normas aplicables, en cada caso, según la analogía *iuris*, partiendo de la normativa general y descendiendo hasta la más específica aplicable<sup>316</sup>.

En España, simplificando los presupuestos anteriores, y partiendo de la principalidad del contrato<sup>317</sup> de mediación, así como su independencia, podría defenderse el carácter puro de su atipicidad actual<sup>318</sup>: resulta lo suficientemente extraño a cualquier otra figura contractual típica<sup>319</sup> como para reclamar su autonomía normativa e interpretativa, acorde con su naturaleza y elementos, desprendida de las regulaciones generales aplicables y los principios rectores que lo informan<sup>320</sup>.

Dicha independencia, más allá de la mera declaración, procede de la ineptitud de cualquier otra figura contractual, en la que pudiera integrarse la voluntad de las partes, para conseguir la causa propuesta, en su sentido más amplio. Ello, en coherencia con la práctica real y continuada de los presupuestos contractuales de la mediación en el tráfico jurídico.

En cuanto al régimen jurídico aplicable de la mediación como contrato atípico, no supone mayor especialidad que la no aplicación de previsiones

---

<sup>315</sup> Este supuesto recogerá, principalmente, los llamados contratos atípicos mixtos, en los que los elementos que los componen son típicos, si bien su combinación es distinta, produciendo efectos diferentes en aras de un fin característico.

<sup>316</sup> Lo que supondrá, en mayor o menor medida, una interpretación integradora más que a través de modelos contractuales típicos, de principios jurídicos aplicables a institutos jurídicos, o incluso a funciones jurídicas, dentro de una interpretación sistemática del contrato de que se trate, en atención a su naturaleza y causa, con los mismos límites imperativos que imponga el Ordenamiento a la categoría en la que se incardinan.

<sup>317</sup> *Vid.* epígrafe 4.2.

<sup>318</sup> Si bien no todos sus elementos son completamente extraños a los tipos legales, aquellos que, precisamente, concretan e individualizan el contrato de las previsiones generales de la contratación son los que mantienen la propia autonomía.

<sup>319</sup> *Vid.* epígrafe 9.4.

<sup>320</sup> En contra GARCÍA-VALDECASAS, “su contenido resulta, en parte, de la combinación de diferentes tipos legales contractuales (...); se debería incluir, por ende, en la categoría de los contratos mixtos o con causa mixta» Con todo, en el mismo párrafo, “no deja de ser una apreciación inicial que deberá ser matizada más adelante», GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *La mediación inmobiliaria*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1998, p. 45.

específicas de otros contratos<sup>321</sup>, más allá de las normas generales y aquéllas que, por analogía, fueran de aplicación<sup>322</sup>. Adquiere un mayor protagonismo la voluntad de las partes<sup>323</sup> y, por ende, es necesario un control judicial superior<sup>324</sup>. Todo ello consolidado y recogido –que no emanado– en la tipicidad jurídico-social que el contrato ha adquirido<sup>325</sup>, a través de su uso constante en el tiempo.

En fin, la orientación finalista autonomía de la voluntad ordenará no sólo el contenido del contrato, sino, de forma indirecta, su regulación<sup>326</sup>. No quiere decir esto que pueda escoger el régimen jurídico aplicable<sup>327</sup>, ni que tengan que recrear todo el Ordenamiento contractual dispositivo<sup>328</sup>; o que la capacidad normativa de

---

<sup>321</sup>«(...) no [es] una circunstancia que vaya a determinar unas concretas consecuencias (...)», CUADRADO PÉREZ, “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año N<sup>o</sup> 83, N<sup>o</sup> 704, Madrid, 2007, p. 2493.

<sup>322</sup> En Italia, para a los contratos atípicos, referidos en el artículo 1332 del CC, se prevé en artículo 1333 su sujeción a las normas generales del título “De los contratos en general”. En España, el artículo 1255 del Código civil, acoge cualquier contrato atípico digno de tutela jurídica (STS de 19 de mayo de 1982); si bien rigiéndose por las normas generales de los contratos, y necesitando, por ello, los requisitos esenciales de los mismos, contenidos en el artículo 1261 del Código (STS 18 de noviembre de 1980).

<sup>323</sup> No porque haya un mayor contenido volitivo, sino porque éstas identificarán, exclusivamente, la vertiente objetiva de la causa, delimitada –aunque no determinada– por la norma en los contratos típico; así como la categoría y circunstancias de la relación obligacional.

<sup>324</sup> Por cuanto habrá de comprobarse que existe un interés jurídico digno de tutela, una causa objetiva lícita. Al respecto, el artículo 1322 del Código civil italiano: «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»

<sup>325</sup> Tipicidad social que, como se puede advertir a lo largo de la presente discusión, no es unívoca, sino imperfecta o de mínimos, pues de lo particular rara vez se puede inferir todo lo general, ni es ocupación de aquellas fuentes “sociales” el señalar, de forma verdadera y adecuada, un contenido jurídico que, anclado en aquellos mínimos, acaba sedimentando sin haber sido construido con verdadera vocación de permanencia.

<sup>326</sup> «La regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes (p. ej., revocación de la donación), y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados», DE CASTRO, *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 29.

<sup>327</sup> Más allá de la determinación, en su caso, de la Ley aplicable, entendiéndose a ésta como Ordenamiento completo, incluyendo el sistema de integración normativa que contenga. Las partes podrán operar con amplitud dentro de la Ley, y hasta señalar, en determinados casos, la Ley aplicable, pero no pueden sustraerse, por la autonomía de su voluntad, de aquella Ley rectora.

<sup>328</sup> No sólo los costes de transacción serían inviables, sino que la potencial laguna que toda hipótesis ha de contemplar acabaría remitiéndolos a las normas dispositivas



las partes sea ilimitada<sup>329</sup>; sino que será esa voluntad la que fije la causa objetiva pretendida.

De dicha causa misma podrán deducirse institutos jurídicos análogos, cuyo marco normativo o principios jurídicos rectores podrían resultar de aplicación<sup>330</sup>. Ello además del Derecho que sea aplicable en razón a otras fuentes, cual la costumbre o los principios generales, manifestados por la doctrina, científica o jurisprudencial; así como las categorías generales en los que la figura se incardine<sup>331</sup>.

Dicha integración analógica ha de tener siempre como límite la indemnidad esencial del contrato atípico, de forma que la causa del contrato no se vea perturbada por la utilización del instrumento analógico; rechazada la institución de donde se extraiga precisamente por su inidoneidad para alcanzar, por sí misma, la finalidad de las partes<sup>332</sup>.

No se trata, en todo caso, de buscar las normas cuya aplicación suponga la mayor eficacia del objeto pretendido por las partes<sup>333</sup>, sino de aquéllas aplicables a

---

correspondientes según el Derecho aplicable. Desde otra perspectiva SANPONS SALGADO, «(...) el problema del corretaje como contrato atípico se resuelve por la *lex privata* que las partes le hayan dado (artículo 1.091)», *El contrato de corretaje*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1965, p. 37.

<sup>329</sup> «(...) esos pactos, cláusulas y condiciones [atípicas] no pueden afectar al contenido esencial de cada contrato en particular (así, en la compraventa no se puede pretender vender si no se vende -venta con reserva del dominio sin causa o razón-, porque o se vende o no se vende, pero no se puede pretender vender, sin transmitir); no pueden alcanzar la -arquitectura mínima-, al *arco de bóveda* de cada figura contractual o real, es decir, a la esencia propia de cada tipo contractual», REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al artículo 1255 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M., y DIAZ ALABART, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º A, EDERSA, 1993. Lo que sería aplicable tanto para los contratos típicos como para los atípicos, siempre en atención a su unicidad respecto a la concreta causa que regulen.

<sup>330</sup> Así lo entendió también la STS de 28 de enero de 2002, al aplicar la Ley de agencia, analógicamente, a un contrato de distribución en exclusiva; incluyendo las disposiciones imperativas de la regulación, aunque la voluntad autónoma de las partes hubiera podido querer evitarlas.

<sup>331</sup> *Vid.* epígrafe 9.

<sup>332</sup> En el mismo sentido GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de mediación o corretaje*, *op. cit.*, p. 35-36; o CASTRO LUCINI, “Los negocios jurídicos atípicos”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, Madrid, 1974.

<sup>333</sup> Pues la norma aplicable bien podría implicar la nulidad del acuerdo, o cualquier otro tipo de ineficacia de todo o parte del mismo.

la naturaleza y características de las relaciones obligatorias establecidas<sup>334</sup>, que serán las que sean, como quiera que las partes las llamen o cualesquiera que sean las normas que las partes pretendan<sup>335</sup>.

En fin, la ausencia de tipicidad legal no impide la existencia sustantiva del contrato que, consolidado por su uso y delimitado por su función, mantiene su propia naturaleza<sup>336</sup>, consolidada sobre sus elementos esenciales<sup>337</sup>. Podrán variar, sin embargo, los elementos meramente naturales del contrato, además de que difícilmente podrán establecerse los elementos esenciales en tanto no se construya una naturaleza indiscutida de la mediación<sup>338</sup> -paso que, muy probablemente, sólo podrá ser legislativo-.

---

<sup>334</sup> Al contrario, GÁZQUEZ SERRANO: «Lo fundamental será siempre dar la mayor eficacia a lo que las partes entendieron o hubieron de entender, obrando con prudencia y diligencia, conforme la pauta que sienta el principio de buena fe», *El contrato de mediación o corretaje, op. cit.*, p. 36. Invoca, en este sentido, a la STS de 7 de abril de 1999.

<sup>335</sup> Pues, al fin y al cabo, los contratos son lo que son, y no lo que las partes -o la doctrina, ni siquiera la jurisprudencia- dicen que son. Principio este de primacía no tanto de la realidad absoluta, como de la voluntad interna de las partes, que sólo puede entenderse en atención a la causa de del contrato que se trate. «Si calificar el contrato es -identificar el tipo o esquema contractual (típico o atípico) celebrado, para determinar, entre otras cosas, el régimen legal imperativo o, cuando menos, las normas supletorias de dicho contrato-, es claro que la calificación queda excluida de la autonomía privada». REVERTE NAVARRO, *op. cit.*.

<sup>336</sup> Al fin y al cabo si, como indica REVERTE NAVARRO, « El contrato atípico se caracteriza porque teniendo o no una denominación (*nomen*) legal, social e incluso jurisprudencial, carece de regulación legal propia, por ir dirigido a la satisfacción de una nueva función económico-social (causa del contrato) no contemplada por el ordenamiento jurídico», *op. cit.*, un único contrato atípico, como ocurre con la mediación.

<sup>337</sup> Sobre esta existencia sustantiva se proyecta una suerte de tipicidad impropia, como recoge la SAP de Barcelona, de 18 de enero de 2001, para la que el contrato de medición es un contrato ya dotado de cierta "tipicidad".

<sup>338</sup> Ejemplo, entre tantos otros, de la indeterminación de los elementos esenciales como límite "típico" del contenido disponible de la mediación, para GÁZQUEZ SERRANO, en *El contrato de mediación o corretaje, op. cit.*, son las instrucciones concretas de comitente, como si de un mandato se tratase, de forma que «si el mediador rebasa estos límites, supone una desnaturalización del contrato de mediación como expresamente señaló el Tribunal Supremo con Sentencia de 26 de junio de 1977». El Tribunal declara que «su actitud [del mediador] de vender [con mandato] ya no excedía, sino que desnaturalizada su encargo de intermediario conferido». Con todo es discutible, más allá de la categoría, la propia sentencia, pues no seguro que dicha desnaturalización se refiera al contrato en sí, si no al concreto encargo. Prueba de ello es que admite el sentido contrario: « (...) no cabe viabilizar las actuaciones del señor T a falta de instrucciones concretas (...)»; luego, si cabría con instrucciones concretas. Por su parte, SANPONS SALGADO, entiende el elemento como perteneciente a la naturaleza de la mediación: «a mi juicio, el corredor puede asumir, finalizada la actividad mediadora, la

## 4.2. Contrato principal y autónomo.

No cabe duda de que el contrato de mediación mantiene una cierta relación con el contrato para el que se media. Se ha discutido sobre la naturaleza de este vínculo, desde la mera conexión volitiva hasta una relación jerarquizada de principalidad y accesoriadad.

De este modo, se utiliza, con distinta intensidad, la categoría contrato accesorio<sup>339</sup> para la mediación. Resulta, en su formulación última, un mero contrato accesorio, preliminar, del definitivo<sup>340</sup>, que habrá de perfeccionarse tras la actividad mediadora.

El carácter accesorio se ha hecho depender de la condicionalidad de la prestación del comitente<sup>341</sup>; si bien también se ha defendido el carácter disyuntivo

---

representación de una parte, con la autorización de la misma, para concluir en su nombre el negocio o contrato, objeto del corretaje», *El contrato de corretaje*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1965, p. 118.

<sup>339</sup> Entendiendo como tal «i contratti che dipendono da altri contratti, come il pegno, la fideiussione e l'ipoteca; per essi vale la regola: "accessorium sequitur principale» , STOLFI, , *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 141

<sup>340</sup> FINOCCHIO, *La mediazione nel Diritto italiano*, *op. cit.*, «A nostro giudizio si avrebbe un contratto preliminare, un negozio giuridico, che, quando tutti gli altri elementi saranno concorsi, si sarà, cioè, avuta la dichiarazione di volontà delle altre parti, diventerà un elemento del negozio giuridico finale: la mediazione» p. 65; o GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *La mediación inmobiliaria*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1998, pp 47 y 48. Este último opina que en la actividad mediadora se puede diferenciar una primera fase contractual, de mandato o arrendamiento de servicios, que concluye con la segunda fase, propiamente de mediación, que se inicia cuando el tercero consiente la mediación encargada por el oferente. También CREMADES GARCÍA, tratando de las diferencias entre arrendamiento de servicios y mediación, da como nota esencial de la última «la dependencia o vinculación del contrato principal», *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 66.

<sup>341</sup> «(...) el contrato de corretaje tiene sentido en un inicialmente proyectado contrato que es el que se requiere, encarga o se desea. La retribución que al mediador ha de darse sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya, por ello podría inicialmente considerarse accesorio», CREMADES GARCÍA, *op. cit.*, p. 50. Si bien finalmente se inclina por la categoría de contrato preparatorio, p. 51. Llega más lejos BONET CORREA, "El contrato de corretaje o mediación", *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1951, p. 1622 «si llega a surgir es a consecuencia de haberse realizado el negocio principal antecedente,

entre la condicionalidad y la accesoriedad<sup>342</sup>. No obstante, siendo distinto lo condicional de lo accesorio, no existe un obstáculo absoluto entre ambas circunstancias<sup>343</sup>; por lo que la contradicción puede realmente responder a que no sea nunca accesorio –acaso tampoco condicional–, más que a la propia disyuntiva entre categorías.

Además, este eventual carácter accesorio, cualquiera que sea su relevancia, dependerá de la concreta posición que se mantenga sobre las prestaciones de la mediación, cual es la supeditación absoluta de la remuneración del mediador en atención al efectivo perfeccionamiento del negocio mediado<sup>344</sup>. Esta premisa podría no ser esencial o incluso, pese a su difusión, discutible incluso como elemento natural de la prestación<sup>345</sup>, lo que acabaría con la mayoría de consideraciones de lo accesorio.

Respecto a las consideraciones más extensivas de la accesoriedad del contrato, conviene recordar que la inexistencia del contrato no siempre equivale a la ineficacia del mismo, aunque puedan compartir la falta de satisfacción del interés subjetivo de las partes. Así pues, aun de no alcanzarse los fines del contrato, si existe relación contractual ésta persistirá, habiendo ya desplegado parte de sus efectos<sup>346</sup>.

---

presupuestos 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».

<sup>342</sup> SANPONS SALGADO, *op. cit.*, p. 45. «la tesis (...) de que se trata de un contrato accesorio (...) es, a mi juicio, aceptable, siempre que no se le atribuya luego el carácter de condicional (...) Afirmer que es un contrato accesorio y condicional no es más que una peligrosa redundancia, y, a veces, dos negaciones afirman». Al contrario, GÁZQUEZ SERRANO, «Consecuencia de este carácter accesorio es que a la vez es condicional (...)», *El contrato de mediación o ...op. cit.*, p. 79.

<sup>343</sup> Cabe imaginar, por ejemplo, una garantía accesorio al contrato garantizado, que sólo operara bajo determinadas circunstancias; o que dejara de hacerlo cumplidas otras. Accesorio, por tanto, y condicional.

<sup>344</sup> Por eso mismo concede –aun parcialmente– la accesoriedad a la mediación SANPONS SALGADO, *op. cit.*, p. 45, coincidiendo –si se prescinde de la condicionalidad– con BONET CORREA.

<sup>345</sup> *Vid.* epígrafes 5, 6 y 7.

<sup>346</sup> «El contrato empieza por tanto a surtir efectos antes de que se encuentre al tercer contratante (...) ésta es la teoría aceptada por la mayoría de la doctrina tanto española como italiana y además es la recogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo» GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de...op. cit.*, p. 70.

Optado el modelo contractual en detrimento del mero acto jurídico, la proyección consensual de las consecuencias es tanto o más importante como éstas mismas, por lo que no puede postergarse la existencia de vínculo obligatorio, aun condicional, al momento de la exigibilidad de las prestaciones. Si éstas son exigibles es precisamente por una causa jurídica previa: el contrato de mediación existente.

En ocasiones se ha limitado la accesoriedad en un sentido económico<sup>347</sup> que, a su vez, parte de la premisa de que no haya más prestación del comitente que el pago del corretaje. Se elevaría así la falta de devengo hasta hasta la perfección el contrato principal como elemento esencial del mismo; apoyado e informando, al tiempo, el carácter unilateral del contrato.

Aún aceptando la hipótesis de las premisas anteriores, la unilateralidad del contrato sería siempre jurídica, pues económicamente existirán consecuencias para ambas partes, tanto preparatorias como de ejecución -o de expectativa-. Así, la actividad efectivamente desempeñada por el mediador, desde el punto de vista de la onerosidad, resulta económicamente equivalente al pago por el comitente. Por tanto, despliega al menos parte de sus efectos, siempre de forma autónoma<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup>«(...) jurídicamente se considera que es un contrato principal, ya que no hay identidad de causa entre la mediación, y el denominado negocio principal pretendido. Si bien económicamente se puede considerar como un contrato accesorio, en el sentido de que si llega a surgir es a consecuencia de haberse realizado el negocio principal antecedente, sin el cual ni aparecerá, ni se obtendrá tan siquiera el premio o ganancia por el corredor, del propio corretaje» CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 50. GÁZQUEZ SERRANO, «Económicamente se trata de un contrato accesorio, en el sentido de que si llega a surgir es a consecuencia de haberse realizado el negocio principal antecedente, presupuesto del propio corretaje» en la misma página, en la nota 62, sigue la autora «Desde este punto de vista económico sí podría afirmarse que el contrato de mediación es un contrato accesorio, como ocurre en los contratos de garantía, que son accesorios de la obligación principal garantizada», en *Estudios de derecho de obligaciones, homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Tomo I. Madrid, 2006, p. 876.

<sup>348</sup> De hecho, es esta relevancia económica independiente la que reclama, en no poca medida, no sólo la consideración bilateral que se propuso (*vid.* epígrafe 3), sino una reconsideración de la dinámica retributiva de la relación (*vid.* epígrafe 8.2.3).

Sí supondrían una unidad económica los contratos recíprocos entre sí<sup>349</sup>, en los que la relación jurídica completa de un contrato es, respecto a la del otro, causa sinalagmática<sup>350</sup>. No es éste el caso, sino que cada contrato tiene su causa, partes y hasta objeto<sup>351</sup> distintos, autónomos y válidos en sí mismos.

Resulta, en fin, generalizada<sup>352</sup> la consideración del contrato como principal<sup>353</sup> -al menos jurídicamente<sup>354</sup>-, aunque se trate de un contrato genéticamente preparatorio o pregestor<sup>355</sup>, autónomo en su individualidad.

En conclusión, la vinculación entre el contrato de mediación y el contrato mediado –o intentado mediar- es meramente genética, en cuanto a que afecta a la formación del mismo, pero no al desarrollo de la relación que nace del otro contrato. Así, no existe accesoriedad en sentido funcional<sup>356</sup> ni, por tanto, efectos distintos de la mera compleción interpretativa del contrato, si acaso lo requiriese.

---

<sup>349</sup> «Se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia)». MESSINEO, *Doctrina...*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>350</sup> En este caso, además, fruto de la unidad económica que, a su vez, refleja la unidad de causa, puede atribuirse a ambas relaciones contractuales efectos vinculados, trasunto de las características de las relaciones sinalagmáticas. «(...)La ejecución (o validez) del uno queda subordinada a la ejecución (o a la validez) del otro: más o menos con en el contrato único con prestaciones recíprocas», MESSINEO, *Doctrina...*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>351</sup> Puesto que en el contrato de mediación lo será el servicio y en el de compraventa la cosa, diferenciados ambos tipos de objeto, además, en el artículo 1271 del Código civil español.

<sup>352</sup> Además de la generalidad de la doctrina, también la doctrina jurisprudencial. STSS 7 de abril de 1926, 25 de febrero de 1956, 23 de octubre 1959, 2 y 5 de mayo de 1963, entre muchas que las siguen.

<sup>353</sup> Podría ser preferible “autónomo” a “principal” toda vez que esta última categoría podría resultar más útil opuesta siempre a otro contrato “accesorio”. Esto es: principal será el contrato que lo sea frente a uno accesorio; accesorio el que lo sea frente a uno principal; y autónomo el que no mantenga relaciones de subordinación con ningún otro.

<sup>354</sup> «A veces, una operación especulativa comporta la realización de una pluralidad de operaciones singulares, así como de otros tantos contratos (...) tales contratos están, desde un punto de vista económico, relacionados entre sí, pero no están coordinados ni subordinados entre sí jurídicamente, salvo cuando se condicionan expresamente unos a otros (...) no debe afectar a los otros (...) si no se causalizaron expresamente». GAVIDIA SÁNCHEZ, “Presuposición y riesgo contractual”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 596.

<sup>355</sup> Como muchos otros contratos, bien de forma natural como el mandato (ordenado hacia la finalidad de lo mandado); bien de forma accidental, como pudiera ser cualquier contrato (así un concreto contrato de compraventa de suelo, en aras de una ulterior edificación, por ejemplo).

<sup>356</sup> El contrato mediado, que sería el definitivo, no repercute a la relación que nace del contrato de mediación pues ni condiciona su validez ni su ejecución. En efecto, aunque el

### 4.3. Contrato consensual.

Puede tener una importancia menor, en el momento actual, tratar la consensualidad del contrato, que es la regla general del moderno Derecho contractual<sup>357</sup>. Sobre todo cuando hay tampoco indicios bastantes de que la mediación necesite de ninguna entrega para la perfección del contrato que supone<sup>358</sup>.

A pesar de ello, sobre todo en España, se ha tratado la mediación como un negocio *facio ut des*<sup>359</sup>, formulación reiterada por la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo<sup>360</sup>.

---

cumplimiento del primero pueda supeditarse al nacimiento del segundo, esto no atañe a cuestiones de validez ni tampoco al proceso ejecutivo –prestacional- del contrato. Respecto a la última aseveración, un examen temporal de la relación determina que los efectos siempre han de ser en el sentido inverso (la inexistencia puede o no ser fruto de la prestación mediadora, pero ésta nunca puede verse afectada, causalmente, por dicha inexistencia).

<sup>357</sup> Arts. 1254 y 1258 CC español; o el art. 1322 del Codice civile.

<sup>358</sup> Hecho que hace nacer, desde el Derecho romano, la distinción entre contrato real o consensual. «Respecto de esta categoría, tradicionalmente se ha considerado que su peculiaridad estribaba en la necesidad, para su perfección, de la entrega de una cosa, y que sólo daban lugar a obligaciones para la parte que reciba tal cosa: principalmente la obligación restitutoria de la misma (...) Sin embargo, la moderna doctrina ha admitido la configuración consensual de estos contratos, estribando la mayor dificultad para ello en que, dado su carácter normalmente gratuito, resulta difícil saber cuándo una persona que prometió prestar, o dar en comodato, o recibir una cosa en deposito, sin recibir nada a cambio, lo hizo con la intención de obligarse, o por simple cortesía o amistad» ATAZ, Art.1258, III, B; y ATAZ, Artículo 1254, en (AAVV) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990. Será real, para DÍEZ-PICAZO, el contrato que produzca «la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real», *Instituciones de Derecho civil*, vol I, Tecnos, Madrid 1995, p. 403 (dichos efectos, se entienden, en un sentido potencial pues, al menos en Derecho español, estarán supeditados a la efectiva traditio, ex arts. 609 y 1095 CC).

<sup>359</sup> Esto es: hago para que me des, conforme a la clasificación cuatripartita de convenciones obligatorias atípicas justiniana en D.19,5,5 (Ulpianus, lib. V *Quaestionum*).

<sup>360</sup> Desde la STS de 10 de enero de 1922 se convierte en criterio general para la Sala. Así SSTs de 3 de junio de 1950, de 27 de diciembre de 1962, 6 de octubre de 1990, de 22 de diciembre de 1992, de 4 de julio de 1994, de 30 de marzo de 2007, entre muchas otras.

Esta categoría ha sido considerada una cláusula de estilo<sup>361</sup> arcaizante<sup>362</sup>, *obiter dicta*. Desde otra perspectiva, se ha criticado por implicar, más allá de su dimensión real, una relación prestacional independiente del resultado del *facere*<sup>363</sup>. Incluso se ha querido reinterpretar la categoría, en un esfuerzo más de concreción que de actualización, de forma que «la expresión [*facio ut des*] la pone [el Tribunal Supremo] en boca del mediador y la palabra “facio” se refiere a una actividad de resultado, sin que ello suponga que se esté obligado a ese resultado pues la expresión se lee en su unidad o sea: “hago para que me des” o lo que es igual sólo “me das si hago”, estás obligado a retribuirme si se hace la operación»<sup>364</sup>.

En todo caso, y sin pretender indagar en las causas del enunciado jurisprudencial, parece claro que no resulta una categoría plenamente aplicable, aunque sólo fuera por significado real y clásico que arrastra. Al contrario, es

---

<sup>361</sup> «nos hallamos, nuevamente, frente a una cláusula de estilo que carece de carácter determinante», CUADRADO PÉREZ, “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año N<sup>o</sup> 83, N<sup>o</sup> 704, Madrid, 2007, p. 2499.

<sup>362</sup> GARCÍA-VALDECASAS propone una interpretación diversa del *facio ut des*, como se verá, pues, «(...) De otra manera no se podría comprender esta clasificación, a no ser que se entienda que se trata de un mero arrastre histórico no desterrado», *La mediación...op. cit.*, p. 62. SANPONS SALGADO: «la única incoherencia del Tribunal Supremo (...) está en querer ajustar el corretaje dentro de las distinciones clásicas de los contratos del Derecho romano, cada día más caducas e incapaces de amoldarse a las nuevas modalidades de la contratación», *op. cit.*, p. 47.

<sup>363</sup> CUADRADO PÉREZ, «asimismo para las hipótesis en las que se configure la mediación como un contrato *facio ut facias*, o *do ut facias*. En estos casos, si el contrato entre quien realizó el encargo del corretaje y el sujeto señalado por el mediador no llega a concluirse, a pesar de las diligentes actuaciones de éste, el oferente no podrá verse compelido a cumplir el *facere*, o tendrá derecho a que se le reintegre lo que entregó por adelantado en concepto de *dare*», “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *op. cit.*, p. 2499. También BONET CORREA, “Sentencia anotada del TS de 3 de junio de 1950”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IV, oct-dic, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1951, para quien el hacer no es la prestación sinalagmática, sino un presupuesto supeditado al logro del negocio principal. pp. 1623-1624.

<sup>364</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *La mediación inmobiliaria, op. cit.*, p. 61-62. Siempre dentro de la premisa de la unilateralidad y dependencia retributiva del resultado, pues, de otro modo, podría interpretarse al contrario, esto es: la calificación de *facio ut des* puede suponer un reconocimiento, aun intuitivo –y posiblemente erróneo- de la bilateralidad del contrato, así como de su eficacia independiente –aunque relativa-.



indubitada la naturaleza consensual de la mediación<sup>365</sup>, perfeccionada con la coincidencia de la voluntad manifestada de las partes<sup>366</sup>.

Desde ese punto de partida, y en el hipótesis de que la categoría de contrato real persistiera<sup>367</sup> en algunos de aquellos contratos que son objeto principal de la teoría de las obligaciones *ex post facto*<sup>368</sup>, se encuentra otro argumento favorable a la consideración residual, y aún dudosa, de las mismas. Serían así únicamente aplicables, con las dificultades y dudas expuestas<sup>369</sup>, bajo las premisas de la perfección real del contrato. Inaplicable así, por aquello y por esto, al contrato de mediación.

---

<sup>365</sup> Hay que tener en cuenta que en la doctrina italiana la consensualidad resulta especialmente subrayada, si bien no siempre a efectos de perfección del contrato, sino como condición de validez de la actuación mediadora. Esto es: el desconocimiento y, por ende, la no aceptación de la mediación, impedirían el devengo de la retribución. Así «La mediazione assume perciò natura contrattuale non tanto in base all'accordo precedente alla messa in relazione tra i soggetti quanto, piuttosto, mediante l'attuazione del rapporto che include in sé l'espressione di un consenso idóneo a producirsi nello svolgimento típico dell'attività mediatizia» D'ETTORE y MARASCIULO, *La mediazione*, *op. cit.* p. 66.

<sup>366</sup> En contra, PUGLIESE, *Il contratto di mediazione*, F.lli Lamagna, Roma, 1934, p. 206; para el que el contrato –unilateral– de mediación sería del tipo de los contratos reales, en el sentido que el consentimiento no es suficiente para su perfección, sino que necesita de la conclusión del ulterior negocio no sólo para devengar la retribución sino para perfeccionar el contrato. Llamado por CARRARO, *op. cit.* p. 94.

<sup>367</sup> Persiste, en la medida que sea defendida como relevante, esto es: si acaso persistiera, sería precisamente en estos casos, en los que podría acoger excepciones como dichas obligaciones *ex post facto*. Ello al margen de la inidoneidad de la categoría o de su obsolescencia, incompatibles con su defensa, pero no con su posibilidad.

<sup>368</sup> Así, por ejemplo, el mutuo o comodato, que se perfeccionan no por el mero consentimiento sino por la entrega de la cosa. Aunque también cabrían obligaciones *ex post facto* para contratos consensuales, en los que el problema viene de la gratuidad (así el mandato gratuito, por ejemplo).

<sup>369</sup> *Vid.* epígrafe 3.1.1.

#### 4.4. Contrato oneroso.

Si bien ya se trató la onerosidad, con relación a la bilateralidad<sup>370</sup>, se afirmó entonces la autonomía conceptual de la misma<sup>371</sup>. Así, debe existir una relación de equivalencia subjetiva entre las prestaciones de las partes, en cuanto al sacrificio y beneficio que para las partes suponen. Subjetiva, por cuanto no hay un criterio objetivo de equivalencia o proporción<sup>372</sup>, si bien dicha subjetividad no puede desbordar el concepto de equivalencia, pues desnaturalizaría la categoría y, haciendo indistinguible lo lucrativo de lo oneroso, la haría inútil.

En cuanto al carácter esencial de la onerosidad, se ha defendido tanto como elemento característico como diferenciador<sup>373</sup>, como un mero carácter natural<sup>374</sup>. En general podría pensarse que la mera renuncia del mediador a la prestación no supone más que un cambio parcial, que no altera el resto de la relación jurídica, cabiendo por lo demás dentro de los amplios márgenes de la autonomía de la

---

<sup>370</sup> Vid. epígrafe 3.1.3.

<sup>371</sup> De nuevo puede recordarse, con una formulación diversa a la entonces ofrecida, que « Desde este punto de vista los contratos onerosos serán un tipo particular de los bilaterales (todos los onerosos serán también bilaterales, pero no al revés), y los sinalagmáticos, un tipo particular de los onerosos (todos los sinalagmáticos serán, necesariamente, onerosos, pero no al revés)». ATAZ, Artículo 1254, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990. Ahora bien, el punto de vista al que hace referencia es « un contrato se considere bilateral cuando surjan deberes de prestación para ambas partes; oneroso cuando la prestación de cada una de las partes se haga a cambio de la de la otra, y sinalagmático o recíproco cuando las prestaciones de ambos nazcan simultáneamente para ser, en principio, cumplidas también al mismo tiempo, de modo que el incumplimiento de uno de ellos permita al otro solicitar la resolución del contrato», lo que vuelve a recordar la difícilmente escindible relación entre onerosidad y obligaciones para ambas partes, como en el caso que se estudia.

<sup>372</sup> «En el negocio oneroso, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen (...) la relación de equivalencia es subjetiva, establecida por las partes. No se exige en el Código civil una equivalencia objetiva con sus consecuencias: precio justo en la compraventa, rescisión por lesión cuando falte una equivalencia entre lo que se da y recibe, etc.», DIEZ-PICAZO, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 404.

<sup>373</sup> Elemento de distinción de la mediación frente al mandato, para RODRIGUEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 209. Para CUADRADO PÉREZ, por el contrario, «quizá no quepa conferir una relevancia decisiva a ésta característica, en aras de distinguir dichos contratos (mediación y mandato)», «Consideraciones sobre el contrato de corretaje», *op. cit.*, p. 2500.

<sup>374</sup> CARRARO, «l'onerosità è un carattere naturale, ma non essenziale della mediazione», *La mediazione*, Cedam, Padova, 1960, pp. 105 y 106.

voluntad<sup>375</sup>. Ello encuentra el obstáculo de que no todas las relaciones negociales admiten una doble modalidad, gratuita u onerosa, implicando este cambio el de la propia naturaleza del negocio, aunque no la pérdida de tal condición<sup>376</sup>. Incluso, de ser posible la dualidad, podría requerir requisitos adicionales a la mera liberalidad del bienhechor<sup>377</sup>.

Para la mediación, la relación bilateral de posiciones jurídicas presupone la onerosidad y, si bien no son conceptos equiparables<sup>378</sup>, la mutación de supuesto habrá de influir en el que lo presuponía. Así, las obligaciones o responsabilidades del mediador podrían no ser las mismas –o incluso no existir-, de ser gratuita su acción.

Desde la hipótesis unilateral de la mediación, para la que no hay más obligación que el pago del precio, no existirían los obstáculos anteriores. Cabe

---

<sup>375</sup> CUADRADO PÉREZ «Afirmar que la aceptación de una mediación gratuita supone desvirtuar este tipo negocial, sería tanto como entender que un mandato gratuito vulnera la esencia de esta suerte de contrato; o bien que un contrato de comisión gratuito colisiona con su propia naturaleza jurídica; o bien que un depósito gratuito no puede gozar de la consideración de contrato; o bien, por último, que un préstamo sin intereses carece de naturaleza contractual», *op. cit.*, p. 2504.

<sup>376</sup> Una compraventa en la que el vendedor renuncie, desde el principio, al precio de la cosa no deviene una compraventa gratuita, sino una donación. Negocio que, de naturaleza diversa, seguirá sus propias normas y principios. Cierto que otros contratos si admiten ambas posibilidades, sobre los mismos supuestos, sobre todos aquellos que siendo naturalmente gratuitos admiten la onerosidad, más que al contrario. Se trata, empero, de una cuestión compleja y discutida, en la que habría que considerar muchos otros factores, desde la simulación hasta la condonación; pasando por la donación indirecta y la renuncia; sin que sea objeto del estudio presente.

<sup>377</sup> Situación especialmente estudiada, en sede de contratos de servicios, por el Derecho del trabajo, en donde las relaciones gratuitas y continuadas, sometidas a un régimen específico y residual respecto del general, determinado por la exclusión de la mayor parte de las normas laborales y de la seguridad social. Así el art. 1.3.d del Estatuto de los Trabajadores «(...) Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley (...) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad». De la misma forma queda fuera de la descripción del trabajo subordinado del art. 2094 del Codice civil italiano, por la falta de remuneración «E prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore». Al respecto, incluyendo los problemas de determinación, fraude y prueba, que aconsejan prescindir de la categoría gratuita más que en excepciones justificadas y casi notorias, RODRÍGUEZ CARDÓ, "Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente", *Actualidad Laboral*, N.º 22, Quincena del 1 al 15 Dic. 2007, Tomo 2, Editorial LA LEY, Madrid, 2007.

<sup>378</sup> *Vid.* epígrafes 3.1.3 y 3.2., especialmente notas de 230 a 234.

plantearse, sin embargo, eliminada por la gratuidad la obligación del pago del corretaje, qué relación obligacional persistiría. Incluso, qué efectos jurídicos resultarían manifiestos o persistentes de tal relación<sup>379</sup>. Nadie podría exigir nada a nadie, ni cabría responsabilidad alguna, ni tampoco efectos materiales o jurídicos, más allá de los resultados puros de una causalidad que tampoco resulta autónoma.

Aunque la gratuidad de los negocios naturalmente onerosos pueda pasar en no pocas ocasiones por una mera hipótesis experimental, caben prácticas análogas al negocio, que sí podrían tener naturaleza gratuita y un contenido paralelo<sup>380</sup>. Así, todas aquellas situaciones en las que, sin que se dieran los elementos propios de un contrato, ni tampoco se expresara el consentimiento de las partes, uno de los sujetos promueve, de cualquier otra forma, la conclusión de un contrato pretendido por el otro, cabría apreciar una mediación de “buena vecindad”<sup>381</sup>.

Se prevendría de esta forma que, a través de la utilización de la mediación como acto jurídico, las consecuencias contractuales de la misma recayeran sobre sujetos que nunca pretendieron vincularse. Frente a la naturaleza onerosa del contrato de mediación, se enfrentaría la naturaleza gratuita de la mera acción de mediación<sup>382</sup>. No siendo un elemento esencial, nada obstaría la hipótesis del pacto

---

<sup>379</sup> En otros negocios gratuitos, aunque no haya exigibilidad hasta la consumación del mismo, se produce una consecuencia jurídica persistente (principalmente la transmisión de los derechos reales), que puede afectar no sólo a las partes, sino también a terceros.

<sup>380</sup> *Vid.* epígrafe 2.

<sup>381</sup> Incluyendo esta categoría todos los actos humanos que, desde el conocimiento del interés de un sujeto en concluir determinado negocio, causen, aun de forma natural, dicha conclusión. La cercanía de esta figura al mediador por mero acto jurídico, según a configuración de raíz italiana antes comentada, puede percibirse con mayor nitidez en el “mediatore-amico” quien, según BALOSSINI, no devengaría obligación de pago, aunque lo justifique en que la gratuidad sería, en realidad, el valor que los usos asignarían a los honorarios del mediador en tales circunstancias, conforme a lo dispuesto en el art. 1755 del *Cocice Civile*, BALOSSINI, *Usi e tariffe della mediazione in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 1959, pp. 43 a 45. En todo caso es peligroso establecer una presunción de gratuidad sobre un contrato de naturaleza onerosa, menos cuando no siempre será fácil determinar el grado e intensidad de amistad del mediador. Más sencillo resulta tomar las categorías de contrato y acto como distintas, con naturalezas diversas en cuanto a su onerosidad.

<sup>382</sup> No habiendo vínculo obligacional, no hay situación ni posición jurídica de las partes, activa a o pasiva; al margen de una eventual deuda natural. Una relación de cortesía, CUADRADO PÉREZ, “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *op. cit.*, p. 2508, aludiendo también a la consideración, por GARCÍA CANTERO, de la mediación matrimonial,

especial que hiciera gratuita la mediación, en el caso concreto<sup>383</sup>, si bien se trataría de una especialidad que no responde al modelo general, ni tampoco a la propia causa ordinaria del contrato.

Respecto a los beneficios y sacrificios a equilibrar, al margen de su valor, parece claro que los sacrificios habrían de ser el desempeño actividad prestacional del mediador, con todo lo que ello supone, y la pérdida patrimonial que implica el pago del precio para comitente. Ahora bien, mientras que el enriquecimiento con el precio es igualmente claro, en cuanto a los beneficios resulta discutible en qué se beneficia el comitente.

Cabe afirmar que el beneficio viene dado por la perfección del negocio mediado<sup>384</sup>. Sin embargo, es posible que con ello se confunda la eventual condición o elemento determinativo del cumplimiento con la relación económica de utilidad (o, en definitiva, el momento en el que la retribución se hace exigible). Así, el comitente se beneficia, en distinta medida, por los distintos grados de la actividad mediadora<sup>385</sup>.

Beneficia al comitente la información que aporte el mediador, que a su vez incidirá en la optimización de su propia oferta; como también le aprovechan las ofertas que le llegaran a través de la actividad mediadora. Tanto es así que podría redundar dicha utilidad en la decisión de no perfeccionar el contrato inicialmente pretendido, o hacerlo de modo diverso (entendiendo que la información final de la

---

como una mediación «de hecho, frecuente en determinadas regiones, sin vínculo alguno; se hace por razones de afecto, amistad o parentesco y no suscita ningún problema por su carencia de consecuencias jurídicas», “Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español”, *Anuario de Derecho civil*, Madrid, T. XVI, fasc. I, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1963, p. 40.

<sup>383</sup> «Entendemos que el carácter oneroso constituye un elemento natural del contrato de corretaje, mas no esencial.», CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 2505.

<sup>384</sup> «Es lógico que desde el momento en el que se perfecciona el negocio intermediado existe ya un beneficio para el cliente, y es a partir de ese instante cuando existe el derecho a la retribución», GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de...op. cit.*, pp. 882, 883.

<sup>385</sup> GÁZQUEZ SERRANO reconoce también que «el fundamento de la remuneración es el provecho que el cliente obtiene de la actividad del mediador».

demanda condicionará una oferta no definitiva, lo que puede ser un beneficio más que notable).

Además, desde un punto de vista causal, el beneficio lo proporcionará siempre la actividad del mediador o, por el contrario, no será él quien proporcione tal beneficio. Si todo el beneficio viene dado por la perfección -extremo demasiado simplificador e incompatible con los distintos grados de satisfacción que casi todo interés implica- nunca será el mediador actor verdaderamente parte en la obtención del mismo, pues únicamente actúa a través de su actividad<sup>386</sup>. Más aún: el beneficio proporcionado por el negocio mediado es diferenciable del obtenido por la propia mediación, como lo es el interés en cada caso<sup>387</sup>.

Cuestión distinta es que se simplifique la valoración de la relación causal entre prestación y beneficio a través de una presunción de resultado, de forma que se tome como parámetro un hecho absolutamente beneficioso, aunque parcialmente ajeno, de manera que cualquier otro beneficio, aun directo, sea desechado. No se trata por tanto de relación equivalente entre sacrificio y beneficio, como relación indiciaria entre ambos extremos. Y si bien la onerosidad es bastante ajena a la discusión sobre el contenido de las prestaciones, sirve como punto de partida para ver qué es lo que se está retribuyendo.

Además, los beneficios se han de tener en cuenta *ex ante*, respecto a cada contrato, en el momento de la perfección de los mismos. Es indiferente que, durante la vida del contrato, dichos beneficios -trasunto del interés- puedan no serlo. Así quien esperaba ganancia con un contrato, puede encontrar finalmente pérdida.

Como quiera que, conforme a lo expuesto, se trata de dos contratos independientes -aunque relacionados-, el beneficio esperado, base del ofrecido,

---

<sup>386</sup> *Vid.* epígrafe 2.2.

<sup>387</sup> El comitente pretende encontrar sujetos que puedan resultar contratantes, siendo su interés el encontrarlos, siendo, por tanto, un beneficio de información. Ulteriormente, el contrato que resulte perfeccionado gracias a dicha información, tendrá su propio interés. El hecho de que un interés pueda implicar el otro no desvirtúa la afirmación, sobre todo cuando o es una relación de causalidad necesaria, sino de adecuación (puede darse, obviamente, el segundo negocio, sin mediación).

habrá de predicarse de cada uno en el momento de su perfección. Pues bien, en el momento de perfeccionar el contrato de mediación se tendrá en cuenta el beneficio de la misma, de forma relacionada pero independiente del beneficio del negocio mediado, que habrá de considerarse cuando éste se perfeccione<sup>388</sup>.

En cuanto a la representación inicial de las dos magnitudes anteriores, cabría una relación de proporción, pero en el transcurso de la actividad mediadora podría ocurrir que se revele que aquel beneficio abstracto no se realice como tal, y que el negocio mediado pueda beneficiar mucho más, o menos, de lo previsto. Sólo desde una onerosidad autónoma, vinculada a cada uno de los contratos independientes, se permite una adecuada adaptación a dicha circunstancia.

De estar coligado el efecto retributivo de los contratos -en la hipótesis de vinculación de la retribución a la perfección como resultado-, la variación del beneficio subjetivo del comitente podría permitirle repercutirlo sobre el mediador, ajeno a tal circunstancia, no perfeccionando el contrato y negando así su obligación. Quedaría el mediador habiendo realizado una prestación, si no gratuita, al menos no retribuida.

Por otra parte, como quiera que el puro contrato de terceros no supone nunca un sacrificio -ni siquiera un acto o hecho personal- del mediatario, no puede ser un hecho retribuible en sentido estricto<sup>389</sup>. No sería un negocio oneroso, ni siquiera tendría causa, salvo que quisiera reconducirse a la donación, o algún tipo de apuesta<sup>390</sup>.

Al contrario, la actividad mediadora, que siempre supone un sacrificio para el mediador, sí que es remunerable, se condicione o no a que dé un resultado concreto, cual es la perfección del negocio mediado. En suma, lo que se remunera es siempre la actividad, que es la que única que puede beneficiar, al margen de la eventual dificultad prueba -o efectiva existencia- de dicho beneficio.

---

<sup>388</sup> No ocurre así si se entiende la mediación como una obligación "de resultado". *Vid.* epígrafe 6.

<sup>389</sup> Obviamente no puede ser retribuible para con el mediatario; sí para la propia contra parte del contrato de que se trate.

<sup>390</sup> *Vid.* epígrafe 5.

#### 4.5. Contrato de duración indeterminada.

La duración del contrato, en cuanto a la extensión temporal del desarrollo de sus prestaciones, ha de verse condicionada por el contenido y naturaleza del mismo. Fundamentalmente, si se considerase que no hay obligación en tanto no se facilita de forma efectiva el contrato mediado, difícilmente cabría clasificarlo como un contrato de tracto continuo<sup>391</sup>. Desde ese punto de vista resultaría un contrato de tracto único<sup>392</sup>, de cumplimiento instantáneo y simultáneo a la perfección del contrato promovido<sup>393</sup>.

Al tiempo, los efectos de la clasificación tienen que ser coherentes con la naturaleza de la categoría en la que la mediación se incardine. Tanto para conocer si es o no, la mediación, una relación de duración; como también para determinar, si lo fuera, la facultad de las partes de denunciar al contrato<sup>394</sup>.

De esta forma, si se entendiera la mediación como un contrato instantáneo<sup>395</sup> (o, lo que es lo mismo, sin prestación obligatoria exigible del mediador -unilateral-), no podría ser de tracto continuo ni denunciarse con esa justificación antes del

---

<sup>391</sup> Esto es, el que «produce obligación u obligaciones de ejecución permanente (como la del arrendador)», O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 203.

<sup>392</sup> Esto es, el que «produce obligación u obligaciones de ejecución instantánea (como la compraventa)» O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 203.

<sup>393</sup> Sería, por tanto, un contrato de tracto único, pero de ejecución diferida. Así parece que debiera entenderse la mediación unilateral o no obligacional o, incluso, de ejecución instantánea cuando se entienda que desde que se acuerda hasta que se consigue la mediación, es mera fase precontractual, perfeccionándose la misma en el momento en el que se consuma, CARRARO «il contratto di mediazione si concluderebbe nel momento stesso in cui viene concluso l'affare (...) nella fase anteriore alla conclusione (...) deve riconoscersi una fase precontrattuale»

<sup>394</sup> «A las obligaciones duraderas acompaña, como efecto especial, la posibilidad, en algunos casos, de ser denunciadas por una de las partes (como ocurre, por ejemplo, en el contrato de sociedad o en el de prestación de ciertos servicios)», CASTÁN, *op. cit.*, Tomo 3, p. 166.

<sup>395</sup> Así CARRARO, respecto a la mediación negocial, «La mediazione non è un rapporto di durata, non si potrebbe invocare qui l'applicazione del principio della recedibilità ad nutum dal rapporto concluso a tempo indeterminato» *La mediazione, op. cit.*, p. 93. Coherente dicha afirmación con marginación, en cuanto al vínculo obligacional, del proceso mediador en tanto no se consigue el fin del mismo.



eventual cumplimiento<sup>396</sup>. Ello, a su vez, llevaría a que una vez pactado el contrato, el mismo desplegara sus efectos *sine die* -o bien resultara desistible *ad nutum*, al margen de su duración<sup>397</sup>-.

En general, en relación con los fines causales de la mediación y la actividad que le es propia, cabe afirmar que: a) Habida cuenta la falta de certeza respecto del buen fin de la mediación, se despliega una relación jurídica por definición indefinida<sup>398</sup>; b) Como principio general del sistema contractual puede deducirse que no cabe vinculación perpetua<sup>399</sup>; c) Una vinculación totalmente indefinida resultaría contraria a la causa del contrato y la realización del mismo<sup>400</sup>.

---

<sup>396</sup> Como se verá, la denuncia presupone la necesidad de un término final, y «Los contratos de ejecución instantánea o diferida admiten un término contractual inicial; sin embargo no admiten, por su misma naturaleza, un término final» GALGANO, *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 151.

<sup>397</sup> Lo que en principio, y bajo una configuración ilimitada, no solo pugnaría con la proscripción de que los contratos puedan quedar al arbitrio de una de las partes (art. 1256 del Código civil), sino que, privando de toda certeza al contrato y las obligaciones del mismo, por tenues o unilaterales que sean, desincentivaría conforme a los criterios económicos ya expuestos su uso, cumplimiento y fines. Cuestión distinta es que se le aplicaran efectos derivados del contenido fiduciario del contrato, que se tratará en el siguiente apartado.

<sup>398</sup> Partiendo de que en ese ínterin, como se ha defendido, ya se han generado efectos que pueden no desearse como permanentes, en su indefinición temporal (vid. epígrafe 3.1.1); ello además de la dimensión económica del contrato, que existe desde la existencia del acuerdo que inicia el proceso de mediación (vid. epígrafe 4.4).

<sup>399</sup> Asimilando en este caso la duración no sólo al periodo en el que se haya de cumplir la prestación, sino, en sentido lato, al periodo en el que tenga que desplegarse cualquier efecto del contrato. DE NOVA, "Recesso", *Digesto delle discipline Privatistiche*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 318; TOFFOLETTO, "Il recesso nel contratto d'opera en el contratto di lavoro autónomo di durata", *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 989, ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Aranzadi Civil, junio, 1996, n.6, p. 18. «La posibilidad de desvinculación en las relaciones de duración indefinida (...) se convierte en un principio general de aplicación, en la generalidad de los ordenamientos» VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, Comares, Granada, 2005, p. 386. Perceptible en los artículos, del Código civil español, 400, 1052, 1583, 1594, 1704, 1705, 1732, 1733, 1750, 1775, entre otras disposiciones normativas especiales y generales). En cuanto a la doctrina jurisprudencial, por todas, STS de 22 de octubre de 1996 «la falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido de forma abusiva».

<sup>400</sup> DÍEZ PICAZO, respecto a la denuncia de contratos de duración indefinida, «El problema se plantea como una tensión entre dos fuerzas o reglas contrarias: por un lado, aparece la idea de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede nunca dejarse al arbitrio de una de las partes; por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación

En suma y más allá de la mera hipótesis, se puede concluir, como apoya la práctica, jurisprudencia y doctrina, que los efectos obligacionales de la mediación son por su naturaleza temporalmente limitados<sup>401</sup>, siendo así un contrato de duración indeterminada<sup>402</sup>. Se extinguiría entonces naturalmente el contrato, no sólo por el cumplimiento y, en su caso por la resolución (que dependerá de si se acepta la sinalagmaticidad del mismo), sino también por la denuncia<sup>403</sup>.

La denuncia no es un libre desistimiento<sup>404</sup>, sino la consecuencia de la norma general que, a través de la buena fe y la integración e interpretación de la voluntad contractual, permita terminar de forma ordenada una vinculación imperfecta, en

---

obligatoria no sea nunca indefinida ni mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de las partes, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008, p. 891-892.

<sup>401</sup> «El contrato de corretaje no está sometido a ningún tipo de plazo o limitación temporal, por lo que salvo acuerdo de las partes, el corretaje es un contrato de duración indefinida», BLANCO CARRASCO, "El contrato de corretaje", *Revista de Derecho privado*, Reus, Madrid, 1944, p. 23.

<sup>402</sup> «(...) aquéllos en los que no se ha fijado el momento de extinción y pueden, por ello, continuar en vigor hasta que un hecho nuevo (muerte de una de las partes, desistimiento o ruptura unilateral, imposibilidad de cumplimiento y otros análogos) les ponga fin», CASTÁN, *op. cit.*, T.3, p. 489. Ello sin perjuicio de las partes de pactar una duración determinada, renovable o no, que no cambia la prefiguración natural de la categoría.

<sup>403</sup> «Actúa también en este contrato la facultad de revocar, por asimilación a lo dispuesto sobre el mandato», PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, Tomo I, Nauta, 1966, Barcelona, p. 904. También sentencia del T.S. de 30 de noviembre de 1993 «que claramente establece la facultad de revocación del mandato por la parte del mandante (art. 1733 del mismo cuerpo legal) precepto aplicable al contrato de corretaje, al no haberse pactado nada en contra». También «En cualquier momento el comitente puede revocar el mandato (tomando esta palabra no en su sentido técnico), salvo que se haya obligado a no revocarlo por cierto tiempo», LARENZ, *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p.334, T. II. DÍEZ PICAZO, «Puede admitirse una libre denuncia o desistimiento unilateral, cuando, aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante, la relación obligatoria reúna las siguientes características: 1. Que se trate de una relación obligatoria duradera (...) 2. Que se trate de relaciones (...) de duración indefinida (...) 3. Que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*», en, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008, p. 892. Disiento en cuanto al último requisito, que se tratará en el siguiente epígrafe. En todo caso, la justificación de la denuncia del propio autor, en el mismo texto, también podría prescindir de esta última circunstancia que, si bien complementaria, entiendo independiente.

<sup>404</sup> No un libre desistimiento cualquiera, *ad nutum*, sino un tipo específico del mismo, con sus particulares efectos. Con todo, si se trata, en relación a la categoría general de referencia, de una suerte de desistimiento. CARIOTA FERRARA: «El desistir se permite bien porque las propias partes lo han convenido o porque es connatural a la naturaleza del negocio (...) porque se funda en la duración indeterminada de la relación o en justa causa (...)», *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 133.

cuanto a la indeterminación de la duración<sup>405</sup>. De este modo, no cabría denuncia dentro del lapso temporal al que en cada caso debiera extenderse razonablemente el contrato; ni tampoco con menor preaviso del necesario<sup>406</sup> para neutralizar un daño injusto, presuponiendo actuaciones diligentes.

La función de esta denuncia no vendría a ser la de una resolución, o rescisión, sino la única conciliación posible de un principio negativo, cual es la proscripción de vinculación perpetua, con la falta de previsión contractual al respecto. Una terminación *ex lege* que no debiera, por su naturaleza y necesidad, aprovechar ni dañar a nadie<sup>407</sup>. De ahí el preaviso que minimice o neutralice los daños<sup>408</sup>, y la ausencia natural de indemnización o contraprestación por la

---

<sup>405</sup> «la duración indefinida se convierte así en el elemento que fundamenta la operatividad del mecanismo de la resolución unilateral ad nutum en determinadas relaciones contractuales», DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, a propósito de la “resolución” unilateral del contrato de servicios, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000, p. 75.

<sup>406</sup> En contra, al menos como premisa –que reconoce necesitada de matices–, DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, *op. cit.*, «Los contratos de servicios de duración indeterminada pueden resolverse unilateralmente sin necesidad de respetar plazo de preaviso alguno, ni de indemnizar por una supuesta resolución intempestiva».

<sup>407</sup> En rigor, crear *ex nihilo* la necesidad de un preaviso no puede apoyarse en el principio general de finitud de las vinculaciones contractuales, toda vez que viene siendo una construcción mucho más específica que las meras consecuencias del mismo. Sin embargo, entiendo que la dinámica de su apreciación puede generalizarse si se tiene en cuenta las exigencias de la buena fe así como, sobre todo, la imposibilidad de fijar una fecha concreta como de finalización supuesta o razonable de un contrato. Ante la imposibilidad de interpretar dicho término, habrá de tenderse, en un contrato oneroso, en favor de la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 del código civil), lo que da en negar a ninguna de las partes la posibilidad de un desistimiento ad nutum ilimitado. Los límites serán así, al menos, dos: aquéllos que se puedan deducir del contrato, directa o indirectamente; y, en defecto de los anteriores, un plazo de preaviso razonable (que habrá de ser individualizado para cada caso, dentro de la labor interpretativa que supone) que impida la ventaja injusta del denunciante y proteja del daño a la otra parte. A favor, SSTs de 21 de abril de 1979, de 19 de diciembre de 1985 o 18 de diciembre de 1995. En contra SSTs de 22 de marzo de 1988 o 9 de octubre de 1997. En estas últimas, es posible que pesen criterios que se tratarán en el siguiente epígrafe.

<sup>408</sup> La ausencia de preaviso no supondría la ineficacia de la denuncia, habida cuenta los fines del mismo, sino la indemnización de los daños que, precisamente, estaba llamada a paliar. Ello implicaría una denuncia de eficacia obligacional, opuesta a la real, en la que el preaviso sería constitutivo. Al respecto DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000, pp. 86 y ss; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 312 y ss; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè, Milano, 1965; pp. 134 y ss. Cabría una tercera vía, que prolongaría el contrato durante el periodo de preaviso no respetado por el desistente. Ver GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso*

denuncia<sup>409</sup>, así como la persistencia de los efectos y situaciones creadas por el contrato hasta su terminación, con efectos *ex nunc*.

Cabría, en suma, incardinar la mediación en la categoría general del contrato de tracto continuo y duración naturalmente indeterminada, en vez de tratarlo como una excepción del tracto único, necesitada de una justificación en su especialidad. Por lo demás, esta categoría viene a reforzar la estructura propia de la relación bilateral, apuntando, desde la perspectiva sistemática, la obligación del mediador además de la del comitente.

No se puede concluir, empero, la dimensión temporal de la mediación y sus efectos sin ponerla en relación con su contenido fiduciario, conceptos íntimamente relacionados en sus efectos y tratamiento doctrinal.

#### **4.6. Contrato de confianza.**

Distinto a la denuncia fruto de la duración indefinida de un contrato es el posible desistimiento del mismo por una de las partes, cuando entienda imposible seguir confiando en la otra, y dicha confianza resulte determinante para la prosecución del contrato. Diferencia dada, fundamentalmente, porque no todo contrato de confianza ha de ser de duración indefinida, ni tampoco al contrario. A

---

*unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985. pp. 33 y ss. Parece razonable aceptarla parcialmente, de forma que, si bien no se extiendan los efectos del contrato más allá de la denuncia sin preaviso; sí se computen como daños los efectos beneficiosos que se hubieran podido producir, para la parte pasiva de la denuncia, durante el periodo razonable que se hubiese debido mantener.

<sup>409</sup> «Si el desistimiento unilateral que corresponde a ambos contratantes en las relaciones de duración indefinida es una facultad esencial e irrenunciable, puede establecerse, como principio, que su correcto ejercicio no puede causar daños indemnizables (...)», VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, *op. cit.*, p. 388. En contra estarían aquellos tratamientos unitarios de esta denuncia por duración indefinida y la propia de los contratos intuitus personae, aunque se tratarán en el siguiente epígrafe, puede ilustrarlo BLANCO CARRASCO, «En los contratos basados en la confianza de las partes, si bien no se puede dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de las partes, se debe admitir la posibilidad de desistir del contrato en aquellos supuestos en los que la prestación obligada no tenga un plazo de duración determinada. Sin embargo, precisamente por esta equidad se debe reconocer la obligación de indemnizar tanto los daños y perjuicios que produzca dicha resolución», "El contrato de corretaje", *Revista de Derecho Privado* - Núm. 3-4/2005, Marzo - Abril 2005, p. 24.

pesar de ello, la coincidencia natural de ambas circunstancias, así como la similitud de sus efectos, ha dado en un tratamiento ciertamente unitario por una parte reseñable de la doctrina<sup>410</sup>.

El contrato de confianza, *intuitus personae*<sup>411</sup>, es el realizado, de forma determinante, por motivo de la identidad y características del obligado a la prestación. De ahí que mantenga la relevancia de dichos motivos determinantes durante la vida del contrato, concretado en una posibilidad de desistimiento unilateral por parte del contratante que pierde dicha confianza fundamental.

Este desistimiento, que sirve como medio tutelar de los intereses del contratante que deposita su especial confianza de forma determinante, tiene una fundamentación bien distinta a la denuncia de los contratos indefinidos. Con todo, su enunciación puede resultar más sencilla que su defensa<sup>412</sup>, pues, al fin y al cabo,

---

<sup>410</sup> «En los contratos de tracto sucesivo (...) cada parte puede denunciar o rescindir la relación jurídica con efecto inmediato cuando se da para ello una “causa o razón importante”. Tal puede ser, especialmente, la desvirtuación de las relaciones de confianza por prestaciones defectuosas u otras infracciones contractuales de una de las partes.», LARENZ, *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p. 399. DÍEZ-PICAZO también lo unifica, como requisitos del mismo desistimiento: «Puede admitirse una libre denuncia o desistimiento unilateral, cuando, aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante, la relación obligatoria reúna las siguientes características: 1. Se trate de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo; 2. Que se trate de relaciones que no tengan previsto un plazo de duración temporal; 3. Que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*», DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008, p. 892. Contrario a esta confusión, RUBINO «È opinione pacifica, ed esatta, che nell'appalto il recesso assolve ad una funione, ed è giustificato da esigenze, completamente diverse che nei contratti di durata», *L'Appalto*, Trattato de diritto civile italiano, Torino, 1980, p. 441.

<sup>411</sup> GALGANO diferencia los contratos “personales” de aquéllos que son “*intuitus personae*”: «Se suele hablar, indistintamente, de contrato personal y de contrato *intuitus personae*. Sin embargo, las dos figuras difieren entre sí, sobre todo en materia de circulación del contrato», *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 298, 299. También BLANCO CARRASCO, «a pesar de ser un contrato de duración indefinida, se reconoce la posibilidad de que tanto el oferente como el corredor se desvinculen unilateralmente del mismo mediante el desistimiento o la renuncia respectivamente. Esta posibilidad se fundamenta en que los contratos basados en la confianza deben poder deshacerse ante la pérdida de la misma y en el hecho de que nadie puede vincularse a otra persona de forma indefinida», “El contrato de corretaje”, *Revista de Derecho...op. cit.*, p. 30.

<sup>412</sup> Lo niega, para la mediación, CARRARO «si deve pertanto ammettere che la facoltà di recesso nella mediazione, esercitabile in modo insindacabile dalle parti e senza alcuna conseguenza patrimoniale a carico del recedente, costituirebbe una netta deviazione dai principi seguiti dal legislatore (...) Già una situazione di questo genere potrebbe far dubitare dell'essenza del contratto di mediazione», *op. cit.*, pp. 93, 94.

en todo contrato resulta esencial una u otra confianza. Además, antes de tratar la concreta confianza del *intuitus personae* como una singularidad digna de su propio efecto, habrá que descartar el uso de remedios generales que también pudieran ser de aplicación.

La confianza sobre la persona puede adolecer, durante el desarrollo del contrato, de dos defectos: o bien la realidad de la persona no se corresponde con la representación inicial que motivó el contrato; o bien la realidad de dicha persona varía, deteriorándose o destruyéndose las cualidades que fundamentaron aquella confianza inicial.

El primer caso bien podría ser reconducible a la teoría del error<sup>413</sup>, en la que el error sobre el motivo, de ser inexcusable, no debería operar contra el contratante sobre el que se erró, si éste actuó diligentemente en la información que debió aportar sobre sí mismo.

En el segundo supuesto, ya que todo contrato de confianza conlleva una obligación de comportamiento, diligencia y fidelidad, puede parecer que la pérdida objetiva y fundada de la confianza habrá de ser correlativa a un incumplimiento contractual de aquellos deberes, lo que también podría dar lugar a legítima resolución del contrato<sup>414</sup>. En una subcategoría del supuesto anterior podrían

---

<sup>413</sup> Ahí lo trata GALGANO: «para los llamados contratos personales, la identidad o cualidades personales del otro contratante siempre son determinantes del consentimiento: es suficiente la prueba respecto del error sobre la identidad del otro contratante o, conocida la identidad, sobre las cualidades personales; posteriormente, no es necesario probar que el error ha sido determinantes de la prestación del consentimiento, al ser la identidad del contratante una circunstancia inherente a la esencia del contrato», *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 298. Ello sin perjuicio de aplicar, a la categoría, otros efectos fuera de la sede de error.

<sup>414</sup> Al contrario lo entiende SANPONS SALGADO quien, en general, prefiere el desistimiento a la resolución: «Realmente es cierto que al desistir una parte por justa causa, cuando tal justa causa consista en el incumplimiento de la otra parte, se excluye toda la responsabilidad de quien desiste y queda íntegra y con vida la acción de este último frente al otro para el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento.» *El contrato de corretaje, op. cit.*, p. 196.

integrarse aquellos supuestos en los que la pérdida de las cualidades determinantes de la confianza no se deba a la culpa de su titular, sino que resultasen fortuitas<sup>415</sup>.

Usando los instrumentos anteriores, aptos y adecuados para tratar las eventualidades aludidas, podría no ser necesaria la creación de efectos redundantes que, además, puedan resultar en realidades prácticas –y jurisprudenciales– contradictorias.

Con todo, se puede defender el uso particular de un desistimiento derivado del *intuitus personae* en algunos supuestos en los que la confianza no es el único elemento diferencial. Sería el caso en el aquél que haya perdido la confianza en la otra parte pudiera quedar obligado a sufrir la prestación que teme: que tuviera que soportarla, aun cuando hubiera perdido toda utilidad o, aun correctamente prestada, pudiera ser lesiva<sup>416</sup>.

Para estas últimas circunstancias, o bien la naturaleza del negocio prevé de forma específica el desistimiento y sus efectos<sup>417</sup>; o bien el contratante subjetivamente desconfiado (que, por tanto, no estará en situación de oponer error o resolución por incumplimiento) podrá renunciar a su propia situación activa dentro de la relación obligacional, sin afectar a sus propios deberes obligacionales<sup>418</sup>. Es posible proceder, de igual modo, no sólo por cuestiones de

---

<sup>415</sup> Así el caso de muerte de sujeto objeto de la confianza (que no pudo obligarse, eficazmente, a no morir), lesiones que impidan la ejecución de su prestación, o circunstancias análogos. Estos supuestos habrán de considerarse, bien desde remedios específicos; bien desde la consideración de que *rebus sic stantibus*.

<sup>416</sup> *Mutatis mutandi*, *vid.* nota 155.

<sup>417</sup> Así el desistimiento del mandante en el mandato (arts. 1722.2, 1723 y ss. Del Codice civile); No parece conveniente hacer una interpretación extensiva de una facultad tan particular como radical, a contratos en los que no quede patente una naturaleza absolutamente afín, en cuanto a la necesidad e idoneidad de este tipo de desistimiento.

<sup>418</sup> «La renuncia, si como se suele, equivocadamente, decir en la práctica y por algún autor, tiene por objeto el negocio o el contrato como tales, no puede sino identificarse con la revocación o con el mutuo disenso», no siendo este el caso, sino que «si tiene por objeto los efectos del negocio o de los contratos, opera directamente sobre el derecho adquirido por efecto del negocio o de los contratos, opera directamente sobre el derecho adquirido por efecto del negocio y entra, por consiguiente, en la figura general de la renuncia a los derechos», CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 576.

confianza, sino verdaderamente sin causa, respondiendo a cualquier pérdida de utilidad de la prestación para el comitente<sup>419</sup>.

En cuanto a las características y efectos que debiera tener este desistimiento (revocación, denuncia o renuncia) cabe señalar su carácter *ad nutum*<sup>420</sup>; el plazo indefinido para su ejercicio aunque se tratase de un contrato de duración determinada<sup>421</sup>; la ausencia de necesidad de preaviso<sup>422</sup>; y la necesidad de compensar los daños causados por la terminación extemporánea del contrato<sup>423</sup>,

---

<sup>419</sup> GARCÍA GOYENA, respecto a esta renuncia –que se trata en la nota siguiente- « (...) se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en extremo dispendiosos. Puede ocurrir también que la obra no le sea ya útil ni necesaria» GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, vol. III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 486. VAQUERO PINTO, enuncia: «debe reconocerse al principal, en todo contrato de servicios, un derecho de desvinculación con fundamento en la posibilidad de ahorrar el esfuerzo del prestador y con el límite de garantizar su indemnidad. Es decir un derecho de desistimiento impropio o derecho de arrepentimiento que, regulado para el contrato de obra, consiente su general aplicación al conjunto de contratos de servicios, con los límites que en su momento veremos», *El arrendamiento de servicios*, op. cit., p. 401. FINOCCHIO, «in tema di locazione di opera, il recesso unilaterale, per parte del committente, è espressamente consentito dalla legge (...) non si tratta di disposizione d'indole eccezionale, ma dell'applicazione di un principio basato sul rapporto fiduciario», *La mediazione nell Diritto italiano*, op. cit., p. 261.

<sup>420</sup> FINOCCHIO «Il committente non ha d'uopo di enunciare e giustificare i motivi, che lo inducono a recedere dal contratto», *La mediazione nell Diritto italiano*, op. cit., p.261.

<sup>421</sup> FINOCCHIARO, «Quando invece le parti determinano il tempo entro cui il rapporto si dovrà svolgere, allora si rientra nella regola generale propria dei contratti fiduciari a titolo oneroso (...) Il committente avrà diritto di revocare al mediatore l'incarico, ma se non esiste una giusta causa di revoca, dovrà risarcire il mediatore del mancato guadagno», *Il contratto di mediazione*, N. Giannotta, Catania, 1922, p. 147.

<sup>422</sup> En contra DIEZ-PICAZO, si bien niega la compensación como principio de esta denuncia, lo que compensa la necesidad de preaviso –dentro del tratamiento unitario que hace de la confianza y la duración indefinida. «La declaración de denuncia debe ser hecha de buena fe (...) puede imponer, según los casos, la existencia de un plazo de preaviso o la necesidad de una prolongación de la relación durante un tiempo razonable, con el fin de permitir que la otra parte adopte las medidas necesarias para prevenir la situación que a ella le crea la extinción del vínculo obligatorio y para evitar los perjuicios que se le pueden producir (...) la violación de la buena fe no impide la extinción de la relación y crea únicamente un deber de resarcimiento de los daños, que se concreta en el pago de las retribuciones por el tiempo de preaviso no respetado», *Fundamentos de Derecho civil II*, op. cit., p. 893.

<sup>423</sup> «Il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il laoro, tenendo indenne però l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tuto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa» STOLFI, *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934, p. 191, siguiendo la clara previsión del Código civil, respecto a los contratos de servicios, en su art. 1671 (aunque, por ser la cita anterior al actual Código, refiere su comentario al art. 1641): «Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga



generalmente concretados en los gastos devengados<sup>424</sup> y la pérdida de utilidad sufrida por la terminación<sup>425</sup>. Extremos todos dados por la perentoria exigencia de extinción de aquellas actividades que pudiera realizar aquél sobre el que haya cesado la confianza, incompatible por naturaleza con la interposición de cualquier plazo.

---

indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno ». De forma análoga lo dispone el Código civil, en su art. 1594 «El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella». Al respecto, GARCÍA GOYENA, «Ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues, se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra; y al mismo tiempo se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en extremo dispendiosos. Puede ocurrir también que la obra no le sea ya útil ni necesaria» *Concordancias...*, vol. II op. cit., p. 486. Abunda y precisa PUIG BRUTAU «el hecho de que esta facultad sólo procede a cambio de indemnizar al contratista en la forma expresada, permite indicar que no se trata de una excepción a la norma de que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. El interés sustancial del contratista en la realización de la obra queda completamente satisfecho y el comitente podrá ahorrarse la diferencia que, por encima de la ganancia neta de aquél representaría el gasto de ejecución total de la obra» , *Fundamentos de Derecho civil II*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 477. El problema, para el Derecho español, sería la aplicación genérica de dicha disposición, en sede de obra, al contrato de servicios en general. Es favorable a ello LÓPEZ LÓPEZ, “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, *Contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995, p. 46; DELGADO ECHEVERRÍA, en (AAVV) *Elementos de Derecho civil, II*, vol. 2, 3 ed, Dykinson, Madrid, 1995, p. 223. también favorable TSS de 30 de mayo de 1998. En contra SAP Sevilla, 9 de junio de 1994.

<sup>424</sup> Éstos son reconocidos de forma extensiva, salvo pacto en contrario, en el artículo 1756 del Codice civile: «Salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso». Empero, no ha de referirse a esta denuncia, sino a cualquier forma de terminación del negocio (así, por ejemplo, la finalización de una duración determinada, o un mutuo disenso, además de imposibilidad sobrevenida u otras formas).

<sup>425</sup> Esta consecuencia podría hacer que no se trate de una pura renuncia pues, en ese caso, el pago sería no indemnizatorio, sino retributivo, como contraprestación. El equilibrio podría alcanzarse si se trata esta “compensación” de la utilidad como un punto intermedio entre la indemnización y la retribución, en el entendido que el pago íntegro de lo pactado, para las prestaciones sinalagmáticas, podría dar en un enriquecimiento injusto cuando los costes propios de la prestación renunciada -incluido el tiempo- no se tengan que asumir y, más aún, puedan invertirse en otros fines simultáneos al que debió ser. Al fin y al cabo se trataría de una renuncia onerosa, no gratuita -aunque siempre unilateral-. FINOCCHIO «L'indennità sarà rappresentata dalla provvigione, che il mediatore avrebbe lucrato, sotto deduzione dell'importo presumibile del lavoro, ch'egli avrebbe dovuto impiegare, a giudizio del magistrato», *La mediazione nel Diritto italiano*, S.A.I.G.A. Fratelli Armanino Ed., Genova, 1915, p.262.

Al margen de la posición defendida, para la mediación no pocos autores defienden una facultad de denuncia por pérdida de la confianza mucho más amplia<sup>426</sup>; prácticamente incondicionada<sup>427</sup>; sin necesidad siquiera de indemnizar por la denuncia<sup>428</sup>; trasponiendo incluso la propia regulación del mandato a tal

---

<sup>426</sup> LARENZ, *Derecho de Obligaciones, op. cit.*, «En cualquier momento el comitente puede revocar el mandato (tomando esa palabra no en su sentido técnico), salvo que se haya obligado a no revocarlo por cierto tiempo; pero aun cuando se trate de esta hipótesis, siempre tiene derecho a rescindir el contrato por motivos importantes cuando su confianza en el corredor haya desaparecido»; p. 334. CREMADES, «Es evidente que se debe reconocer una facultad de desistir del contrato a cualquiera de las partes, de manera que por voluntad unilateral de cualquiera de ellas, el contrato se resolvería, y esto lo aproxima al arrendamiento de servicios, al mandato, a la comisión mercantil, incluso a la sociedad colectiva. En estos casos es la pérdida de confianza, la aplicación del principio *intuitu personae* que este tipo de relaciones poseen, lo que permite precisamente el desistiendo anticipado de las partes», *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 73.

<sup>427</sup> SANPONS SALGADO, «El simple desistimiento de cualquier parte es bastante para que se extinga el contrato», *op. cit.*, p. 193. «Quizá parezca excesivo pero no lo es tanto, el que nos refiramos a la resolución del contrato de corretaje por incumplimiento, cuando el simple desistimiento basta para que se extinga» p. 196; «El contrato de corretaje, sino queda sometido a plazo, es revocable en cualquier momento», p. 200. Lo justifica en que «es principio general de Derecho que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una sola parte. No obstante, en la generalidad de los contratos de trabajos y gestión, sentó ya el Derecho romano el principio contrario y ya tradicional (...) según el cual, el mandante, el comitente y ahora el oferente pueden revocar el contrato que les vincula, a voluntad (...) El fundamento de tales normas (...) se justifica en que siendo la confianza base cardinal de estos contratos, desaparecida ésta, la voluntad del confiante puede poner término al contrato, porque, de lo contrario, éste perdiera su esencia convirtiéndose en una verdadera enajenación de la personalidad», pp. 201-201, *El contrato de corretaje*. BUSTO LAGO, en *Tratado de contratos*, Tomo II, Rodrigo Bercovitz-Cano (director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 3092, «a la decisión unilateral de cualquiera de las partes del contrato de mediación se le ha concedido por la doctrina jurisprudencial virtualidad extintiva de la relación contractual; alcanzando incluso a aquellos en los que se haya pactado una duración determinada o la atribución en exclusiva del encargo». Así STS 30.11.1993; 22.10.1996; o 9.10.1997, entre otras. «la razón de ser de la eficacia extintiva del contrato del desistimiento del comitente radica en la consideración del contrato como concertado en su interés, de manera que debe ampararse la eficacia revocatoria o extintiva del cambio de voluntad del comitente que haya perdido el interés en la continuidad de la ejecución de la gestión encomendada». STS de 19 del 12 de 1985. Le otorga, además, efectos *ex tunc* «con restitución de las cantidades que haya podido recibir el mediador»; «con todo, si la decisión unilateral de una de las partes que provoca la extinción del contrato de mediación conlleva la causación de daños o perjuicios a la otra, una vez acreditados éstos pueden amparar el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual». FINOCCHIARO, cuando no se haya fijado una duración determinada, «È noto infine come il mediatore non abbia diritto a compenso se le parti gli revocano l'incarico sia avvenuta per privarlo della provvigione», *Il contratto di mediazione*, Catania, 1922, p. 146.

<sup>428</sup> Teniendo que rembolsar el contratante desconfiado sólo los gastos ocasionados. Así YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, p. 500, respecto del contrato de servicios en general,

efecto<sup>429</sup>; o haciéndola una suerte de cláusula tácita emanada de la voluntad de las partes<sup>430</sup>. De forma más amplia lo entiende también la doctrina jurisprudencial española<sup>431</sup>.

Queda no obstante dirimir si efectivamente resulta la mediación, de forma natural, un contrato de confianza de esta intensidad y con estos efectos<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> PUIG PEÑA, «actúa también en este contrato la facultad de revocar, por asimilación a lo dispuesto sobre el mandato», *Compendio de Derecho civil*, Tomo I, Nauta, 1966, Barcelona., p. 904.; GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, «En cuanto a la extinción del servicio de corretaje habrá que estar, por analogía, a las reglas sobre extinción del mandato, con las indemnizaciones, en su caso, que procedan por las gestiones o servicios ya realizados por el mediador», *La mediación inmobiliaria, op. cit.*, p. 70.

<sup>430</sup> MARCORA, «si potrebbe osservare che colui il quale dà l'incarico al mediatore o ne accetta l'attività, vuole per definizione emettere una promessa revocabile di ricompensa», *La mediazione*, n. 13. Milano, 1943, p. 38.

<sup>431</sup> BUSTO LAGO, en *Tratado de contratos*, Tomo II, *op. cit.*, p. 3092, «a la decisión unilateral de cualquiera de las partes del contrato de mediación se le ha concedido por la doctrina jurisprudencial virtualidad extintiva de la relación contractual; alcanzando incluso a aquellos en los que se haya pactado una duración determinada o la atribución en exclusiva del encargo». Así STS 30.11.1993; 22.10.1996; o 9.10.1997, entre otras. «la razón de ser de la eficacia extintiva del contrato del desistimiento del comitente radica en la consideración del contrato como concertado en su interés, de manera que debe ampararse la eficacia revocatoria o extintiva del cambio de voluntad del comitente que haya perdido el interés en la continuidad de la ejecución de la gestión encomendada». STS de 19 del 12 de 1985. Le otorga, además, efectos extunc «con restitución de las cantidades que haya podido recibir el mediador»; «con todo, si la decisión unilateral de una de las partes que provoca la extinción del contrato de mediación conlleva la causación de daños o perjuicios a la otra, una vez acreditados éstos pueden amparar el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual».

<sup>432</sup> A modo de introducción, no ve el dicho carácter CREMADES: «Ello hace que ya no tenga mucho sentido hablar de relación intuitu personae, siendo lo importante, el profesional que por sus propios medios pueda conseguir la conclusión de dicho negocio pretendido.» *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 74. Al contrario RODRÍGUEZ RUIZ: «*Intuitu personae* es una nota diferencial del corretaje (...). Efectivamente el API es un profesional, con unos conocimientos técnicos, con un prestigio o reputación, una honorabilidad concreta y determinada, en los que deposita su confianza el oferente, que pone en sus manos cualquier inmueble de su propiedad (puede ser su hogar) para que encuentre un comprador o un arrendatario al mismo, o bien el deseo de alcanzar la propiedad o el arrendamiento de una vivienda o de un local, que puede constituirse en su futuro hogar o erigirse en su principal, cuando no exclusivo, medio de vida», *El contrato de corretaje inmobiliario*, p. 272; aunque parte de la anterior regulación del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, que limitaba el elemento subjetivo del contrato, y acaba reconociendo que «Cada día es más acusada la tendencia a la constitución de sociedades profesionales de API en las que el "intuitus personae" cede paso al "intuitus instrumenti"», p. 273. También FINOCCHIO, «Caratteristica del contratto di locazione di lavoro, di cui la mediazione è una sottospecie, è la fiducia, che forma il presupposto delle scambievoli relazioni fra le parti», *La mediazione nel Diritto italiano*, S.A.I.G.A. Fratelli Armanino Ed., Genova, 1915, p. 146.

La pérdida de la confianza implica una eventual lesión sobre el interés de quien la teme pero, en el caso de la mediación unilateral, parece no ser posible tal perjuicio. Lo único que podría ocurrir, fruto de la actividad mediadora, es una oferta dirigida al contrato para el que se medió<sup>433</sup> (u otro estadio precontractual), que siempre se podrá rechazar, pues el comitente no quedaría obligado a perfeccionar el contrato<sup>434</sup>. Por tanto, sólo tendría sentido al terminación del contrato desde una perspectiva bilateral<sup>435</sup>.

En una mediación bilateral en la que el mediador desempeñara una prestación progresiva y remunerable –total o parcialmente–, las actuaciones del mediador, confiables o no, podrían continuar generando su remuneración en el tiempo. Con todo, no parece tanto un problema de riesgo en la ejecución, como de eventual incumplimiento y prueba del mismo.

Por otra parte, en la práctica del tráfico jurídico no siempre se tiene por qué dar –ni se da– la relación de confianza personal que presupone el *intuitus personae*<sup>436</sup>. Al contrario, en todos los casos en los que el mediador no sea más que la

---

<sup>433</sup> Otro tipo de perjuicios contractuales residuales, cual podrían ser la transmisión de información que el comitente, después de iniciado el contrato, prefiriera reservar, pueden ser reconducidos a las obligaciones de comportamiento del mediador, o a su incumplimiento. Por su parte, un comportamiento que dificultara o imposibilitara la perfección del ulterior contrato, resulta remota si no es intencionada –en cuyo caso se alejaría del problema de la falta de confianza–.

<sup>434</sup> La posibilidad de pagar la retribución más allá del momento en que se querría es un problema no de confianza, sino de duración (*vid.* epígrafe 4.5).

<sup>435</sup> Al contrario, LARENZ propone que «El corredor por su parte puede rescindir el contrato en todo momento, cuando no se obligó a su realización», *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, p. 335. Sin embargo, si no se obligó a nada, y los deberes accesorios de la mediación, dentro de la hipótesis de la unilateralidad, han de estar unidos a la eventual acción (de forma que la inacción no puede contravenirlos), no parece que le pueda aprovechar tal rescisión. Al contrario, pudiendo serle oneroso en un futuro, lo único razonable sería mantenerlo sin actuar, por si surgiera una ocasión de provecho. También es contrario SANPONS SALGADO, quien, al respecto de la renuncia del mediador, afirma que «impedir a una persona que renuncie libremente a un trabajo que ha aceptado realizar sería una supervivencia de la servidumbre de la gleba de las behetrías medievales», en *El contrato de Corretaje*, *op. cit.*, p. 208, estando ello referido, además, a la mediación unilateral –sin obligación para el mediador– pues aclara «podría aducirse, como excepción a esta regla, el supuesto de que el corretaje constituya una cláusula de un contrato sinalagmático», de forma que cuando la actividad de mediación sí sea una obligación real.

<sup>436</sup> Tampoco se podría presuponer por tratarse de un contrato de servicios. Así MORENO QUESADA: «No hay categorías contractuales que de por sí objetivamente sean de las

dimensión personal de una entidad profesional, tenderá a pesar más la confianza en dicha entidad que en sus integrantes, fungibles cara al servicio requerido<sup>437</sup>. Ello no impediría apreciar, en los mismos términos, un *intuitus* respecto a las cualidades de aquella entidad, pero habida cuenta la impersonalidad de la misma, bien podría exigir algo más de rigor a la hora de alegar una pérdida objetiva de la confianza.

De hecho, podría proponerse una interversión de los sujetos y objetos de confianza en las hipótesis en las que la totalidad de la retribución del mediador dependiera de la efectiva perfección, por el comitente, del contrato. En estos supuestos el mediador desenvuelve su actividad únicamente en la esperanza de conseguir tal perfección y, con ella, su contraprestación<sup>438</sup>. Así, la confianza relevante sería aquélla que deposita en el comitente, quien, sin ningún estímulo

---

celebradas *intuitu personae* y otras que, por el contrario, no tengan esa clasificación (...)), "Contratos de prestación de actividad en servicio ajeno", *Curso de Derecho civil*, T. II, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 473. También RUBINO «non esiste una vera e propria categoria giuridica di contratti conclusi intuitu personae, cioè di tipi contrattuali che nelle loro applicazioni concrete presentino sempre una particolare considerazione della persona dell'altro contraente (...)», *L'Appalto*, Trattato de diritto civile italiano, Torino, 1980, p. 62. En contra de éstos, RODRÍGUEZ RUIZ, «Como señala nuestra doctrina al analizar los contratos de prestación de servicios profesionales se trata de contratos, que al igual que del corretaje, se celebran "en atención a las cualidades personales del profesional"», p. 272. También CREMADES, «No cabe duda que el arrendamiento de servicios está basado en una relación de confianza (...) de tal manera que con la pérdida de dicha confianza no tiene sentido que continúe vivo el nexo contractual entre las partes», *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 73, si bien más adelante desmarca a la mediación de esta categoría general.

<sup>437</sup> Defiende VAQUERO PINTO el principio de fungibilidad general del deudor: «la regla general en punto a la fungibilidad del deudor puede derivarse de la regulación relativa al contrato de mandato. La consecuencia inmediata es evidente: el *intuitu personae* nunca se presume y debe ser probado para que entren en juego sus consecuencias», *El arrendamiento de servicios*, *op. cit.*, p. 482. Parcialmente contrario GARCÍA GOYENA pues, al comentar el artículo 1100 del Proyecto (antecedente del 1161), aunque dicho artículo estableciera la necesidad de pacto expreso para apreciar la personalidad del contrato, defiende que «En las obligaciones de dar, el interés del acreedor consiste en que se de o pague por el deudor o por un tercero: en las de hacer, el caso es muy diverso, cuando expresa o tácitamente se han elegido la industria y conocimientos o calidades personales del deudor», *Concordancias...*, vol. III, *op. cit.*, p. 129.

<sup>438</sup> De poco sirve la posibilidad del mediador de no hacer, si no estuviera obligado; o de renunciar si lo estuviera; pues el problema sólo se proyecta en los casos en los que se presupone que ya ha comenzado a actuar, quizá en vano. Un problema de proyección de la onerosidad de la propia actividad, que, sin más recursos, acaba enfrentándose a un dilema del prisionero en el que, además, la reputación o la confianza de la repetición es difícilmente aplicable, toda vez que el elemento estático es el mediador, siendo el dinámico, de ordinario, un comitente variable.

más allá de su propia honradez, deberá permanecer en su intención inicial de contratar; o bien comunicar cualquier cambio al respecto.

De lo anterior se infiere, una vez más, la importancia de una relación bilateral que distribuya prestaciones y contraprestaciones; de forma que el estímulo para el comitente sea la remuneración de la actividad de mediación. En este supuesto ambas confianzas resultarían relevantes, sin perjuicio de que resultaran neutralizadas, en gran parte, por la interpretación restrictiva de la misma que aquí se propone.

Por tanto, se propone que el contrato de mediación no reviste, con carácter general, los elementos específicos que justifican los efectos típicos de los contratos *intuitus personae*, aunque no sea una posición pacífica ni mayoritaria. Ello no impide la posibilidad denuncia del contrato con preaviso y sin indemnización, en caso de que se trate de un contrato de duración indefinida; o la terminación del contrato *ad nutum* y compensando la pérdida de utilidad a la otra parte, en la mayor parte de los casos<sup>439</sup>.

Por lo demás, el *intuitus personae* no es la única categoría relativa a la confianza<sup>440</sup>, derivándose de ésta consecuencias distintas como deberes reforzados

---

<sup>439</sup> Sobre esta última característica, hay quien la entiende natural y no esencial. «Per converso, sempre con apposita clauola contrattuale, si può anche stabilire che il committente abbia diritto a recedere solo in casi determinati, o solo per "gravi" o per "giusti" motivi» RUBINO, *L'Appalto*, Trattato de diritto civile italiano, Torino, 1980, p. 440. Serían discutibles dichas limitaciones, en la medida que se mantenga la indemnidad contractual para el otro contratante, que difícilmente podría oponerse si no es perjudicado. El propio autor reconoce los límites de esta limitación, pues sigue «Sarebbe però da ritenere nulla, perchè immorale, una esclusione assoluta del diritto di recesso per il committente».

<sup>440</sup> De hecho, es difícil imaginar una situación con una menor carga de *intuitus personae* como la relación empresario-trabajador (en un mercado laboral teórico-competitivo), para la que, sin embargo, persiste un deber de confianza de importancia determinante. Esta clase de confianza, lejos de ser una especialidad laboral, trae causa de normas originariamente mercantiles, derivadas de relaciones de servicios análogas a la tratada. Sobre dicho origen, MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 55 y ss. Concibiéndolas como un vínculo relativo a la colaboración entre las partes, también aplicable, MAZZONI, en TRIONI, G, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Torino, 1982, p. 248. Tomando como referencia los servicios profesionales liberales, la prestación de defensa jurídica, por una empresa proveedora de los mismos, podría "fungibilizar" al letrado, sin perder el carácter de confianza de la relación con el comitente, ni por ende los deberes emanados de la

de lealtad, información o confidencialidad, además de generar concretas expectativas a las partes e integrar el modelo de diligencia exigible.

#### 4.7. Imparcialidad del mediador.

Relacionado tanto con el régimen de duración y, en su caso, terminación del contrato como con la relación de confianza, no necesariamente *intuitus personae* entre las partes, queda la imparcialidad<sup>441</sup> del mediador como elemento característico del contrato.

Aunque esta imparcialidad formara parte del deber prestacional del mediador y no tanto de la naturaleza del contrato, su carácter diferencial respecto de otros contratos afines<sup>442</sup>, así como su relevancia a efectos de cumplir la función del contrato, merecen justificar el que la imparcialidad suponga una prestación natural a la mediación o, al menos, un elemento natural que integrará la prestación mediadora diligente.

En coherencia con la consideración sinalagmática del contrato, el mediador debe cumplir su prestación, y hacerlo de forma leal con el comitente. Además, deberá hacerlo de forma imparcial<sup>443</sup>; aunque ésta no sea una afirmación

---

misma. Así, para dicho tipo de profesionales, «El alcance de las obligaciones (...) de cualquier otro profesional, deriva del alcance de esta confianza, que a su vez depende no sólo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar (artículo 1104 I CC).» entendiendo también -y de forma más discutible- que «a través del principio de confianza, adquieren los deberes deontológicos de carácter profesional como criterio de imputación de responsabilidad», XIOL RÍOS, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Anales de la Academia Matritense del notariado, , tomo 49, Edersa, Madrid, 2009, pp. 561-584.

<sup>441</sup> Resulta difícil, en sí mismo, delimitar qué se entiende por imparcialidad. Si bien pudiera simplificarse en proscripción de beneficiar negociablemente a una parte en perjuicio de la otra, presupone, a su vez, determinado tipo de relación con el tercero que ha de perfeccionar el negocio con el comitente que, a su vez, pueden resultar discutibles. Asumiendo la hipótesis de “mediación activa”, quizá puede reducirse, por los motivos que se verán, a una especificación del deber de buena fe, concretada en una lealtad hacia ambas partes del futuro negocio mediado.

<sup>442</sup> Vid. epígrafe 9.4.

<sup>443</sup> «In realtà il mediatore, come esattamente ha colto la giurisprudenza, opera in modo imparziale mantenendo la terzietà per come (..) egli è un professionista che si occupa “di affari” e

indiscutida<sup>444</sup>.

El mediador que es imparcial de forma natural lo será frente al comitente, pero también frente a los terceros con los que tenga que ejercer su actividad mediadora<sup>445</sup>. Ello lleva a que de la ruptura de la imparcialidad en aras de favorecer, injustamente, a su comitente, podría derivar en responsabilidad por

---

ne promuove la conclusione», D'ETTORE, MARASCIULO, D., *La mediazione, tra modello normativo e prassi negli affari* (a cura de GALGANO, F), (Trattato diritto comm. pubbl. econ.), Cedam, Pavoda, 2011, p. 33. «Un altro obbligo del mediatore tipico (...) è quello dell'imparzialità (...) si può dunque affermare che l'obbligo dell'imparzialità è un effetto naturale del rapporto di mediazione tipica», CARRARO, *La mediazione, op. cit.*, p. 116; teniendo en cuenta sus consideraciones sobre la mediación típica, confrontada a la negocial. También «Según nuestra opinión, dentro de la prestación a la que se compromete el mediador con el oferente, no sólo se incluye la interposición imparcial del mismo para facilitar la conclusión de un negocio, sino también la búsqueda de eventuales interesados en llevar a cabo dicho negocio con el mencionado proponente» CUADRADO PÉREZ, "Consideraciones sobre el contrato de corretaje", *op. cit.*, p. 2526. De forma atenuada, prefiere limitar el contenido de la imparcialidad PERFETTI que habla no de deber de imparcialidad en sentido propio, sino de que únicamente se deba «postularsi la necessaria terzietà rispetto alle parti», *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Milano, 1996, p. 57. Del mismo modo MARINI, A, *La mediazione, op. cit.*, «Riferita al mediatore la c.d. imparzialità vale solo ad esprimere la sua terzietà e cioè la posizione di terzo rispetto alle parti dell'affare(...)» p. 55. Sin embargo, «tra questi due aspetti (imparzialità e terzietà) esiste una connessione strettissima: la terzietà, che postula l'assenza di vincoli e di rapporti di soggezione formale o sostanziale, non può realizzarsi se il mediatore non è tenuto anche all'imparzialità (...)», D'ETTORE, MARASCIULO, D., *op. cit.*, 33.

<sup>444</sup> En contra, « en nuestra opinión, el corredor no está obligado, con carácter general, a actuar de modo imparcial, sino que actuará en beneficio del comitente, procurándole la conclusión del negocio en las condiciones más ventajosas posibles», QUINTÁNS EIRAS, M., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Cuadernos mercantiles, Madrid, 2000; pp. 293-394. También contrario es SANPONS SALGADO, M., para quien «el corredor sólo está obligado a ser imparcial en sus gestiones cuando se compromete a ello», *El contrato de corretaje, op. cit.*, p. 138, y sigue «el corredor tiene la obligación de defender el interés de la persona de quien recibe el encargo(...)» p. 140; si bien cuando ejemplifica su postura reconoce que «la naturaleza del corretaje se acerca, en este sentido, mucho más a la del mandato o a la de la comisión mercantil», p. 139; lo que en realidad podría llevar, una vez descartada la unilateralidad de la mediación, a que, en casos como los que propone (corredor socio del comitente) verdaderamente no se trate de mediación, sino de mandato o comisión. Tampoco favorable a la esencialidad de la imparcialidad, en la doctrina italiana, VISALLI, *op. cit.*, «(...)l'imparzialità non può essere inquadrate fra gli elementi costitutivi della fattispecie, giacché, per essere considerata tale, dovrebbe rappresentare un presupposto costante di essa, essenziale, cioè, alla sua esistenza» pp. 39-40, y concluye «(...) la configurazione di un ulteriore obbligo (d'imparzialità) accanto a quello di comunicazione, previsto dall'ordinamento, si dimostra inutile se non addirittura forviante» p. 42.

<sup>445</sup> «Es cierto que debe evitarse en la medida de lo posible que el corredor utilice su posición privilegiada en la negociación para beneficiar más a una parte que a otra, dada la imparcialidad que debe regir su actuación» BLANCO CARRASCO, M., *El contrato de corretaje, op. cit.*, p. 168.



hecho ilícito<sup>446</sup>, de la que habría de responder frente al tercero<sup>447</sup>. Incluso podría darse la imparcialidad como un doble deber contractual independiente cuando medie para ambas partes, extremo perfectamente posible<sup>448</sup>. En su hipótesis extrema, habida cuenta el concreto tipo de actuación del mediador, tendente a inducir actos de disposición ajenos, podría incluso resultar una infracción penal<sup>449</sup>.

Puede parecer extraño que, debiendo tender en su acción obligada a la satisfacción del interés subjetivo de la contra-parte, pueda el mediador actuar con la imparcialidad referida. Sin embargo, es la forma más eficiente de conseguirlo, conforme a la función del contrato y las expectativas generadas por el mismo, entre las partes y también frente a los terceros.

La conciencia de los terceros de que la información que proporciona el

---

<sup>446</sup> Entiende FINOCCHIARO que no hay una sanción jurídica para la actuación parcial del mediador, si no que este deberá responder por dolo «A mio avviso il violato obbligo dell'imparzialità non cade sotto una diretta sanzione, la quale ne dimostri il fondamento giuridico», *Il contratto di mediazione*, op. cit., p. 156.. Ello no obstante entienda el propio autor que «Il buon mediatore deve essere imparziale, il che non toglie che resti mediatore anche chi, nell'esercizio della sua funzione, operi prevalentemente a vantaggio di uno dei contraenti», p. 156. En cuanto a la consecuencia de la parcialidad mediadora, la aplicación del dolo y sus efectos podría no ser siempre homogénea para un sujeto no parte en el contrato viciado (el art. 1269 del Código civil habla de dolo entre partes). Al margen de la eventual problemática si podría imputarse al comitente el dolo del mediador, aun sin representación, frente al propio mediador la consecuencia será, casi siempre, la indemnización por los daños causados.

<sup>447</sup> En contra MARINI «la responsabilità del mediatore (...) risulta, comunque, circoscritta alla mancata comunicazione di circostanze di fatto a lui note che possano aver determinato una erronea valutazione delle parti circa la convenienza o la sicurezza dell'affare, senza che possa, invece, farsi carico al mediatore di una attività valutativa e consultiva che, anche se in fatto prestata, resta giuridicamente irrilevante», *La mediazione*, op. cit., p. 55. Con todo parte el autor de una "mediación pasiva", cuya posibilidad o conveniencia no se discute ahora.

<sup>448</sup> «Cuando el mediador ha recibido de dos personas un encargo coincidente (...) tendrá derecho a cobrar de ambos el precio de la mediación. En este supuesto habrá un conflicto de intereses que el mediador deberá salvar con una gestión imparcial, que es la característica del puro mediador» GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil... op. cit.*, p. 127.

<sup>449</sup> En el entendido de que, si se presentara como mediador y, por ende, aparentara ser imparcial, toda información que aportara desbordando dicha cualidad podría ser considerada, conforme al artículo 248 del Código penal «engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno»; o conforme al art. 640 del Codice penale «artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno». Cabe diferenciar, por supuesto, la acción típica de la estafa de la mera promoción comercial, si bien el elemento esencial en la posible calificación penal es que el engaño no se sitúa tanto en el tratamiento del producto u oferta del comitente, sino en la apariencia de imparcialidad, respecto al tratamiento anterior.

mediador ha de ser obligadamente imparcial –aun contando, como siempre, con la posibilidad del incumplimiento- induce a una mayor confianza y, por ende, una mejor representación intelectual del negocio a perfeccionar. A mayor información menor percepción y prima de riesgo que limite la propia oferta, de donde vendrá un mayor provecho económico, también, para el comitente<sup>450</sup>.

Además, para conseguir el consentimiento, también del comitente, el mediador activo se beneficiará de la información conocida de la voluntad real de las partes. Voluntad que no le será declarada de forma completa si se percibe que dicha información en vez de determinar el mejor equilibrio, puede utilizarse para forzar un acuerdo sustentado en las vulnerabilidades expuestas.

Si lo que de verdad pretende el comitente es encontrar un auténtico consentimiento sobre su oferta –sea dinámica o estática-, todo comitente se verá beneficiado por la obligación de imparcialidad del mediador, incluso contra sus propios intereses, y siempre en el marco de la lealtad contractual.

Si, por el contrario, se pretendiese una promoción no del negocio en sí, sino del objeto que se oferta, o de las concretas condiciones de que se trate, la imparcialidad resultará un obstáculo. En este caso se estaría desbordando el contenido de la mediación, aproximándose a otras figuras contractuales cercanas, como el mandato<sup>451</sup>, agencia<sup>452</sup> o la comisión mercantil.

En suma, la importancia de la imparcialidad queda atenuada en la medida

---

<sup>450</sup> En una formulación más extrema, sobre los mediadores inmobiliarios, «La actuación interesada o parcial casi con toda seguridad derivaría en un fracaso en el acercamiento de las partes» GARCÍA-VALDECASAS, *op. cit.*, p. 80. Mucho antes, en un sentido indiciario de lo mismo –aunque más incidente en la causa-, FINOCCHIARO «L'attitudine imparziale del mediatore è opportuna, in quanto colrisce la funzione economico-giuridica da esso esplicata», *op. cit.* p. 156.

<sup>451</sup> De hecho la Corte Suprema italiana entiende que determinados supuestos de mediación profesional con representación de los intereses del mandante, no supone una especie de mediación, sino de mandato, aplicándose las normas de este y no de aquella. Así Cass. N. 16382/2009; Cass. N. 24333/2008; o Cass. N. 19066/2006.

<sup>452</sup> «El mediador actúa en interés de los dos futuros contratantes, con una imparcialidad que le es sustantiva; el agente actúa parcialmente en interés de la casa, sin que la parcialidad pueda confundirse nunca con la deslealtad contractual», FLORES MICHEO, R.J.C., marzo-abril, vol. LXXIV, 1957, p. 105.

que las obligaciones de buena fe, lealtad e información del mediador –respecto de una u ambas partes del negocio mediado-, limitan su capacidad de actuar parcialmente. De hecho, en el espacio libre que resta, fundamentalmente de pura negociación<sup>453</sup>, es objetable la utilidad o obligatoriedad de la parcialidad del mediador.

De una parte, como ya se ha dicho, si no entendiéndose el tercero al mediador como imparcial, poco o nada aportaría el mediador, en sí mismo considerado, a la actuación del comitente en su lugar. De hecho, si algo aportase, sería como negociador<sup>454</sup> o, en su caso, como representante. Figuras ambas, en este caso, más próximas al mandato<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> Para AZZOLINA, quien no cree necesaria la imparcialidad para la actuación de un mediador que, contratado por una parte, será naturalmente parcial a favor de ésta, «Se la volontà delle due parti (...) debbono giungere all'in idem placitum (...) nella maggior parte dei casi, il compito affidato all'opera del mediatore, [è] che deve persuadere, contraddire, blandire e incoraggiare o scoraggiare di volta in volta l'una o l'altra parte, spesso apparentemente anche contro l'interesse di questa ma in realtà a suo favore».

<sup>454</sup> La negociación interesada, sin necesidad de ser conceptualizada aquí como se ha hecho con la mediación, no coincide jurídica ni semánticamente con la mediación, pues mientras una supone acercar posturas, la otra intenta mantener una de ellas estática. No se trata de figuras incompatibles, ni faltas de relación, pero sí distintas. Así, por ejemplo, las diferencia la LEC en su artículo 414.1 segundo párrafo «En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación». Se suponen, además, aptitudes distintas para realizar prestaciones diferentes. El mediador en general puede partir de su formación especializada en el sector del negocio que se trate, a efectos de aportar información a las partes que carecen de ella; de su conocimiento privado de la existencia de las ofertas o demandas las partes en el concreto mercado que se trate; y, en su caso, de su talento o aptitud para acercar posturas hasta el verdadero punto de equilibrio entre las posturas de ambas partes (situación teórica representable en el consentimiento). Por el contrario, el negociador, que se conoce como parcial, implicará una información no fiable –o no completamente-, por lo que deberá conocer las vulnerabilidades del rival y, en su caso, su talento o aptitud para socavar las posiciones contrarias, forzando el mejor acuerdo. En cuanto a resultados, y desde una formulación abstracta, el negociador puede perfeccionar mejores negocios; pero el mediador puede perfeccionar más. Por lo demás, distintas prestaciones, diferentes retribuciones (no en cuanto a la suma total, sino a las partidas retributivas y su régimen relativo de incumplimiento).

<sup>455</sup> No se trata de que el mandato sea incompatible con la mediación, pues podrían serlo en hipótesis, de forma sucesiva. En primer lugar como actividad de mediación se localiza una oportunidad de perfección contractual y, en segundo lugar, como negociador, se perfecciona efectivamente –incluso con apoderamiento-. Se trata, en todo caso, de una cuestión discutible, en sede de posible contradicción de deberes prestacionales, pero que representaría siempre dos tipos de prestación, derivadas de dos figuras contractuales que, en su caso, podrían operar de forma compleja. Así «l'intermediazione non è incompatibile con prestazioni accessorie di natura

De otra parte, si los deberes de imparcialidad son tenues e imprecisos, en cuanto a la dificultad de acotar ésta una vez satisfechos todos los citados deberes de buena fe, generales y específicos, también lo sería una eventual obligación de imparcialidad. Tanto que los argumentos contrarios a la obligación de imparcialidad<sup>456</sup>, serían reflejos sobre la contraria; y si la obligación de imparcialidad tenía consecuencias dudosas –al poder aplicarse, en muchas situaciones, también el dolo- menos claras aún serán las de la parcialidad<sup>457</sup>.

Por tanto, si la parcialidad no puede ser obligatoria, y la imparcialidad redundante positivamente en el fin económico del contrato; cabe concluir que el mediador habrá de ser naturalmente imparcial. A pesar de lo cual, dicha

---

diversa», VISALLI, *La mediazione, op. cit.*, p. 19; añadiendo el autor la cautela de que «sempre que essa non diventi, a sua volta, attività accessoria rispetto ad altre, perché in questo caso cessa di essere mediazione e diventa solo un momento dell'attività più complessa», remitiéndose a GALGANO, “La mediazione”, en *La disciplina della mediazione alla luce della legge n. 39 del 3 febbraio 1989, Atti del Convegno di Verona 3-4 novembre 1989*, Padova, 1991, pp. 114 y ss. Distinto a la sucesión coordinada de contratos sería una transformación de la mediación en mandato, por actuación parcial. AZZOLINA, contrario a esto último, defiende la parcialidad de la actuación mediadora, sin que ello implique mandato alguno. Así «la natura di una determinata attività non può mutare a seconda del modo con cui questa viene esercitata. Il mandatario è, e resta, unmandatario indipendentemente dal modo con cui assolve all'incarico affidatogli (...) il mediatore dunque resta mediatore tanto se agisca con spirito di parzialità quanto se operi imparcialmente rispetto all'una o alle più parti che lo hanno incaricato», *La mediazione, op. cit.*, p. 100. Respecto a esto, puede ser cierto sin implicar que la mediación pueda ser parcial. Es decir, conforme a lo expuesto al principio de la nota, la mediación puede delimitarse, tácita o expresamente, de forma que no tiene porqué agotar toda acción encaminada causalmente a la perfección del negocio (de hecho, una causalidad adecuada, bastante, es suficiente, vid. epígrafes 1.4.2 y 2.2.). De ahí que resulte compatible no una mutación de la mediación, sino una sucesión de la misma, con otro contrato. Ello sin perjuicio del deber de informar al tercero, en aras de la buena fe y la lealtad contractual, así como la negociación de buena fe en concertó. Si no existiera la sucesión aludida, tampoco se transformaría la mediación por resultar parcial; como ningún contrato lo hace en caso de incumplimiento.

<sup>456</sup> «Non è utilizzabile in pratica perchè la valutazione del modo di operare del mediatore, ai fini di stabilire se queste abbia agito parzialmente o imparcialmente, non può essere che assolutamente arbitraria e illusoria» AZZOLINA, *La mediazione, op. cit.*, p. 100.

<sup>457</sup> Sobre todo desde la perspectiva unilateral, o de obligación de resultados. Si el contrato se perfecciona, sería posible que el comitente opusiese incumplimiento a un mediador desleal, o parcial para con la otra parte. Pero uno imparcial difícilmente puede haberle causado un daño y, de haberlo hecho, su prueba será prácticamente imposible. De otra forma: toda parcialidad contraria al comitente que no se subsuma los deberes de lealtad, información y diligencia genérica de la prestación será indetectable. Y si puede integrarse en los elementos aludidos, indiscutidos, poco sentido tendría una obligación adicional; ni para quien tiene la posición pasiva ni la activa –menos aún desde una perspectiva puramente onerosa-.

imparcialidad únicamente supondrá una concreción apenas reforzada de los deberes de lealtad y buena fe a cualquier acto o comunicación, emisora o receptora, con las partes del negocio mediado, en relación con el mismo. Ello sin perjuicio de especificidades posibles, fruto de la autonomía de la voluntad y figuras contractuales complejas que, no obstante, deberá dar a conocer a los terceros con los que pueda tratar.

#### 4.8. Contrato común o mercantil.

En la medida que en España se mantiene una clara dualidad entre contratos civiles y mercantiles, al menos de principio, podría localizarse la mediación en una o ambas de las categorías.

En Italia, toda vez que el Código civil de 1942 unificó la disciplina general de obligaciones y contratos<sup>458</sup>, sin perjuicio de especialidades –en el mismo texto o fuera de él<sup>459</sup>–, no resulta una cuestión tan fundamental. Anteriormente, no obstante, el problema clasificatorio era muy aproximado al actual en el sistema español<sup>460</sup>. La experiencia unificada del Derecho italiano puede ilustrar no sólo sobre la idoneidad de la misma; sino también sobre la identidad sustancial de sistemas a día de hoy; así como su permeabilidad y, por tanto, la relatividad de esta característica de la mediación<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> En el libro IV del Codice civile, "Delle obbligazioni", se unifican las disposiciones relativas a las "obligaciones en general"; a los "contratos en general" y a los "contratos en particular", sin distinción entre obligaciones ni contratos civiles o mercantiles.

<sup>459</sup> Así el propio libro V del Codice civile, "Del lavoro".

<sup>460</sup> Concretando sobre la mediación, en obras anteriores a la unificación, FINOCCHIO «Il negozio giuridico di mediazione può essere civile o commerciale. Se comunemente la mediazione è fiorente nel campo dell'industria e del commercio, il mediatore interviene spesso in affari puramente civili (...) nel diritto italiano, la mediazione in un contratto di natura civile, potrà assumere qualità commerciale, per essere stata compiuta da un mediatore di professione o da un commerciante», *Il contratto de mediazione, op. cit.*, p. 69.

<sup>461</sup> De hecho, se puede observar, en la situación preexistente, las mismas cuestiones que se presentan en el actual Derecho español. Así FINOCCHIO «Si è voluta negare l'esistenza del mediatore civile: disconoscere il carattere di mediatore a chi si occupa della conclusione di affari

No cabe duda que, frente a un Derecho privado común, caben especialidades que, entre ellas, compartan generalidades categóricas. Lo que parece menos razonable es defender la extensión generalizada de lo especial frente a lo común, al menos desde los conceptos de “común” y “especial”. Sí cabría extender efectos que hubieran sido especiales hacia lo general pero, una vez extendidos, resultarán ciertamente generales, sin perjuicio de la subsistencia de la especialidad como categoría<sup>462</sup>.

En definitiva, y aplicando lo anterior a la relación entre el Derecho mercantil y el común, no son pocas las posiciones que defienden, para los contenidos obligacionales y contractuales, una unificación del Derecho patrimonial<sup>463</sup>. Ello,

---

civil (...) La funzione mediatrice, come si è visto, è l'intromissione per la conclusione dell'affare, il quale può essere commerciale o civile. La qualità dell'affare determinerà la commercialità o meno dell'opera del mediatore, ma non influirà sull'assistenza della mediazione», FINOCCHIO, *La mediazione nel Diritto italiano, op. cit.*, 1915, pp. 143, 144. De forma especialmente relacionada con la situación del Código civil español, el mismo autor «non si può certamente desumere dal fatto che il Codice Civile non regoli, anzi neppure si occupi della mediazione, perchè anche gli altri istituti passati dal campo commerciale a quello civilistico non erano naturalmente contemplati dalla legge civile», p. 145.

<sup>462</sup>DE BUEN, «convendría señalar con técnica acertada los límites de la legislación civil y de la mercantil; llevar al Código civil lo que ha alcanzado carácter general y reducir el Código de comercio a lo constitutivo de la especialidad jurídica, que es su razón de ser; evitar repeticiones y enlazar con rigor los preceptos de uno y otro para evitar los inconvenientes de la dualidad de la legislación» en *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México, 1977, p. 31.

<sup>463</sup> En España fueron tempranamente favorables, siempre manteniendo espacios propios de la especialidad mercantil (no necesariamente estrechos), GARRIGUES, “Hacia un nuevo Derecho Mercantil”, *Revista de Estudios políticos*, Vol II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1942; o GARRIGUES, “Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil”, *Revista de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1959; y BROSETA PONT, “La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 453, Marzo-Abril, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1966..

También BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, “En torno a la Unificación del Derecho privado” *Estudios en homenaje al Prof. Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976; BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones*, Asociación de profesores de Derecho civil, Centenario del Código civil, Madrid, 1990.

VICENT CHULIÁ, «[es] indudable la unidad esencial del derecho privado incluso en la actual situación de división fragmentaria Derecho mercantil/Derecho civil, que subsiste en España. Además, es una desgracia que hayamos sido incapaces de unificar nuestro Derecho privado en torno a un solo Código civil (...)», *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 46-47. Sigue, en la misma obra, concluyendo que «la división del Derecho

además, pondría fin a una duplicidad de disposiciones y normas cuya delimitación y aplicación no siempre es clara, perjudicando la seguridad jurídica que la codificación pretende.

Así, podría afirmarse que el sistema jurídico patrimonial que habría de regir el contrato de mediación no sería sustancialmente distinto, independientemente de si se incardinara en el Derecho común o en la especialidad mercantil.

Sin embargo, persisten peculiaridades que, dependiendo de la categoría que le fuera propia a la mediación, habrían o no de aplicarse. Por lo tanto, y pese a que no se trate de una determinación ontológica, procede la concreción de su carácter mercantil o común<sup>464</sup>.

#### **4.8.1. Clasificación dogmática.**

El elemento de la mercantilidad, proyectada sobre el contrato de mediación, presenta una doble dimensión: práctica y científica. En cuanto a la dimensión práctica, vendrá definida por los efectos jurídicos que en el contrato resultarán de la categoría. En segundo lugar, la consideración del contrato como mercantil determinaría la aplicación de categorías ontológicas así como lógicas y sistemáticas propias de tal derecho especial.

El sistema establecido en la norma española<sup>465</sup> atiende a un criterio de “acto de comercio” como calificador de la naturaleza mercantil; si bien falta el propio

---

privado subsiste por decisión de la doctrina mercantilista española mayoritaria, aun incurriendo algunos destacados autores en incongruencias con sus propias tesis científicas favorables a la unificación». En contra, FIGA FAURA, “Los civilistas y la evolución histórica del Derecho Mercantil”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. II, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pp. 369-388, si bien ya considera, en cierta medida, “unificación” –inadecuada- la creación del derecho mercantil, como una imposición de construcciones jurídicas civiles al sistema genuino de los comerciantes; aunque la conquista se haya ido invirtiendo desde entonces, desde los comerciantes hacia el Derecho.

<sup>464</sup> VICENT CHULIÁ «la trascendencia práctica de la delimitación jurídico-positiva entre lo “civil” y lo “mercantil” deriva de que es obligatoria y de que según sea la respuesta en cada caso se aplicarán unas normas jurídicas u otras», *op. cit.*, p. 56.

<sup>465</sup> Artículo 2 del Código de comercio: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada

concepto de acto de comercio<sup>466</sup>, lo que convierte al sistema en incompleto y, en su incompleción, inseguro y casuístico<sup>467</sup>.

A efectos de delimitar el acto de comercio se atiende, a falta de otra posibilidad, a un criterio múltiple, inducido de los actos típicamente comerciales – incluidos en el Código u otras normas-. Así coexisten los criterios subjetivo, real, objetivo y formal<sup>468</sup>. El primero no puede ser determinante, por expresa disposición de la norma. El último, de darse, puede ser fácilmente reconocible<sup>469</sup>. En cuanto al criterio real, no ha de servir para la mediación, en la que no hay cosa sino un servicio que no puede tener entidad diferenciada de su objeto, que es el del contrato. Primará, por tanto, el criterio objetivo.

Así, aun aceptando en la mayor parte de los casos que el mediador será un profesional, identificado, requerido y contratado por sus cualidades<sup>470</sup>. No resulta suficiente.

En primer lugar, el concepto de profesional es más amplio que el de empresario<sup>471</sup> y, éste, más que el de comerciante. Si el profesional del comercio es el

---

plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga ».

<sup>466</sup> GARRIGUES «(...) no hay un concepto unitario del acto de comercio en sentido legal, ni se sabe que criterio ha utilizado el legislador para incluir ciertas operaciones en el catálogo de los actos de comercio y para excluir otras “La crisis del Derecho Mercantil contemporáneo”, *Revista de Derecho mercantil*, nº57, Civitas, Madrid, 1955, p. 94.

<sup>467</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ «Analizando los diferentes actos recogidos en los Códigos, se busca el elemento común a todos ellos, de manera que este denominador común, los reduzca a unidad, consiguiendo alcanzar un concepto de "acto de comercio". Sin embargo, el elemento común que caracterizar al "acto de comercio", tampoco se reduce a unidad en la doctrina. De manera que no existe coincidencia entre los autores, en cuál sea aquel elemento o circunstancia característica del Derecho Mercantil, como Derecho de los "actos de comercio"» *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006, p. 56.

<sup>468</sup> SÁNCHEZ CALERO, «(...) el propio Código no siguió un único criterio de calificación, sino múltiple (subjetivo, objetivo, real o formal), con la particularidad de que por regla general exige la concurrencia de dos o más de los criterios apuntados», *Instituciones de Derecho Mercantil: Introducción, empresa y sociedades*, Editorial Edersa. 18 edic. Madrid, 1995, p. 2.

<sup>469</sup> Sin perjuicio del problema circular que supondría exigir forma determinada a un acto de comercio por serlo, y serlo por necesitarla.

<sup>470</sup> *Vid.* epígrafe 4.6.

<sup>471</sup> Sin duda que “empresario mercantil”. En cuanto al significado lato de empresario, puede ser muy amplio (así el sentido de “libertad de empresa” del artículo 38 de la Constitución española); pero, prescindiendo de su acepción relativa a sistema económico -no reductible a



comerciante<sup>472</sup>, y por tanto todo comerciante profesional, resulta excesivo afirmar que todo profesional sea comerciante<sup>473</sup>.

Junto al mediador no profesional, situación residual en la práctica, abundará el profesional individual<sup>474</sup> –autónomo en muchos casos- junto con los supuestos netamente empresariales<sup>475</sup>. El comitente, por su parte, tampoco tendría por qué saber, en cada caso, que “clase” de profesional es el mediador.

En segundo lugar, al margen del tipo de profesional del que se tratase, se necesitaría, además, que el objeto de la mediación sea comercial para configurarla como un acto de comercio autónomo. En este sentido, la prestación característica de la mediación aprovecha y se predica del comitente<sup>476</sup>. Cuando la mediación se

---

adjetivo para el sujeto que la desempeñe a los presentes efectos- , necesita el empresario ser profesional y, desde el momento que lo incluye, podrá ser igual (con lo que uno de los conceptos sería inútil) o necesariamente más amplio.

<sup>472</sup> «(...) segundo gran requisito para poder ser calificado como comerciante, establecido en el artículo 1.1 del Código, (...) es la de que el empresario se dedique profesionalmente a la explotación de su empresa», JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil I*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 116.

<sup>473</sup> CREMADES GARCÍA, «la actividad desarrollada por un corredor inmobiliario, no consiste ni en una actividad comercial ni industrial, sino más bien en una actividad profesional de mediación inmobiliaria», p. 46. En contra RODRÍGUEZ RUIZ, «(...) su condición de profesional liberal titulado, ya de por sí justificaría también la atención del Derecho Mercantil por esta profesión» *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 236.

<sup>474</sup> Profesionales liberales que, tampoco en Italia, son considerados empresarios (salvo que tengan otra empresa distinta a su actividad profesional). Así GALGANO, «Il professionista intellettuale o l'artista diventa imprenditore solo in quanto svolga una ulteriore attività, diversa da quella intellettuale o artistica definibile, in sé considerata, come attività d'impresa», *Trattato di diritto civile: Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti. Fonte di obbligazioni. La tutela del credito. L'impresa*. Wolters Kluwer, Torino, 2010, p. 400.

<sup>475</sup> Descrito, genéricamente, en el art. de Codice civile «E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)»; lo que responde, además de a la mera técnica jurídica, también a una construcción sobre elementos externos, sobre todo políticos y económicos, además de históricos. Al respecto vid. GALGANO, *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1973, 1973, pp.

<sup>476</sup> A diferencia del pago que, si se considerara a efectos de valorar la mercantilidad, avocaría a la misma a casi todo contrato realizado por comerciante, toda vez que este reciba un pago en razón a tal cualidad.

encargara fuera de una actividad de comercio, resultaría localizable en el Derecho común<sup>477</sup>.

En esta línea, sin embargo, no es fácil apartar el negocio mediado del objeto de la mediación. Así podría afirmarse que la naturaleza de aquél habría de determinar la de éste<sup>478</sup>. Frente a ello se opondría, por una parte, la naturaleza principal y no accesoria del contrato de mediación. Por otra, el hecho de que el contrato mediado, desde la perspectiva de la mediación, sea, para las partes –más allá de la causa subjetiva de una de ellas–, una mera figura jurídica abstracta, cuya realidad no integra el objeto ni prestaciones del contrato. En suma, supondría una contingencia intolerable hacer depender la naturaleza de un contrato presente de la de uno futuro y de existencia incierta, cuya mercantilidad puede resultar del todo incognoscible *ex ante*<sup>479</sup>.

Conforme a los criterios expuestos, no puede ser indubitada la apreciación de mercantilidad en la mediación<sup>480</sup>. Es por ello que no resulta razonable declararla

---

<sup>477</sup> URÍA, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1958, «el contrato mercantil es (...) un acto jurídico que se realiza por el empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de la empresa que ejercita», p. 463.

<sup>478</sup> Recoge MARTÍN RODRÍGUEZ, que «el anteproyecto del Código de comercio considera que "se entenderán de naturaleza análoga los que reúnan caracteres de mediación, cambio y lucro, y los de transformación de productos propios de la industria. Sin embargo, no se comprenderán entre los actos de comercio los de mediación, cambio y lucro que sean accesorios de otro civil, ni las operaciones normales y corrientes de los agricultores para la colocación y venta de sus productos"», *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006, p. 58.

<sup>479</sup> CREMADES GARCÍA, «Cierto es que el objeto del contrato de corretaje lo constituye el contrato principal pretendido, pero el motivo o los motivos que llevan a dicha pretensión son ajenos al corredor, que prestará sus servicios con independencia de los mismos», *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 45

<sup>480</sup> VICENT CHULIÁ «la calificación de cuándo un empresario o un contrato son mercantiles no es clara, ni siquiera para los especialistas. A veces se convierte en una verdadera ordalía (...) esto atenta contra la seguridad jurídica, valor protegido por el art. 9.3 de la CE, y contra la exigencia de un ordenamiento económico competitivo, en el marco actual de la globalización, porque origina costes de error, irracionalidad e imprevisibilidad», *op. cit.*, p. 58. También MARTÍN RODRÍGUEZ, bajo la premisa del uso flexible de los criterios múltiples, «se utilizan los criterios que en cada momento más interesan para justificar la especialidad de cada uno de los contratos mercantiles, incumpliendo, claramente, lo establecido en el artículo 2 del Código de comercio y dificultando gravemente esta labor de diferenciación», *op. cit.*, p. 108.

*ex nihilo*, toda vez que, no existiendo una criterio suficiente para lo especial, suele ser más adecuado no aplicarlo. “Inventar” un acto de comercio no sólo es perjudicial y científicamente discutible<sup>481</sup>, sino que tampoco aporta ninguna ventaja dogmática.

Más adecuado sería, en su caso, utilizar la analogía<sup>482</sup>. Sin embargo, como se defendió anteriormente<sup>483</sup>, la mediación es un contrato atípico y autónomo, del que no cabe predicar una analogía principal hacia una concreta figura contractual, civil o mercantil.

#### **4.8.2. Efectos de la eventual mercantilidad.**

Por otra parte, al margen de la clasificación dogmática, interesa enunciar los principales efectos prácticos que la determinación de mercantilidad, conforme al Derecho español, habrían de extenderse al contrato de mediación.

En cuanto a la forma de contratación, de ser entre ausentes, siendo civil la mediación se entenderá perfeccionado el contrato con el conocimiento<sup>484</sup>, por el oferente, de la aceptación de la otra parte. Si fuese mercantil, civil desde la emisión misma de la aceptación<sup>485</sup>. No es una diferencia especialmente significativa<sup>486</sup>, toda

---

<sup>481</sup> VICENT CHULIÁ, «La delimitación del contenido –y, por tanto, del concepto– del Derecho mercantil que hizo el Cdeco (...) no satisface las actuales exigencias del tráfico, científicas y pedagógicas» por lo que opta por una «interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de las normas especiales del Código de comercio, respetando rigurosamente sus “supuestos de hecho” .», *op. cit.*, p. 50.

<sup>482</sup> Conforme a lo dispuesto por el propio artículo 2 del Código de comercio.

<sup>483</sup> *Vid.* epígrafes 4.1, 4.2 y 9.4.

<sup>484</sup> Artículo 1262 del Código civil: « El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

<sup>485</sup> Artículo 54 del Código de comercio: « Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

vez que, en la práctica de este contrato, no parece que esos momentos vayan a quedar notablemente diferidos.

Respecto a la prueba del contrato, al margen de cuestiones relativas a la factura o libros de comercio que con escasa incidencia real, sí puede ser más importante el hecho de que no bastaría prueba de testigos en el caso de que la mediación fuese mercantil y la cuantía de su objeto superior a nueve euros<sup>487</sup>.

En lo que a la interpretación del contrato atañe, en el supuesto de imposibilidad de interpretación del contenido del contrato, en vez de atender, según se trate de un contrato oneroso o gratuito, a la mayor reciprocidad o menor transmisión, respectivamente<sup>488</sup>, se dispone el principio del *favor debitoris*<sup>489</sup>.

No serán aplicables la mayor parte de especialidades respecto al cumplimiento ya que, habida cuenta el contenido propio y diferencial de la mediación, los plazos de cumplimiento habituales, así como la exigibilidad general de una prestación incierta, no serán generalmente posibles<sup>490</sup>. La prescripción mercantil, por su parte, es más breve que la civil, sin que, además, pueda verse interrumpida por reclamación extrajudicial<sup>491</sup>.

Ninguno de los efectos anteriores, generales todos a la contratación mercantil, revisten una importancia decisiva, en cuanto a lo que a la mediación pudieran afectar. Sin embargo, tampoco parece que ni los motivos que lo inspiran –

---

<sup>486</sup> La diferencia viene por el mayor plazo civil para retirar la oferta. Obviamente, para las posiciones que bien no entienden cerrado el vínculo obligacional en ningún caso; o para aquella que aceptaran el desistimiento unilateral ilimitado, no habría diferencia alguna.

<sup>487</sup> Artículo 51 del Código de comercio: «Serán válidos y producirán obligación y acción en Juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba.»

<sup>488</sup> *Vid.* nota 234.

<sup>489</sup> Artículo 59 del Código de comercio, «Si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor».

<sup>490</sup> *Vid.* epígrafe 5.

<sup>491</sup> Recogida, como norma general, en los arts. 942 a 954 del Código de comercio, el plazo más largo contemplado es de 5 años.

agilidad en formas dinámicas de comercio, sobre todo de muebles- ni los efectos que causan sean apropiados, sino lo contrario<sup>492</sup>. Un comitente no comerciante, por tanto, no tendría porqué soportar plazos de prescripción menores; sufrir una interpretación en su contra cuando sea acreedor; ni, desde luego, ser incapaz de probar un contrato con testigos<sup>493</sup>.

Así pues, la calificación del contrato no habría de ser distinta entre la doctrina civil y la mercantil, toda vez que los criterios dogmáticos, los fundamentos, los principios, y casi todos los contenidos en esta sede, habrían de ser los mismos. Sin embargo, parece que hay disparidad incluso en la percepción de la propia discusión científica<sup>494</sup>. Cuanto no más en el contenido de la misma.

Cómo es difícil conocer a la “doctrina”, civil o mercantil, baste decir que, efectivamente, algunos mercantilistas han afirmado la mercantilidad<sup>495</sup> y otros civilistas lo contrario<sup>496</sup>. En ocasiones se afirma el carácter civil de la mediación, precisamente, en oposición a los contratos mercantiles que tiene más próximos<sup>497</sup>; o

---

<sup>492</sup> Para el comitente es muy posible que la mediación sea un acto absolutamente eventual y, eso mismo, es lo opuesto al comercio. Sobre esta concepción de comercio sobre la habitualidad, GARRIGUES, “Hacia un nuevo Derecho Mercantil”, *Revista de Estudios políticos*, Vol II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1942, 205.

<sup>493</sup> Sería sintomático que se pudiera aceptar la mediación como un acto jurídico, sin valor negocial, que rara vez será recogido más allá de la oralidad; y sin embargo imposibilitar su prueba, en las mismas condiciones de oralidad, si fuese un contrato.

<sup>494</sup> Mientras que CREMADES GARCÍA entiende que «Hasta el momento, dado que los estudios que existen sobre el tema lo eran de mercantilistas, el tema resultaba pacífico, por cuanto se considera mercantil sin más», *Contrato de mediación o corretaje...op. cit.*, p. 42; percibe lo opuesto RODRÍGUEZ RUIZ, «En la doctrina civilista, la mediación inmobiliaria se trata como civil, y como tal se estudia (...) sin plantearse la posibilidad de que el corretaje inmobiliario pudiera ser un contrato mercantil».

<sup>495</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 439, en los casos en los que el corredor sea profesional que habitualmente se dedique a mediar; también FERNÁNDEZ RUIZ, *Fundamentos de Derecho mercantil*, EDERSA series, Editoriales De Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 544, «(...) personas que ejercitan una actividad mediadora o de corretaje en el tráfico mercantil, como los agentes de la propiedad inmobiliaria (...)».

<sup>496</sup> DÍEZ PICAZO en cuanto a las disposiciones que habrían de regularlo, exclusivamente civiles, en DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil*, vol I, Tecnos, Madrid 1995, p. 741.

<sup>497</sup> TASENDE CALVO, «las funciones de los llamados agentes de la propiedad inmobiliaria, pese a su impropia denominación de «agentes», no se sitúan en el campo de la contratación mercantil, sino en el ámbito negocial del contrato civil de mediación, como

por la profesionalidad del mediador<sup>498</sup>. En otros, esa misma profesional es la que fundamenta, de forma paralela pero opuesta, el carácter mercantil<sup>499</sup>.

También existe la posibilidad de aceptar ambas naturalezas, dependientes de los concretos elementos del contrato de que se trate<sup>500</sup>, opción difícil de negar en su absoluto, toda vez que la configuración abierta de la mercantilidad, conforme a lo expuesto, tiende al casuismo, del que no se puede sustraer la especialidad.

La doctrina jurisprudencial, sin ser unívoca, ha estado más próxima a la consideración civil de la mediación<sup>501</sup>.

Casi todos los anteriores efectos son mitigables en su interpretación; o bien directamente ignorados, cuando no fuesen adecuados, incluso en contra de las

---

corredores civiles cuya actuación se proyecta en el tráfico inmobiliario», “El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda”, *Actualidad Civil*, Nº 21, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15, tomo 2, Editorial La Ley, Madrid, Dic. 2008, p. 2309.

<sup>498</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, «negamos, en definitiva, la configuración del corretaje ejercido por el profesional oficial como actividad mercantil inmobiliaria (...)», *La mediación inmobiliaria*, *op. cit.*, pp. 172-173. Se refiere a una situación superada de reserva profesional para los mediadores inmobiliarios si bien la realidad contractual, al margen de la regulación administrativa, no habría de variar demasiado.

<sup>499</sup> Partiendo de los mismos presupuestos del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, RODRÍGUEZ RUIZ, «el contrato de corretaje inmobiliario es un contrato mercantil, al que serán de aplicación las disposiciones del CCom atinentes a los contratos mercantiles en general», *op. cit.*, p. 238-239.

<sup>500</sup> GÁZQUEZ SERRANO, «Creemos que la mediación considerada en un sentido genérico no ha de revestir necesariamente la condición de mercantil, como tampoco el mediador ha de ser obligadamente comerciante; será en unos casos el negocio el que condicionará la mediación, como lo será en otros la propia condición del agente», *El contrato de...op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>501</sup> STS de 5 de Febrero de 1996, o STS de 17 de noviembre de 1999, que señala la ociosidad de intentar extender efectos mercantiles sobre una relación civil. También de la Sala Tercera, STS de 25 de mayo de 1995, según la cual, respecto de los mediadores inmobiliarios (agentes regulados, en ese momento) «ha de llegarse a la conclusión de que dichos profesionales no tienen la condición jurídica de comerciantes, y, ni mucho menos, la de comerciantes o navegantes». También las SSTS del 4 de julio de 1991 o 28 de junio de 1996 aplican, exclusivamente, las normas civiles a la regulación de la mediación. Opina RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA que la tendencia jurisprudencial es opuesta, avanzando hacia la mercantilidad, y, aunque cita sentencias de las Audiencias (siendo las tres más recientes de 1995, 1993 y 1988; el referentes del Tribunal Supremo se remonta ya hasta 1957 (STS de 7 de enero). En todo caso, también le otorgan naturaleza mercantil la Sentencia de 5 de abril de 2000 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia núm. 355/2003 de 20 octubre de la Audiencia Provincial de la Rioja, Sentencia núm. 693/2005 de 14 octubre de la Audiencia Provincial de Granada, Sentencia núm. 584/2012 de 11 julio de la Audiencia Provincial de Pontevedra

previsiones directas de la norma<sup>502</sup>. Por ello, si ya es dudosa de por sí la calificación de mercantilidad; cuando además se le priva de sus efectos, resultará además inútil.

En suma, y en cuanto a la característica natural del contrato, no cabe establecer una potencialidad fragmentada de mediaciones, sino que cabría afirmar su pertenencia general al Derecho común. Ello sin perjuicio de que, en casos concretos, la especialidad de sus sujetos y del objeto de la mediación puedan determinar un claro carácter comercial que implique la particular aplicación de un concreto régimen mercantil que pudiese ser de aplicación.

---

<sup>502</sup> Así, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo inaplica la restricción mercantil a la relevancia interruptiva extrajudicial que establece el Código de comercio ya que «es doctrina reiterada de esta Sala la de que el instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre los principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo, de tal modo que, en lo referente a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el *animus conservandi* por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de esta, ha de entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus praescriptionis* (...)», STS de 12 julio 1991 RJ 1991\5381; o STS 883/2010 de 7 enero RJ 2011\295, que establece para el supuesto de interrupción extrajudicial de la prescripción en el ámbito mercantil, con un argumento no del todo desarrollado, que «Pues bien, en evitación de un debate estéril y de consideraciones inútiles, debe adelantarse, desde ahora mismo, que de ningún modo podía considerarse prescrita la acción ejercitada (...)».

## 5. EL RIESGO “ALEATORIO” DE LA MEDIACIÓN.

5.1. Consideraciones generales sobre los contratos aleatorios.- 5.2. Características de los contratos aleatorios.- 5.3. Efectos de los contratos aleatorios.- 5.4. Proyección sobre la mediación.

El riesgo, entendiendo como tal la falta de certeza en cuanto a los efectos patrimoniales de los negocios jurídicos, es común a la totalidad de los contratos; como lo es a toda realidad social, más allá de las certezas conocidas del pasado.

Sin embargo, cabe diferenciar de forma nítida los contratos en los que el riesgo que acompaña a su objeto es una circunstancia inevitable pero indeseable, que las partes neutralizarían de poder hacerlo y, como mucho, regulan internamente; de otros supuestos en los que el mismo riesgo es creado volitivamente por las partes<sup>503</sup>, y hecho objeto y causa del contrato.

Por la falta de certeza sobre la efectiva perfección del negocio mediado se ha situado en ocasiones la mediación en la categoría de los contratos aleatorios, caracterizados, como se verá, por el azar o riesgo del contrato. A pesar de ello, si bien es cierta la incerteza de la prestación, no lo es tanto que sea por ello contrato aleatorio ni que, siéndolo o no, haya de cambiar por ello su contenido prestacional.

---

<sup>503</sup> De este modo diferencia, BOSELLI, dos categorías de la aleatoriedad, siendo propio del seguro la evitación y control del riesgo y de la apuesta la creación del propio riesgo, así como la regulación de sus efectos, en, “Eccessiva onerosità”, *Il novissimo digesto italiano*, vol. Iv, Utet, Torino, 1960, p. 474. Sin embargo, aunque el seguro pretenda evitar un riesgo previo, no se trata en rigor de regular el riesgo de un contrato, sino un contrato sobre el propio riesgo. Así puede entenderse que, entre los contratantes, se crea el riesgo, si bien se proyecta sobre otro riesgo, exclusivo del asegurado, que, ese sí, se pretende evitar.



## 5.1. Consideraciones generales sobre los contratos aleatorios.

El problema de la clasificación de la mediación como contrato aleatorio comienza por la propia caracterización de la categoría, no siempre clara ni unívoca en su delimitación, aunque sean comunes las consideraciones generales al respecto.

La consideración del contrato aleatorio como categoría está sustentada en dos criterios informadores principales. De una parte, se parte de las ventajas o desventajas, para las partes, dependientes de un evento aleatorio; de otra de los riesgos asumidos por aquellas mismas partes.

En el **primer grupo** se incardina la mayor parte de la doctrina clásica española, partiendo de la caracterización legal establecida en el artículo 1790 del Código civil<sup>504</sup>, y también parte de la italiana<sup>505</sup>. Sobre el reparto de ventajas característico de los contratos aleatorios se predica la indeterminación de las mismas<sup>506</sup>. Sin embargo, nada impide que un contrato aleatorio tenga perfectamente determinados los efectos que, en su caso, pudieran o no producirse, siendo incierta, únicamente, la actualización de los mismos. Además, lo mismo podría ocurrir sometiendo tales efectos a una condición –incluso potestativa<sup>507</sup>–, con que no resulta un elemento excesivamente diferenciador<sup>508</sup>.

---

<sup>504</sup> «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado»

<sup>505</sup> Así MESSINEO, *Manuali di diritto civile e commerciale*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1958, p. 477., o BARASSI, L., *La teoría generale delle obbligazionei*, vol. II, Le fonti, Milano, 1948, p. 289.

<sup>506</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil*, T. III, Reus, Madrid, 1931, p. 8.

<sup>507</sup> Baste pensar en las obligaciones, a escoger por el deudor sin más límite que la imposibilidad, el ilícito o la desnaturalización del contrato -amen de eventuales pactos *inter partes*- ex art. 1132 del Código civil. Respecto a la carga de incertidumbre y aleatoriedad de las mismas, es expresivo CRISTÓBAL MONTES, «Parece natural que en una variedad obligatoria en la que se da una relativa indeterminación prestacional, cual ocurre en las alternativas, exista interés en que la incógnita se resuelva en un lapso temporal razonable y se puedan instrumentar los pasos que conduzcan a su realización. Retrasar la elección, aparte de incidir sobre el punto de que se incrementan las posibilidades de que alguna o algunas de las prestaciones debidas resulten afectadas en cuanto a su ejecución, supone también mantener un estado de incertidumbre más allá de lo razonable y obturar los conductos normales para que se despeje la incógnita prestacional de la manera adecuada», “Momento de la elección en las

Así, se añade a la anterior consideración no tanto la indeterminación de las consecuencias o efectos jurídicos de la verificación de lo aleatorio; como sí la afectación subjetiva que aquellos efectos para las partes<sup>509</sup>. De otra forma: cada parte no sabe en el momento de perfeccionar el contrato si obtendrá beneficio o pérdida, pues dependerá de que se de o no el evento posible que se haya fijado como referencia.

Si bien no es posible valorar, *ex ante*, de forma absoluta el resultado económico del contrato aleatorio, tampoco es posible hacerlo con ningún otro contrato. Más aún: incluso en un negocio considerado "aleatorio", dependiendo del contenido del contrato podrían estar seguras las partes de que van a ganar o perder, dudando únicamente las magnitudes. Podrían también haber neutralizado, con otro contrato, los efectos inciertos<sup>510</sup>. Además, en todos los contratos condicionales, toda vez que se desconoce si se cumplirá o no la condición, habría de persistir la misma duda.

---

obligaciones alternativas", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 624 Septiembre-October, 1994, p. 1927.

<sup>508</sup>ÁLVAREZ VIGARAY, "Los contratos aleatorios", *Anuario de Derecho civil*, Tomo XXI, F. III, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1968: «la indeterminación de la prestación no es privativa de los contratos aleatorios, y por consiguiente no basta por sí sola para definirlos», p. 611.

<sup>509</sup>ÁLVAREZ VIGARAY: «una o ambas partes no puedan precisar al tiempo de la celebración del contrato si experimentarán a consecuencia de él una ganancia o una pérdida, el hecho de que la determinación el respectivo resultado económico, favorable o adverso, depende del azar», "Los contratos aleatorios", *op. cit.*, p. 611.

<sup>510</sup> Nada impide, en abstracto, contratos sucesivos que tomen el mismo evento aleatorio y, sin embargo, otorguen distintos beneficios y pérdidas en cada caso, de forma que la parte en ambos contratos asegure la ganancia. Difícilmente se dará si se contrata reiteradamente con la misma parte, pero si sería posible con distintos sujetos, que mantuvieran diferentes percepciones de la probabilidad del evento. Así ocurriría, por ejemplo, quien apuesta con X ganar dos o perder uno si algo sucede o no; y perder uno y ganar dos con Y, si eso mismo no sucediera o sí: aunque el contrato fuera aleatorio, existiría la certeza de ganar dos y perder uno, ocurriera lo que ocurriera. El cálculo actuarial tiende, en los seguros, a la misma circunstancia. Se trata de una circunstancia extraña al contrato, pero no a la valoración subjetiva del interés que es a lo que, en definitiva, se remite este criterio –ya que no es posible una valoración objetiva de dicho interés, y no se trata de mera determinabilidad del objeto del contrato, condicional o no-.

En el **segundo grupo** se encuentra la mayoría de la doctrina italiana que, partiendo del artículo 1469 del Código civile<sup>511</sup>, señala, además de la mayor intensidad del riesgo en los contratos aleatorios, sobre todo que el que el riesgo sea un elemento esencial del supuesto de hecho, de forma intrínseca al contrato<sup>512</sup>. Persiste el problema de que la intensidad es una magnitud de difícil medida; además de que el riesgo genérico sea universal, ínsito en todo contrato.

En definitiva, al no tratarse de circunstancias exclusivas de la categoría del contrato aleatorio<sup>513</sup>; o bien se usa un criterio de intensidad sobre la mismas, condenado dogmáticamente a la indefinición<sup>514</sup>; o bien se busca otro criterio, susceptible de una mayor concreción.

Se puede afirmar, no obstante, que la diferencia categoría deviene de un tipo de causa distinta<sup>515</sup>. Ello tanto en los contratos aleatorios típicos, como aquéllos que pudieran ser atípicos. En efecto, una variación tan sustancial en la causa como

---

<sup>511</sup>«Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472)». Admite la aleatoriedad como fruto de la autonomía contractual, si bien no tiene por qué ser lo mismo el contrato que es aleatorio, por su naturaleza, que aquel que conlleva un mayor riesgo, por voluntad de las partes. En todo caso, no se trata de una conceptualización de la aleatoriedad, sino a limitar las reglas por desequilibrio, funcionando como contrato aleatorio por voluntad de las partes el propio contrato de compraventa de cosa futura.

<sup>512</sup> SCALFI, "Considerazioni sui contratti aleatori", *Rivista di Diritto Civile*, VI-1, Cedam, Padova, 1960, p. 151. De forma más concreta, BOSELLI, "Eccessiva onerosità", *Il novissimo digesto italiano*, vol. Iv, Utet, Torino, 1960, p. 471, caracteriza los contratos aleatorios por el riesgo interno, que participa de contenido del contrato de forma sustantiva, no adjetiva. Sin embargo también da cabida, el mismo autor, a la situación indeterminada de pérdida o ganancia, integrándolo en la misma definición.

<sup>513</sup> En este sentido, SCALFI, "Considerazioni sui contratti aleatori", *Rivista di Diritto Civile*, VI-1, Cedam, Padova, 1960, p. 153.

<sup>514</sup> En contra, SÁNCHEZ ROMÁN, quien opina que en los contratos conmutativos, existe, en el momento de celebración del contrato, determinación cuantitativa del interés pecuniario de las prestaciones, aunque exista riesgo que pueda alterarlo. Lleva, inevitablemente, a un juicio de intensidad, ya que reconoce, igualmente, la existencia de un riesgo –y por tanto indeterminación cuantitativa de dicho interés, en todo contrato conmutativo-, *Estudios de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1899, pp. 363 y ss.

<sup>515</sup> DÍAZ GÓMEZ, sobre Pothier, «a esa idea de asumir un riesgo, precisamente, es también a la que se remite el autor cuando trata de diferenciar los contratos aleatorios de los conmutativos (...)», si bien se refiere a los contratos de neutralización del riesgo (singularmente seguro), "El riesgo en la doctrina de Pothier", *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, vol 1, Universidad de Huelva, Huelva, 2001, pp. 360-361.

implicar el azar en la función económica del contrato es suficiente como para crear una categoría<sup>516</sup>. Sin embargo, toda vez que la intensidad de dicho azar será la variable que le haga ser percibido como integrante de la causa o como elemento accesorio a la misma, se vuelve a dificultar la creación de una clasificación general nítida.

## 5.2. Características de los contratos aleatorios.

Se resiste la aleatoriedad contractual a encajar en una definición páficia, dificultando la creación de una categoría homogénea bajo una descripción general aceptable<sup>517</sup>. Ocurre, a su vez, que cuando una categoría no puede definirse, suele ser por no tener una utilidad o sentido absoluto. Es por ello que puede fijarse el

---

<sup>516</sup> La relevancia de la causa en los contratos aleatorios es notable, si se tiene en cuenta la licitud o limitaciones de la misma en dicha categoría, no sólo pero sobre todo en los juegos de azar, cuya regulación histórica –y actual- está íntimamente relacionada con la consideración de su utilidad e idoneidad económico-social. Así ha estado prohibido o limitado en distintos periodos ya desde la compilación justiniana: «El uso del azar es cosa antigua y concedida fuera de los ejercicios de combate; pero con el tiempo produjo lágrimas, tomando miles de nombres extraños (...) Así pues, mirando por la conveniencia de los súbditos, mandamos por esta ley general, que a nadie le sea lícito jugar ni presenciar juegos en edificios o lugares públicos o privados (...)» Libro III, título XLIII. De hecho, el Código civil vigente aún niega, como norma general –muy matizada y matizable-, la acción al ganador en juegos de azar. « (...) el Código se desentiende del juego y no lo considera apto para generar un contrato civil, careciendo de interés suficiente para merecer la protección del ordenamiento jurídico, de conformidad con la máxima romana de «*minimis nin curat praetor*». GUILARTE ZAPATERO, Artículo 1798, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

<sup>517</sup> «Si se les define como aquéllos en que hay riesgo de ganancia o pérdida, no resultan bien delimitados, pues el alea puede encontrarse en un gran número de contratos, por ejemplo en la compraventa o en la sociedad. Y si se les caracteriza como aquellos en que la prestación o prestaciones no están determinadas, sino que dependen de un acontecimiento incierto, se les confunde con los contratos condicionales», CASTÁN, *op. cit.*, Tomo 4, pp. 715-716. «Una línea histórica hizo construir la doctrina de los contratos aleatorios con cierta autonomía y sustantividad, pese a la complejidad multiforme de las diversas figuras que cobija. El citado criterio está hoy en trance de crisis, y los Códigos más avanzados, como el alemán y el suizo, destruyen la sustantividad, volcando sobre diferentes apartados los antiguos tipos contractuales de alea», PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil, op. cit.*, p. 1009.

punto de partida en la categoría de los contratos condicionales, del que la de los contratos aleatorios sería una especie<sup>518</sup>.

Dentro de la categoría general de contrato condicional, podría individualizarse la característica del *aleas* mediante una formulación según la cual la condición del contrato aleatorio decide las consecuencias prestacionales a las partes quedan obligadas de forma opuesta, resultando de la condicionalidad posiciones jurídicas alternativas entre sí y decididas por la verificación del evento<sup>519</sup>. Ello bajo la premisa de la reciprocidad del riesgo en los contratos aleatorios.

---

<sup>518</sup> «(...) aunque entendamos que los contratos aleatorios son condicionales (...)», precisando luego las especificidades de este tipo de condicionalidad, CASTÁN, *op. cit.*, tomo 4, p. 716. Los contraponen, por el contrario, GUILARTE ZAPATERO, «el hecho de que el contrato aleatorio no sea condicional no quiere decir que no pueda celebrarse válidamente sometiénolo a una condición», Artículo 1798, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990, p. 8. Con todo, lo que pretende es diferenciarlo y no tanto negar una posible existencia de un común denominador en las características propias de la condicionalidad –a las que añadir, en su caso, las especialidades de la aleatoriedad-. ÁLVAREZ VIGARAY, por su parte, sostiene que «hay contratos aleatorios, como los de renta vitalicia (...) en los que en rigor la equiparación a los contratos condicionales no puede plantearse», "Los contratos aleatorios", *Anuario de...op. cit.*, p. 617. Sobre esta afirmación puede comentarse que la renta vitalicia y contratos afines no terminan de encajar, de forma absoluta, en la categoría general de contratos aleatorios, del artículo 1790 del Código civil, pues el riesgo podría no ser bilateral (ya que la muerte, como hecho extrajurídico y al margen de sus propios efectos naturales, priva de cualquier beneficio o perjuicio contractual). Además, en cuanto a la consideración del riesgo como beneficio o perjuicio, y, de ahí, la incierta afectación de los patrimonios de los obligados, no hay un acontecimiento incierto sino uno que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. Por ello, cara a la valoración progresiva del riesgo (y, con ello, del beneficio o perjuicio total), la propia contingencia del cuando es un riesgo condicional. De otra forma: para cada periodicidad, aun la más ínfima, podría entenderse implícita una condición resolutoria: "páguese, salvo que hoy haya muerto", por ejemplo. Lo que con certeza ha de ocurrir en un largo plazo indeterminado, es por el contrario incierto si ocurrirá en plazos más cortos. Volviendo estas consideraciones sobre la renta vitalicia, a efectos de determinar el riesgo, podría entenderse una condición implícita, según la cual si el deudor de la renta vive más de lo previsto, ganará; y perderá si vive menos tiempo del que previó. Ello en el entendido de que no existe renta vitalicia si la renta no ha sido calculada, precisamente, en previsión de la vida probable del dueño el predio cedido, como señala BARASSI, *La teoria generale delle obbligazionei*, vol. II, Le fonti, Milano, 1948, p. 291.

<sup>519</sup> «El contrato aleatorio contiene dos obligaciones condicionales y contradictorias: una de las partes se obliga bajo una condición, y la otra bajo una condición opuesta; de suerte que no pudiendo estas dos condiciones ni existir a un mismo tiempo, ni faltar a un mismo tiempo, una de las dos ha de cumplirse necesariamente; pero cuando la convención se forma, los contratantes ignoran el resultado: si la condición bajo la cual se obligó el primero viene a falta, su obligación se desvanece; por el contrario la obligación del otro se hace pura y simple, porque

No faltan otras posturas que entienden distintas<sup>520</sup> y hasta contrapuestas las categorías de aleatoriedad y condicionalidad, aunque sigue pareciendo más sencilla la especificidad de la aleatoriedad dentro de la categoría general de la condición<sup>521</sup>.

En esta dicotomía se oponen, en muchas ocasiones, la categoría absoluta de condicional frente a la relatividad aleatoria<sup>522</sup>. En realidad, es mucho más común que el contrato no sea íntegramente condicional, sino que alguno de sus elementos lo sea, singularmente el elemento prestacional de una o ambas partes.

Podría ser preferible, en estos casos, utilizar un término diverso como “condicionado” para contratos en los que depende su entera y plena eficacia; pero tampoco parece es enteramente necesario toda vez que en los contratos principales,

---

para él la condición se ha realizado». LECLERCQ; citado por TROPLONG, en *Commentarie du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aleatoires*, Charles Hingray, ed., Paris, 1845, 423, citado por CASTÁN, op. cit., Tomo 4, p. 717.

<sup>520</sup> «Efectivamente, mientras que en el contrato condicional, depende la efectividad del contrato del acontecimiento incierto, en el contrato aleatorio, el contrato existe y el acontecimiento sólo afecta a la cuantía o existencia de la prestación de cada una de las partes», CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 12.

<sup>521</sup> Así CASTÁN, «(...) aunque entendamos que los contratos aleatorios son condicionales (...)», matizando la diferencia específica, sobre todo, en que «(...)en el contrato simplemente condicional depende del acontecimiento incierto que llegue o no el contrato a producir efecto, mientras que en el contrato aleatorio la función de la condición estriba en decidir, no si ha de producir efecto el contrato, sino únicamente cual ha de ser este efecto(...)», op. cit., Tomo 4, p. 716. Sin embargo, pueden existir contratos con un núcleo prestacional no condicionado y matizaciones o adiciones ulteriores condicionales, sin que ello lo convierta, entiendo, en un contrato aleatorio. Esto es: pueden existir contratos condicionales en los que parte de los efectos subsistan, o lo hagan de forma diversa, con indiferencia de la condición y la verificación del evento que la activaría. También pueden darse contratos aleatorios en los que uno de muchos resultados posibles, dentro de la amplia incertidumbre del azar, diera como resultado la ineficacia absoluta del contrato; mientras que el resto de resultados causaría la concreción de la prestación aleatoria alternativa típica. Supuestos estos últimos residuales, que no restan valor a la distinción, pero subrayan la íntima relación (de pertenencia) de las categorías.

<sup>522</sup> «(...) el contrato aleatorio se acerca a la condición suspensiva; ahora bien, existe una clara diferencia por cuanto en el contrato aleatorio las partes están vinculadas desde el mismo momento de la perfección, teniendo que realizar sus prestaciones desde el primer momento una o ambas» CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o...op. cit.*, p. 13.

la condicionalidad, como se ha dicho, no suele ser absoluta<sup>523</sup> –lo que, por lo demás, encaja con el significado literal del término<sup>524</sup>–.

El problema, a este respecto, de prescindir de la reciprocidad del riesgo, es que cualquier condición suspensiva sobre la prestación de una de las partes implicaría aleatoriedad, lo que parece una extensión del concepto que no encuentra suficiente justificación, pues un contrato con condición suspensiva es, en principio, lo que es. De esta forma, no hace falta cruzar desde el extremo de un contrato puramente condicional a otro enteramente aleatorio, sino que será frecuente observar contratos con obligaciones condicionadas. Condiciones todas ellas, en mayor o menor medida, aleatorias, pero no por ello conformadoras de contratos aleatorios.

Además, este juego de condicionalidad puede darse en situaciones en las que el riesgo no sea elevado, e incluso con condiciones meramente potestativas. Es por ello que vuelve a resultar imprescindible tanto una cierta intensidad del riesgo como la asunción del mismo<sup>525</sup> como elemento integrado en el propio objeto del contrato.

Esta exigencia devuelve la aleatoriedad a una situación de difícil delimitación genérica, si bien no impide determinadas consecuencias, a saber: la estructura básica condicional de un contrato aleatorio, así como la existencia de contratos aleatorios naturales, en lo que la aleatoriedad informa la misma causa del contrato<sup>526</sup> y orbita sobre su objeto<sup>527</sup>.

---

<sup>523</sup> De forma más contundente, TRUJILLO DÍEZ, «(...) no existen contratos condicionales, sino obligaciones condicionales», acerca de la esterilidad de la distinción tratada, en *Comentarios al Código civil*, art. 1790, BERCOVIZT (Coord.), Thompson-Aranzadi, Madrid, 2006.

<sup>524</sup> «Que incluye y lleva consigo una condición o requisito», condicional, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Real Academia Española, 2001.

<sup>525</sup> «El concepto del contrato aleatorio se asienta (...) en la voluntariedad de los interesados al asumir ese riesgo», GILARTE ZAPATERO, Art. 1790, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

<sup>526</sup> «En el contrato aleatorio el riesgo deviene elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa», ÁLVAREZ VIGARAY, "Los contratos aleatorios", *Anuario...op.*

Respecto a la **estructura básica**, condicional, del contrato aleatorio, parte en sus presupuestos de la bilateralidad de la condicionalidad<sup>528</sup> y, por tanto, del azar<sup>529</sup>: Requiere que el riesgo quede repartido para ambas partes<sup>530</sup>, como la posibilidad opuesta de beneficio o perjuicio<sup>531</sup>. En suma, un riesgo recíproco<sup>532</sup>.

---

cit., p. 622. También MESSINEO, *Manuali di diritto civile e commerciale*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1958, p. 477.

<sup>527</sup> Singularmente seguros y juegos de azar, aunque también la renta vitalicia, tontina o préstamo a la gruesa, además, en su caso, de la venta de la esperanza; pero también la venta de usufructo, de nuda propiedad y de derechos litigiosos; la fianza onerosa, el violario y la venta de derechos sucesorios.

<sup>528</sup> Bilateralidad de la condición que redundaba en un modelo natural de contrato de potencia sinalagmática y realidad unilateral; en la medida que, confirmada la condición aleatoria, una parte quedará obligada y la otra no. Caben, por supuesto, modelos aleatorios mixtos, y repartos del riesgo no absolutos, por lo que la "bilateralidad" o "unilateralidad" efectiva del contrato será contingente, pero la bilateralidad de la condición necesaria. Con todo, también hay quien defiende que la categoría de los contratos aleatorios sólo se proyecta sobre los sinalagmáticos, así MESSINEO, *Manuali...*, *op. cit.*, p. 477.

<sup>529</sup> No confundir con la bilateralidad de las obligaciones, pues nada impide un contrato aleatorio unilateral, como, además, permite el propio artículo 1790 del Código civil español, al permitir que se obliga una sola parte, o ambas recíprocamente, si bien siempre «con equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto (...)». Los supuestos de unilateralidad, por su parte, tenderán hacia los supuestos gratuitos, en los que el riesgo existe para ambas partes; pero es neutralizado por la propia causa del contrato, que pretende no una colaboración económica-social, sino el enriquecimiento unilateral de una parte, a coste del correlativo empobrecimiento de la otra (así la renta vitalicia, por ejemplo, pero también el seguro gratuito, en su caso –que suele responder, por lo demás, a situaciones más complejas-).

<sup>530</sup> «Dentro de lo que permita la incertidumbre del alea, debe existir igualdad para ambas partes entre una de las partes y los elementos que integran el riesgo, o al menos proporcionalidad, de forma que la menor probabilidad de que se realice el evento a favor de una de las partes quede compensada con la mayor importancia del beneficio patrimonial que espera obtener», ÁLVAREZ VIGARAY, "Los contratos aleatorios", *Anuario de...op. cit.*, p. 622; sigue, en la página siguiente: «El riesgo ha de ser bilateral, cada una de las partes ha de tener la posibilidad de experimentar la ganancia o la pérdida, y de tal forma precisamente que a la ganancia de una de ellas corresponda la pérdida de la otra», pp. 623-624. En el mismo sentido, TRAVIESAS, "El juego y la apuesta", *Revista de Derecho Privado*, IV, Reus, Madrid, 1917, p. 276. En contra, parcialmente, SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, *Revista di Diritto Civile*, VI-1, 1960, p. 170, en el entendido, matizable, de que en contratos como el de seguro no implica la realización del evento que el asegurado gane, ni el asegurador pierda, por la posibilidad de primas superiores al valor indemnizatorio en todo caso. Matizable por cuando subsiste la bilateralidad del alea, pues el beneficio y perjuicio no tienen por qué ser absolutos, sino relativos a la situación jurídica creada por el contrato (en la que la seguridad proporcionada al asegurado es, en sí misma, un beneficio acumulable a la efectiva cobertura).

<sup>531</sup> «(...) cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación (...) corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o de pérdida», SÁNCHEZ



En lo que hace a la **intensidad del azar**, que penetra la propia causa y modela al objeto de los contratos aleatorios cuando se entiende intrínseca al contrato, no cabe duda de la misma en los contratos aleatorios típicos, aleatorios por su propia naturaleza. Ahora bien, la aleatoriedad introducida por la voluntad de las partes, en la medida que resulte accidental y no natural, difícilmente penetrará en la propia causa de esos contratos, ni tampoco en el objeto; sino, únicamente, en la dinámica de las prestaciones que el mismo origine<sup>533</sup>. Y, si penetrase y variara la causa, sería difícil hablar del mismo contrato, o del azar como elemento accidental, toda vez que muta un elemento esencial del contrato.

---

ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 395. También CASTÁN, «un contrato no puede ser aleatorio respecto a una sola de las partes: no pueden haber probabilidades de ganancia o pérdida para una de ellas sin que para la otra correspondan probabilidades correlativas e inversas», *op. cit.*, Tomo 4, p. 717. «(...) exponiéndose [las partes] a recíprocas pérdidas o ganancias eventuales», BOSELLI, *op. cit.*, p. 472. También GUILARTE ZAPATERO, «se sostiene en un sentido, que, para poder apreciar la existencia de contrato aleatorio es preciso, en todo caso, que la probabilidad de obtener la ventaja o de sufrir la pérdida debe ser común y recíproca para las partes», Artículo 1798, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990, p. 5, precisando en la nota 25 que «acaso sea esta la opinión general». Precisa seguidamente, no obstante, que «a mi juicio, debe entenderse que, aun existiendo el riesgo de pérdida para una sola de las partes, el contrato debe ser calificado de aleatorio siempre que la medida definitiva del beneficio de la otra se corresponda con el perjuicio de la primera y dependa de un acontecimiento incierto». Esta última afirmación, además de estar referida más a la excepción –renta vitalicia gratuita, fundamentalmente– que a la generalidad de los contratos aleatorios, se encuentra con la dificultad difícilmente salvable de que toda prestación sometida a condición suspensiva incierta (esto es, que pudiera no darse), supone siempre, si se verifica la condición, un beneficio para quien la disfruta correspondiente al perjuicio de quien la ejecute. Según eso serían aleatorios una gran parte de los contratos meramente condicionales.

<sup>532</sup> DÍAZ GÓMEZ, «(...) la pérdida que uno de los sujetos puede sufrir se corresponde exactamente con la ganancia que la otra parte puede experimentar; y a la inversa, la posibilidad de ganancia de uno es precisamente la posibilidad de pérdida que soporta el otro. Por todo ello podemos concluir diciendo que se trata de un riesgo recíproco», “El riesgo en la doctrina de Pothier”, *op. cit.*, p. 369. Si bien el autor concluye que no hay criterios bastantes –o suficientemente coherentes– para definirlo de forma unitaria, incidiendo en alguna de las dificultades ya señaladas.

<sup>533</sup> De aquí la discusión sobre *el numerus clausus* o *apertus* de los contratos aleatorios típicos. Aunque quepa admitir contratos aleatorios más allá de los enunciados por los códigos, lo cierto es que se trata, casi siempre, de figuras residuales, de importancia –o, en su caso, aleatoriedad– limitada. «(...) apenas quedan como típicos contratos aleatorios de orden civil más que los incluidos como tales en el Código. Los civilistas patrios, en su mayoría, solo añaden a ellos el de decisión por suerte, y éste no ofrece gran interés, por la simplicidad de sus efectos». CASTÁN, *op. cit.*, Tomo 4, pp. 718-719.

Por tanto, cabe ser cauto a la hora de asimilar a esta categoría valorativa contratos atípicos, muy diferentes a los existentes<sup>534</sup>. Máxime cuando las dos figuras principales, el seguro y la apuesta, tienen características especiales suficientemente notorias y diferenciales como para ser indicio de la excepcionalidad de la naturaleza aleatoria de los contratos<sup>535</sup>. Ciertamente existen otras figuras contractuales próximas a la aleatoriedad, pero debieran quedar nítidamente fijadas a los criterios delimitadores de la misma, sin que baste la mera existencia de riesgo ni la condicionalidad de los efectos<sup>536</sup>.

### 5.3. Efectos de los contratos aleatorios.

Una vez más, el sentido de la categoría ha de venir dado, más allá de la mera dogmática, por los efectos jurídicos que a la misma se otorguen.

El efecto típico de la aleatoriedad ha venido siendo la no aplicación de la rescisión por lesión como efecto general, habida cuenta la indeterminación relativa de la ganancia y, por ende, de la eventual lesión<sup>537</sup>.

En España, sin embargo, habida cuenta la importancia residual de la rescisión por lesión<sup>538</sup>, no habría de ser un efecto muy destacado<sup>539</sup>. Quedaría

---

<sup>534</sup> Tratando el criterio del riesgo como elemento interno del contrato aleatorio, «Riesgo y contrato aparecen fundidos indisolublemente (...) este criterio, que se considera exacto cuando se trata de contratos aleatorios por naturaleza, lógicamente, se desvirtúa en alguna medida si pretende aplicarse a los contratos aleatorios por la voluntad de las partes (...) en este caso, riesgo y condición se aproximan al tener su origen ambos en la voluntad contractual», GILARTE ZAPATERO, Artículo 1790, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990, p. 7.

<sup>535</sup> Baste ver, por lo demás, la relación extensiva, aunque no exhaustiva, de contratos aleatorios atípicos en la nota 527 para ver la marginalidad práctica de los mismos; así como la práctica inexistencia de versiones aleatorias, sin más, de contratos conmutativos.

<sup>536</sup> «(...) debe procederse con prudencia antes de calificar de contrato aleatorio a una de esas convenciones, pues, como el riesgo influye en mayor o menor medida en todos los contratos, existe el peligro de considerar como aleatorios a contratos que en realidad no lo son» ÁLVAREZ VIGARAY, "Los contratos aleatorios", *Anuario de ...op. cit.*, pp. 631-632.

<sup>537</sup> Dispuesto de forma expresa en el artículo 1448-4 del Codice civile italiano: «non possono essere rescisi per causa de lesione i cantratti aleatori».

limitado, por tanto, a los contratos aleatorios que se celebrasen en nombre de menor, incapaz o ausente; existiera lesión, y esta fuera superior a la cuarta parte. Pero es que, más allá de la tradición histórica, no existe precepto vigente que niegue, en Derecho español, la rescisión por lesión en estos supuestos<sup>540</sup>.

Además, también podría ser diverso el régimen relativo al cambio de circunstancias, conforme al principio *rebus sic stantibus*<sup>541</sup>. En España vuelve a repetirse la escasa relevancia práctica y aplicación jurisprudencial del principio<sup>542</sup>. Además, la variación relevante a estos efectos no habría de ser la propia y asumida por las partes –pues esa no habría variado– sino una no incluida en aquella valoración, que informa al objeto y se integra en la causa del contrato<sup>543</sup>.

---

<sup>538</sup> Conforme a los límites impuestos por los artículos 1291 y 1292 del Código civil, que si bien permite, en general, la ineficacia de contratos válidamente constituidos por causa de un agravio jurídico-económico, lo limitan a una serie de supuestos muy concretos (los celebrados por los tutores sin autorización judicial o por representantes de los ausentes). Ello además de los supuestos de fraude de acreedores y otros particulares (cuya naturaleza “rescisoria” sería discutible).

<sup>539</sup> Así lo entiende también MANRESA, «Es de notar que su alcance y aplicación práctica no será muy extensa, ni, sobre todo, muy importante (...)», *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Reus, Madrid, 1931, p. 553.

<sup>540</sup> Además, si bien la aleatoriedad podría impedir, por su naturaleza, la apreciación de la lesión fruto de la aleatoriedad aceptada; la aceptación de esa aleatoriedad podría implicar, asimismo, una lesión. En todo caso, la valoración o incluso el cálculo de estas variables dista de ser sencilla.

<sup>541</sup> Con origen en la Glosa, «nadie contrata para el futuro si no es en ciertas circunstancias, y cuando las circunstancias cambien, los motivos del contrato cambian también», desde un punto de vista de Justicia, SPINOZA, *Tratado político*, 2ª Ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 164. De forma más técnica, se relaciona la equivalencia prestacional o una suerte de condición implícita natural, reconducible a hecho fortuito no imposibilitante, pero que si cambiara el contenido del contrato hasta torcer la causa del mismo, que no justificaría ya la obligatoriedad del mismo. Lo anterior, añadiendo la distinción entre base subjetiva y objetiva del negocio, introduciendo también elementos volitivos, en LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp. 95-96 y 224-225. En Italia, defendida con anterioridad a la vigencia del Código actual, OSTI, “La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico”, *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1912, queda regulado en el propio Codice civile actual, en su artículo 1469.

<sup>542</sup> Puesto que el cambio de circunstancias no sólo deben variar los efectos previstos del contrato sino que «El TS sostiene que no procede el recurso a la cláusula “rebus sic stantibus” en los supuestos (...) en los que hay una frustración total del fin del contrato», MARTÍNEZ VELENCOSO, “Riesgo negocial v. cláusula “rebus sic stantibus”, *InDret*, Vol. 1, 2011, p.4.

<sup>543</sup> «En el contrato aleatorio debe distinguirse entre aquella desproporción entre las prestaciones de las partes, que es consecuencia del riesgo asumido por cada una de ellas, y la diferencia que eventualmente pueda producirse por hechos y circunstancias ajenos al riesgo

En fin, no parecen existir efectos generales de la aleatoriedad que justifiquen ni la existencia de la categoría ni, menos, la discusión de la inclusión en la misma o no de cualquier contrato en general ni en la mediación en particular.

Sin embargo, la existencia legal de la categoría y su propia naturaleza restrictiva, tanto conceptual como normativa –pocos contratos típicos y no muchos más atípicos reconocidos-, tiene el interés de señalar la importancia del azar. *Alea* susceptible de integrar y variar la causa de un contrato, creando figuras tan diferenciadas del resto de los contratos, en regulación e historia, como son los seguros o las apuestas, entre otros. De esta forma, la propia especialidad de la categoría explica su carácter residual; así como la dificultad natural de encajar en la misma más contratos de los pocos que, realmente, sí puedan ser aleatorios.

#### 5.4. Proyección sobre la mediación.

Desde la perspectiva ofrecida, asentada en el riesgo bilateral como nota general de la aleatoriedad, la mediación no sería un contrato aleatorio<sup>544</sup>. El planteamiento sinalagmático no implica un riesgo mucho mayor que el genérico en

---

asumido en el contrato», ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios”, *Anuario de...op. cit.*, p. 638. También «no sería aplicable la aplicación de esta doctrina cuando el riesgo sea un elemento del contrato (contrato aleatorio) o cuando la alteración sobrevenida forme parte del riesgo asumido por una de las partes según el negocio de que se trate» MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>544</sup> Sí entiende RODRÍGUEZ RUIZ que el riesgo de la mediación es bilateral, incluso cuando la prestación del mediador sólo es retribuida si alcanza el resultado, toda vez que «el corredor pierde (no cobra y gasta) y oferente gana (se ahorra publicidad, el pago del arrendamiento de servicios de terceros, su trabajo personal en las visitas al inmueble sobre el que se pretende se concierte un contrato), cuando el evento aleatorio (la perfección del contrato mediado) no se alcance; de igual modo el corredor gana (cobra su retribución) y el oferente pierde (paga dicha retribución), cuando tal evento aleatorio no tiene lugar», *El contrato...op. cit.*, p. 271. No convence, puesto que el fin –y la causa subjetiva- del oferente no es la mera publicidad o los aspectos formales, sino la efectiva perfección del negocio mediado; por lo que cuando el evento aleatorio tiene lugar no pierde por pagar, sino que gana por haber conseguido lo que quería por el precio pactado (que no era la mera mediación, sino el fin de ésta).

la prestación de servicios y de pago de los mismos, con las peculiaridades aplicables a la relevancia del resultado<sup>545</sup>.

En la hipótesis unilateral, la condición pesa únicamente sobre la obligación de pago del comitente<sup>546</sup>, pues el mediador ni tuvo ni tiene, nunca, obligación alguna<sup>547</sup>. En ningún caso, además, parecen existir circunstancias excepcionales que causalicen el azar, como, además, ocurre en el seguro o la apuesta.

Sin embargo, no es minoritaria la doctrina que entiende aleatoria la mediación<sup>548</sup>, incluso de forma esencial<sup>549</sup>, o con las matizaciones que siguen.

En ocasiones, al igual que ocurre respecto de la sinalagmaticidad del contrato<sup>550</sup>, se atribuye la condición de aleatorio bajo la premisa la de aplicación de sus efectos<sup>551</sup>, sin una justificación técnica más allá de la aceptación –legítima, aunque discutible– del contenido contractual típico o posible<sup>552</sup>.

---

<sup>545</sup> *Vid.* epígrafe 6.

<sup>546</sup> «En las obligaciones unilaterales el riesgo contractual se atribuye al acreedor (*periculum est creditoris*)» VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, Comares, Granada, 2005, p. 92, aserción sustentada en el art. 1186 del Código civil.

<sup>547</sup> Además, parte de la doctrina defiende que sólo los contratos bilaterales pueden ser aleatorios. Así MESSINEO, *Manuale de ..op. cit.*, p. 477.

<sup>548</sup> «(...) no haya más remedio que admitir el carácter aleatorio de éste contrato en función a que lo que una de las partes debe dar o hacer no está perfectamente delimitado en el mismo momento de la conclusión del contrato», GARCÍA-VALDECASAS, *La mediación...op. cit.*, p. 52.

<sup>549</sup> «Desde nuestro punto de vista el contrato de corretaje es esencialmente aleatorio puesto que el contrato existe y es perfecto desde el acuerdo de voluntades, si bien depende del azar el que una de las prestaciones del mismo, la propia actividad de mediación, pueda ser desarrollada así como el alcance de la misma.», BLANCO CARRASCO, “El contrato de corretaje”, *Revista Derecho privado, op. cit.*, p. 28/39. También MESSINEO, «è necessariamente aleatorio», **Manuale di...op. cit.**, o RODRÍGUEZ RUIZ, «a nuestro juicio, el corretaje inmobiliario es un contrato aleatorio por su propia esencia, sin que sea consecuencia de una inclusión voluntaria de la aleatoriedad en un contrato que “per se” no lo fuese», *El contrato de corretaje...op. cit.*, p. 270.

<sup>550</sup> *Vid.* epígrafe 3.

<sup>551</sup> «el contrato de corretaje inmobiliario es aleatorio porque el devengo de la comisión del corredor depende de un hecho ajeno a él mismo como es la perfección del contrato principal», CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o...op. cit.*, p. 13.

<sup>552</sup> «si la comisión se va a recibir con independencia de que el contrato principal se perfeccione, entonces estaríamos ante otro tipo contractual (arrendamiento de obra o arrendamiento de servicios) pero no ante un verdadero contrato de corretaje inmobiliario» .CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o...op. cit.*, p. 13. Opone la autora las categorías corretaje y arrendamiento de obra o de servicios, si bien cabe entenderlos, también, como especies de un mismo género. También, «No es fácil determinar si el contrato de corretaje es un

La perspectiva anterior puede parecer más próxima a la hipótesis de la unilateralidad, ya que la certidumbre contractual disminuye a la par que aumenta el riesgo, con la pérdida de la obligatoriedad de las prestaciones. Sin embargo, también se predica de la mediación como contrato sinalagmático, mediante la cualificación de la condición suspensiva a constitutiva de aleatoriedad<sup>553</sup>.

En el mismo sentido, no siempre se caracteriza a la mediación como aleatoria en aras de aplicar un régimen jurídico específico de la categoría, sino que normalmente se refiere a la incertidumbre relativa<sup>554</sup>, al riesgo<sup>555</sup>, o, incluso, en razonamiento circular, al carácter de resultados de la obligación –uniendo, además, dicho carácter, a la categoría aleatoria-.

Ya se entienda como aleatorio; sometido a una condición suspensiva de la prestación del comitente<sup>556</sup>; incierto por accesorio<sup>557</sup>; o todo ello a la vez<sup>558</sup>; los

---

contrato condicional o aleatorio llegando a manejarse por la doctrina incluso ambos conceptos a la vez. La dificultad estriba fundamentalmente en que se trata de un contrato en el cual una de las partes debe obtener un resultado, la conclusión del contrato principal, que no puede ser garantizado por ésta, puesto que no depende de su voluntad sino del azar o de la voluntad de otros», BLANCO CARRASCO, “El contrato de corretaje”, en *Revista de Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 7 de 39. Da por hecho la autora, el carácter de “resultado” de la obligación mediadora, cuestión discutible (*vid. epígrafe 6*).

<sup>553</sup> Como aclara CUADRADO PÉREZ: «la aleatoriedad no excluye el carácter sinalagmático del contrato de corretaje, pues en él se prevén las prestaciones debidas por ambas partes negociales, si bien una de ellas –la retribución– se halla afectada por la inseguridad que supone depender de un hecho incierto», *op. cit.*, p. 2529. También Vid. CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o...op. cit.* 13. En contra, CARRARO, *op. cit.*, p. 95.

<sup>554</sup> «Con el empleo de la locución aleatoriedad, muchos autores pretenden hacer notar la falta de seguridad en torno a la remuneración del mediador», CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 2527.

<sup>555</sup> « [el] riesgo es consustancial a la propia naturaleza del contrato de mediación, y, como tal, es asumido por el corredor al aceptar su posición en esta relación negocial (...)De ahí, que de este contrato se predique su aleatoriedad, ya que su «mecánica» es perfectamente subsumible en el artículo 1.790 del Código civil» CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 2529 – 2530.

<sup>556</sup> Tomando al contrato por condicional, mas no predicando la condicionalidad de la existencia del contrato, sino de la dinámica de sus prestaciones «Cuando la doctrina habla de contrato condicional no reparan en que lo que someten a condición es la obligación de retribuir (a condición de que se perfeccione el negocio pretendido), pero no el contrato en sí que es puro y perfecto» GARCÍA-VALDECASAS, *La mediación...op. cit.*, p. 54. En el mismo sentido «En contra de la mencionada jurisprudencia y de la opinión de cierto sector de la doctrina, debe entenderse que no es la propia existencia del contrato de corretaje la que se encuentra «condicionada», sino el deber del oferente de remunerar al mediador» CUADRADO PÉREZ, *op. cit.* p. 2538 *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 704. Dedicado en cuanto a predicar la condicionalidad absoluta sobre el contrato, como señala CUADRADO PÉREZ, VARELLI (*op.*

efectos para muchas de las clasificaciones propuestas por la doctrina serían los mismos<sup>559</sup>. Ello explica que las mismas categorías en unas ocasiones se enfrenten y otras se conjuguen<sup>560</sup>.

Al margen de que no se den las características más propias de la aleatoriedad conforme ha sido propuesta –singularmente el riesgo bilateral–; tampoco se observa ningún efecto particular más allá de la intensidad de un riesgo que no tiene por qué ser mayor que en un cualquier otro contrato conmutativo –en cuanto a la satisfacción del interés subjetivo de las partes–, desde la perspectiva bilateral de la mediación.

Por otra parte, los efectos propios de la condición si pueden resultar más apropiados a la causa del contrato y a las exigencias de la buena fe de las partes. Así, mientras que en contrato aleatorio la obstaculización del hecho azaroso del que dependen las prestaciones no tiene por qué resultar ilícito –baste pensar en la neutralización del riesgo por el asegurador, a su costa–; en el caso de la mediación,

---

*cit*, p. 74) respecto al artículo 1.755 del Codice entiende un «principio che pone una condicio iuris non alla sola prestazione dei contraenti, bensì (...) all'efficacia dell'intero contratto».

<sup>557</sup> La dicotomía entre aleatorio y condicional la reproduce SANPONS SALGADO, comentando sobre BONET CORREA, respecto a la accesoriedad frente a la condicionalidad, partiendo siempre de que «la actividad del corredor es inoperante, se esfuma y queda improductiva si el negocio principal no llega a realizarse (perfeccionarse o consumarse); el oferente no estará obligado o retribuirle por sus gestiones, servicios y trabajos», “El contrato de corretaje o mediación”, *Anuario de Derecho civil, op. cit.*, p. 45. Una vez más, además de lo discutible de la unilateralidad del contrato, la improductividad tampoco tiene por qué identificarse con la inexistencia o “esfumación”, ya que pueden persistir responsabilidades en la fase previa a la no perfección cuya materialidad puede existir y, de ella, consecuencias jurídicas. En el mismo sentido que SANPONS, también RODRÍGUEZ RUÍZ, «cuando el oferente hubiese pactado con el corredor la retribución del mismo con independencia de que el contrato pretendido con el corretaje se celebrase o no, consideramos que, en realidad, no estamos antes un contrato de corretaje sino ante un puro y simple arrendamiento de servicios (...) ello nos permite incidir, de nuevo, en el carácter esencial que la aleatoriedad tiene como nota diferencial y caracterizadora del corretaje inmobiliario», *El contrato.. op. cit.*, p. 271.

<sup>558</sup> «Al señalar que el contrato de corretaje es unilateral y aleatorio se vislumbran inmediatamente sus otras dos notas características: la accesoriedad y la condicionalidad del mismo». BONET CORREA, “Sentencia anotada del TS de 3 de junio de 1950”, *Anuario de...op. cit.*, 1951. p. 1621.

<sup>559</sup> En el caso de la distinción entre la categoría de accesorio y condicional, por mor del riesgo de esterilidad de la acción mediadora, reconoce SANPONS SALGADO la indiferente de los efectos: «o bien podemos considerar al corretaje como un contrato principal sujeto a una condición, o bien como un contrato accesorio», terminándolo de forma indiferente.

<sup>560</sup> Ver las dos notas inmediatamente anteriores.

no parece adecuado que el comitente pueda, sin consecuencias, obstaculizar o impedir la consecución de la mediación<sup>561</sup>.

Así pues, desde la perspectiva española, no existe un efecto claro como fruto de la clasificación ni, por tanto, aporta demasiado una categoría que se ha reconocido difícil de delimitar tanto en general como en el supuesto concreto<sup>562</sup>. Se utilizan, además, los mismos argumentos y efectos para defender distintas categorizaciones contrapuestas. Por tanto, lo cabe plantear en sí misma es la causa de la voz general que propone, de un modo u otro, la aleatoriedad de la mediación.

Antes de pensar en que una característica esencial de un contrato aceptado y aceptable, útil y difícilmente sustituible, sea oscura e inaprensible; cabría plantearse si acaso hubiera alguna alterantiva tanto en la solución como en la causa del problema.

Así, en vez de buscar los efectos de la aleatoriedad en los planteamientos anteriores, puede encontrarse que ella misma es el efecto de asumir el riesgo de forma que el mediador pueda no equilibrar su prestación con una recíproca. De no la imposibilidad de obligarse a un resultado que no depende de su propia acción. Este riesgo, aunque no revista los parámetros propios del aleatorio, principalmente por su falta de reciprocidad, es el núcleo de la diferenciación, el motivo de que se intente clasificar de forma diferente<sup>563</sup>.

---

<sup>561</sup> Infringiendo, por tanto, lo previsto en el Código civil español para la condición en el artículo 1119: «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento», efecto, a su vez, equivalente a la responsabilidad del acreedor por hecho propio, respecto a la obligación condicional (*vid.* epígrafe 6.3.3). En este sentido también BONET CORREA, para quien, por ello mismo, el contrato es, al tiempo, condicional y aleatorio, “El contrato de corretaje o mediación”, *Anuario de Derecho civil, op. cit.*, p. 329.

<sup>562</sup> «Quizás el punto de más difícil clarificación sea su carácter aleatorio sumado a su condicionalidad», BLANCO CARRASCO, “El contrato de corretaje” en *Revista de derecho privado...op. cit.*, p. 7 de 39.

<sup>563</sup> «(...) la dificultad de precisar la naturaleza jurídica del corretaje por derivar, fundamentalmente, de que su finalidad económica, la conclusión de un contrato, no puede ser prometida por el mediador, al tratarse de un hecho no dependiente de su voluntad, sino de los eventuales contratantes», GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, T. III, S. Aguirre Torre, impresor, 1966, p. 126.



En efecto, resulta un riesgo extraño, asistemático respecto al funcionamiento habitual de los contratos. De ahí, la difícil clasificación de la mediación a este respecto, sin que parezca encajar claramente en ninguno de los supuestos. De ahí, también, la inclusión indubitada, en muchos casos, de la mediación en las categorías de unilateralidad; de obligación de resultados; de aleatoriedad; y hasta de accesoriedad. Todo ello fundado en un riesgo que resulta extraño y hasta incompatible con los sistemas contractuales ordinarios, que busca en cualquier categoría la justificación de su existencia, aunque amenace con desdibujar la naturaleza del contrato al que se incorpora.

Por todo ello, puede resultar más fácil, desde un punto de vista sistemático, intentar neutralizar el riesgo extraño en vez de intentar normalizarlo. No supone esto variar un contrato por la dificultad de su clasificación, sino no asumir determinadas premisas debieran ser efectos y no causas.

De lo contrario, sin que lo exija la causa del contrato ni tampoco la voluntad de las partes, podrían crearse disfunciones retroalimentadas por sí mismas<sup>564</sup> que, a su vez, bien pudieran no responder a criterios jurídicos ni a los intereses de los contratantes, sino a perpetuaciones prácticas de un mero sistema contingente de facilitación contractual, originado en un tiempo y por unas circunstancias muy distintas a las actuales.

---

<sup>564</sup> «En conclusión, la consideración de aleatoriedad del contrato de corretaje nos permite entender su configuración, propia y específica, lo que a su vez proporciona una explicación de los efectos derivados del vínculo contractual, fundamentalmente en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes se refiere, y en concreto en lo atinente al pago de la comisión». CREMADES GARCÍA, *Contrato de mediación o corretaje...op. cit.*, pp. 14-15. Puede advertirse que la consideración de la aleatoriedad proporciona una explicación a los efectos obligacionales del contrato pero, al mismo tiempo, son dichos efectos los que justifican la consideración de la aleatoriedad: «el contrato de corretaje inmobiliario es aleatorio porque el devengo de la comisión del corredor depende de un hecho ajeno a él mismo como es la perfección del contrato principal, y si esta circunstancia falta, es decir, si la comisión» p. 13/21. También para CUADRADO PÉREZ, «Este riesgo es consustancial a la propia naturaleza del contrato de mediación, y, como tal, es asumido por el corredor al aceptar su posición en esta relación negocial. (...) De ahí, que de este contrato se predique su aleatoriedad», *op. cit.*, pp. 2529-2530; y, de forma inversa, « el riesgo del mediador ha de localizarse en la ya mencionada falta de seguridad en torno a la percepción de su remuneración (como consecuencia de la aleatoriedad del contrato de corretaje)», pp. 2531-2532.

Así pues, ese riesgo, que no es aleatorio y sí oscuro, puede ser verdaderamente esencial, natural o contingente a la mediación. Ello dependerá de la función de dicho riesgo, así como de la sistematización del mismo. En todo caso, puesto que no puede ser consecuencia de la aleatoriedad –ni tampoco causa de la misma–, habrá de ser estudiado en relación con otros institutos delimitadores de la **asunción y reparto del riesgo contractual** entre las partes; bien a través de las llamadas "**obligaciones de resultado**"<sup>565</sup>; bien por otras vías<sup>566</sup>.

En cuanto a la **perspectiva italiana**, en la medida que el Codice civile preceptúa, como norma general, el nacimiento del derecho a la retribución del mediador con la conclusión del negocio mediado<sup>567</sup>, el riesgo está claro<sup>568</sup>. Siendo el mismo contrato en esencia que en el caso español, la relevancia de la idéntica circunstancia es también igual<sup>569</sup>.

Sin embargo, la certeza de dicho riesgo, declarado de forma típica por la Ley, hace hasta cierto punto estéril ulteriores calificaciones que lo justifiquen. Puede ser igualmente discutido en cuanto a idoneidad –y lo será–, pero la fuente es legal y suficientemente clara<sup>570</sup>. De ahí que no persista, tras el Código italiano

---

<sup>565</sup> Vid. epígrafe 6.

<sup>566</sup> Vid. epígrafe 8.

<sup>567</sup> Art. 1755 Codice civile.

<sup>568</sup> Sin perjuicio de que se pueda considerar simétrico, ya que, como se verá, no se extiende la suspensión de la eficacia mediadora, en Italia, a los mismos supuestos que en España; ni tampoco es igual la tendencia a considerar los gastos realizados para las mediaciones infructuosas.

<sup>569</sup> Así se discute, también igualmente, sobre la condicionalidad: «la conclusione del contratto rappresenta l'evento futuro ed incerto cui è subordinato l'obbligo di chi si è valso dell'opera del mediatore di compensarla (...) mancando il suceso, non è che non si sia verificata la condizione la quale limitava l'obbligo di chi si era trovato in rapporto col mediatore, ma la mancata conclusione dell'affare dimostra in modo obbiettivo che il negozio di mediazione, in sè considerato, è rimasto letera morta», o se subraya la importancia del riesgo «il rapporto di mediazione deve la sua portata caratteristica sono due: uno, è la gravità del rischio che pesa sul mediatore (...) l'altro, che il risultato da conseguire attraverso il contratto di mediazione è la stipulazione di un contratto fra altri», respectivamente en las pp. 60 y 61 de FINOCCHIARO, *Il contratto di mediazione*, N. Giannotta, Catania, 1922.

<sup>570</sup> «in conformità del resto all'opinione assolutamente prevalente in doctrina, la provvigione rappresenta la "recompensa del risultato utile operato dal mediatore", ne segue, logicamente (...) costituisce una norma che, in quanto delimitativa della mediazione quale

actual, un gran interés doctrinal ni jurisprudencial en indagar en la aleatoriedad de dicho riesgo, ni en clasificarlo más allá de la propia especialidad del contrato típico.

Por otra parte, la tipicidad de dicho riesgo funciona como legitimidad directa, no como legitimación sistemática. Para ello habrá que someterlo, de igual forma, a los criterios aludidos de imputación y reparto del riesgo, o bien acudir a la especialidad, si acaso esta pudiera justificarse. De otra forma, la mera tipificación de cualquier circunstancia impondría su sistematicidad y lógica y, por ende, las actuaciones legislativas serían siempre lógicas y sistemáticas<sup>571</sup>. No siempre es así.

---

schema típico, non può essere derogata dall'autonomia privata senza con ciò snaturare il tipo stesso che la norma provvede ad individuare», MARINI, *La mediazione, comm. delle art. 1754-1765, Il Codice Civile. Commentario*. Giuffrè, Milano, 1992. SCHLESINGER, *La mediazione*, en *Il codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 92. Como referencia clásica, casi originaria, CARRARO, «(...) disposizioni debbono ritenersi essenziali alla mediazione, perchè dirette ad individuarla rispetto a rapporti che potrebbero in qualche modo ritenersi affini. Una di queste norme, a mio modo di vedere, è quella che subordina l'acquisto, da parte del mediatore, del diritto alla provvigione, alla circostanza che l'affare sia concluso, e per effetto del suo intervento», *La mediazione, op. cit.*, p. 77.

<sup>571</sup> No quiere decir esto que la norma italiana introdujera una novedad radical su panorama doctrinal contemporáneo, pues ya existía la misma conciencia de ese riesgo, derivado de la dependencia de la retribución del mediador de la perfección del contrato mediado. Así FINOCCHIO, «La provvigione è dovuta per il risultato utile dell'opera; é questo effetto che viene preso in considerazione e non la persona, tanto che se il mediatore professionista non fa concludere, nulla gli spetta. Se il suceso viene da opera anche non professionistica, l'effetto utile dev'essere compensato così come se dal professionista derivasse», *La mediazione nel Diritto italiano*, S.A.I.G.A. Fratelli Armanino Ed., 1915, p. 201. Tampoco es una novedad en términos normativos, pues la norma de anterior vigencia, el art. 32 del Cod. Comm. De 1882 sancionaba que «al mediatore non compete il diritto di mediazione se l'affare non è stato concluso». Norma que, a su vez, sustituye a la regulación, mucho más reglamentaria –casi administrativa– del Codice di commercio de 1865 que, sin embargo, en cuanto a la retribución de los mediadores, establece, sin más que «I pubblici mediatori hanno diritto per la loro mediazioni alla mercede determinata da apposita tariffa».

## 6. OBLIGACIÓN DE MEDIOS O RESULTADO.

- 6.1. Concreción del riesgo relevante y neutralizable por la obligación de resultado.-
- 6.2. Concreción del contenido de la obligación a "resultar": deber, posibilidad y responsabilidad.-
- 6.3. Aplicación a la mediación.-
  - 6.3.1. Efectos.-
  - 6.3.2. Estado actual de la cuestión, algún origen pretérito, y futura necesidad de cambio.-
  - 6.3.3. Problemas específicos y soluciones "exclusivas".-
- 6.4. Derecho contractual europeo

Como se ha dicho, resulta especialmente relevante, en cuanto a la configuración de la mediación, la existencia y distribución del riesgo. Sobre esa base se construye, en no pocos casos, la unilateralidad del contrato, la aleatoriedad del mismo, su condicionalidad, accesoriedad o, en definitiva, los efectos que dan lugar a dichas categorías.

La premisa principal parte de la condición suspensiva de la obligación de pago del comitente, en tanto no se haya satisfecho su interés contractual. O, de otro modo, del incumplimiento de la prestación mediadora, en la medida que no haya satisfecho dicho interés. En definitiva, se niega eficacia, capacidad de derechos retributivos, a la actividad mediadora; desplazándose dichos atributos al eventual resultado de la misma.

El riesgo contractual, por tanto, se concentra en el mediador. Dicha distribución, si bien resulta un asunto complejo en sí mismo, puede concretarse para la mediación en los más estrictos supuestos de las obligaciones de hacer, cuyo paradigma distributivo son las obligaciones de resultado<sup>572</sup>, cuya idoneidad -o incluso posibilidad- dista de ser clara.

---

<sup>572</sup> Tanto es así que, en no pocas situaciones, se reduce a "obligación de riesgos" a toda figura que se aproxime a tal paradigma de concentración del riesgo, aunque sea por sus consecuencias. Así «la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado dificulta enormemente el entendimiento de las situaciones aludidas y conduce, en ocasiones, a calificar como contratos de resultado, todos aquellos en los que la retribución se hace depender de la consecución de ciertos fines. Así ocurre con los contratos de comisión, agencia y de mediación o corretaje, que se califican por la doctrina como contratos de resultado (...) en el caso de la

Este tipo de obligaciones presupone y localiza un riesgo, integrándolo en el contenido prestacional de una de las partes. El mecanismo jurídico a través del cual lo localiza no es tan sencillo, por lo que, más allá de la culpa y el contenido objetivo de la obligación, cabe plantearse la naturaleza de dicha limitación, así como sus efectos generales y su concreta proyección sobre el concreto contrato de mediación.

No se trata necesariamente de una equivalencia entre la distribución del riesgo y las obligaciones de resultado, sino de que dicho riesgo es requisito y, como tal, punto de partida para llegar hasta esa modalidad obligacional.

### **6.1. Concreción del riesgo relevante y neutralizable por la obligación de resultado.**

Si ningún resultado fenomenológico futuro es absolutamente cierto, tanto menos lo son los actos humanos encaminados a conseguir un resultado. Es por ello que el interés subjetivo de todo contrato, siendo incierto, implica un riesgo equivalente al peligro de que tal interés no se realice<sup>573</sup>.

Ahora bien, dicho interés puede tener –y normalmente tendrá– una proyección múltiple, que incluya elementos del contrato de que se trate; pero también externos al mismo, y hasta de otros negocios relacionados. Será relevante, en lo que se trata, el riesgo contractual concretado sobre elementos volitivos y objetivos casualizados del contrato, dejando al margen tanto las consideraciones

---

mediación o corretaje el resultado es la estipulación o perfección del contrato y no su ejecución», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, pp. 124-125.

<sup>573</sup> GAVIDIA SÁNCHEZ, «La posibilidad de un evento se califica como riesgo sólo cuando el evento incide sobre un interés subjetivo, de forma que el riesgo o peligro puede ser entendido como la posibilidad de un evento favorable o desfavorable», GAVIDIA SÁNCHEZ, “Presuposición y riesgo contractual”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 584. También GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffré, Milano, 1964, pp. 71-74.

subjetivas que no se hayan integrado en el mismo<sup>574</sup>. Así los intereses económicos o personales indirectos, ajenos al objeto de contractual de que se trate.

Por tanto, frente al riesgo contractual subjetivo, que amenaza los intereses de cada parte conforme a sus expectativas y circunstancias personales, internas; interesa el riesgo contractual objetivo, que abarcaría las situaciones en las que el riesgo amenazara intereses contractuales directos<sup>575</sup>, entendiendo por tales los efectos del cumplimiento de las obligaciones pactadas<sup>576</sup>.

Por otra parte, y aunque sólo sea a efectos de retornar sobre la naturaleza contractual de la mediación, conviene señalar que el riesgo contractual sólo puede entenderse sobre la idea del crédito prestable<sup>577</sup>, por lo que la opción no

---

<sup>574</sup> Se parte, por tanto, de la irrelevancia general de los motivos no causalizados. «el dogma de la irrelevancia de los motivos (...) en nuestro Derecho puede considerarse recogido implícitamente en la regulación de la causa del contrato. El precepto contenido en el artículo 1274 no hace, salvo en lo relativo a las liberalidades, referencia alguna a los motivos: la causa de los contratos onerosos resulta, pues, totalmente objetiva», GAVIDIA SÁNCHEZ, críticamente, desde la perspectiva del dogma de la voluntad, “Presuposición...”, *op. cit.*, p. 577. No se defiende ahora tampoco la objetivación mercantil de todo tráfico jurídico, sino afianzar la certeza contractual desde los parámetros expresados, asentidos y subsumidos en el negocio, en su objeto y causa.

<sup>575</sup> Limitando la extensión puramente económica, resulta útil también la concepción de riesgo contractual en sentido estricto, para GAVIDIA: «Con la expresión “riesgo contractual en sentido estricto” que, desde ahora, la consideramos equivalente a la de “riesgo contractual en sentido propio”, pretendemos circunscribir su ámbito, de una parte, a la superveniencia de eventos extraños a la voluntad de los contratantes y a sus efectos sobre la relación obligatoria contractual y, de otra, a la liquidación de la operación económica frustrada cuando la frustración sea juzgada relevante (...). Se trata, por consiguiente, del riesgo de pérdida o destrucción de la cosa objeto de una prestación o la irrealizabilidad de la actividad, así como del aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento o de la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación no se ha devaluado», “La presuposición...”, *op. cit.*, pp. 588-589.

<sup>576</sup> Aunque la norma reviste de una especialidad notable, tanto en cuanto al sector que regula como a los límites que al mismo se establecen, puede verse un ejemplo positivo de la distinción en los artículos 11 al 13, respecto al 10, de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. En dicha previsión de los efectos de la agravación o disminución del riesgo, respecto a un contrato indubitadamente aleatorio, se limita el riesgo relevante al objetivo, concretado, respecto del objeto del contrato, al que pueda inferirse de las circunstancias incluidas en el cuestionario respecto del que el asegurado tiene deber de declaración. No será, por tanto, riesgo relevante aquel que pudieran temer o esperar las partes, sino aquél que hubieran incluido en la relación contractual.

<sup>577</sup> De hecho, «(...) el ámbito propio del riesgo contractual es el de los contratos en los que la ejecución de, al menos, una prestación queda aplazada en el tiempo y, sobre todo,

obligacional -unilateral- sobre la mediación elimina tal riesgo contractual<sup>578</sup> para convertirlo en un riesgo extracontractual.

En un sentido cercano, los riesgos posteriores al contrato, proyectados sobre la pérdida de valor o utilidad de las prestaciones ya ejecutadas, también serán extracontractuales<sup>579</sup>, pues el contrato ya está agotado. De ahí que si se considera unilateral el contrato de mediación, no contendrá un elemento relevante de riesgo contractual<sup>580</sup>. Ello porque el mediador no obligado no arriesga contractualmente.

El comitente, por su parte, sólo contratará si el negocio mediado le es útil, teniendo en cuenta, para dicha utilidad, la carga patrimonial que supondría la eventual satisfacción del mediador. Los riesgos derivados de las consecuencias de la perfección negocial serán, respecto de la mediación, extracontractuales<sup>581</sup>.

Es por ello que el tratamiento mayoritario de la mediación como de un contrato de riesgo, bien puramente aleatorio, bien de otra forma (repartos del riesgo, atención a los resultados, tratamiento de la imposibilidad fortuita, etc.), apuntan, de nuevo, a la alternativa sinalagmática. No porque sea imposible su unilateralidad sino porque si se trata y desarrolla conforme a características propias o congruentes de la bilateralidad, muy probablemente así lo sea.

## **6.2. Concreción del contenido de la obligación a “resultar”: deber, posibilidad y responsabilidad.**

Antes de tratar si el mediador asume una obligación de medios o de resultado, conviene fijar el punto de partida en una concreta concepción del deber

---

aquellos que tienen por objeto prestaciones periódicas o continuadas». GADIVIA, “Presuposición...”, *op. cit.*, p. 591.

<sup>578</sup> «(...) si no hay crédito no hay riesgo contractual, aunque haya existido un contrato», GADIVIA, *op. cit.*, p. 590.

<sup>579</sup> NICOLÒ, *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1025

<sup>580</sup> De hecho, el mayor riesgo será la propia desaparición del contrato antes incluso de generar ningún efecto (*vid.* epígrafe 3.3)

<sup>581</sup> Al tratarse de dos contratos principales y autónomos (*vid.* epígrafe 4.2)

que integra dicha obligación, así como de la responsabilidad que sería consecuencia del incumplimiento de la misma.

De este modo y a los efectos que siguen, se entiende que una situación pasiva en un negocio jurídico, concretada en la prestación debida, supone siempre un deber de actuación<sup>582</sup>. Se trata, en fin, de una interacción personal con el entorno, en aras de un objetivo o utilidad que persigue el acreedor de dicha actuación debida<sup>583</sup>.

Se parte de la base anterior no como norma general sino como la esencia de la prestación<sup>584</sup> y, con ello, del contenido de la obligación<sup>585</sup>. Por ello puede resultar

---

<sup>582</sup> Ampliamente DÍEZ-PICAZO a lo largo de *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008: «cualquiera que sea la idea que se mantenga en la teoría general del derecho, la posición del deudor debe ser considerada como un deber jurídico y debe además entenderse que este deber jurídico es, en primera línea, un deber consistente en la adopción de un determinado comportamiento, que es el comportamiento de prestación», p. 91; «La deuda aparece, prima facie considerada, como un deber jurídico, que consiste en realizar en favor de otra persona un determinado comportamiento que es la “conducta de prestación (...) El deber central y primario del deudor, sobre esto no cabe duda de ningún género, es el deber de realizar la prestación. Se trata de un deber jurídico que se concreta en la adopción de un determinado comportamiento que debe ajustarse a los rasgos descritos en el programa de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Es, palmariamente, un deber de esfuerzo y un deber de despliegue de actividad (...)» p. 117; «el objeto de la obligación es, por tanto, siempre un comportamiento o una conducta del deudor: el llamado comportamiento o conducta de prestación, o más simplemente, “prestación”», p. 236. También PUIG PEÑA «sujeto pasivo o deudor (debitor reus promittendi), es el obligado a realizarla [la prestación]; es decir, aquel sobre quien pesa el deber de desarrollar cierta actividad en beneficio del acreedor», *Compendio de... op. cit.*, Barcelona, p. 23; «el objeto de la obligación es la prestación; es decir, el comportamiento que tiene derecho a exigir el acreedor del deudor, en virtud del vínculo obligatorio (...) ese comportamiento se traduce: o en un dare, en un facere, o en un non facere», p. 26. CASTÁN: «la opinión que hoy tiende a imperar, y que nosotros aceptamos, es la que considera como objeto de la obligación la prestación, o sea el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor, y que tiene derecho a exigirle el acreedor», *op. cit.*, p. 64, Tomo III. ALONSO PÉREZ, «La obligación es, esencialmente, deber de observar un comportamiento para satisfacer un interés concreto del acreedor (...) realizar una actuación determinada y que se programa de una forma clara y delimitada», *El riesgo en el contrato de compraventa, op. cit.*, p. 35

<sup>583</sup> DÍEZ-PICAZO, «(...) el deudor tiene que procurar, por lo menos en ocasiones y en cuanto esté en sus manos, que el acreedor logre la satisfacción de su interés, es decir, prestar aquella cooperación necesaria para que se produzca un resultado útil de la prestación. Esto no quiere decir, de ninguna manera, que el deudor sólo cumpla si la prestación alcanza la utilidad, querida o esperada, del acreedor (...)», p. 118, DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008.

<sup>584</sup> Respecto a alternativa entre un sistema que agote el interés del acreedor y otro que parta de la acción debida, bajo un modelo de diligencia, MENGONI, «(...) non si può continuare a concepire l'obbligazione sullo schema della romana stipulatio, como rapporto che



difícil el paso lógico que transforme la prestación, como actividad, en un resultado que es contrario a su naturaleza<sup>586</sup>.

La dinámica del deber obligacional pasa, como presupuesto, por la posibilidad de cumplimiento voluntario<sup>587</sup>; y no se puede actuar directa,

---

obliga il debitore ad una prestazione qualiicata da un risultato utile per il creditore, e poi ridurre la responsabilità per l'inadempimento nei limiti della semplice diligenza. Se qui si ferma la responsabilità del debitore, allora bisogna coherentemente affermare, argumentando a ritroso, che contenuto dell'obbligo del debitore non è la prestazione, ma soltanto un certo grado di diligenza, una certa misura di sforzo in direzione della prestazione», Responsabilità contrattuale (dir . vig .)" en "Responsabilità contrattuale", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1077-1078.

<sup>585</sup> El Código civil español declara en su artículo 1088, principiando las obligaciones, que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». MESSINEO diferencia el objeto y el contenido de la obligación, identificando con la prestación sólo el contenido que, por otra parte, es necesario, frente a la contingencia del objeto, *Manuale...op. cit.*, Tomo III, p. 31.

<sup>586</sup> DÍEZ-PICAZO «el deudor no puede quedar obligado a que el acreedor consiga la realización de aquel fin, de aquel interés o de aquel resultado que persigue. El deudor cumple realizando la actividad a la cual está obligado. Su deber no es un deber de satisfacción, sino un puro deber de esfuerzo», en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, op. cit.*, pp. 94-95. No trata el mismo supuesto, pues el fin del acreedor puede no ser igual o no limitarse al resultado de la prestación, aunque resulte igualmente de la misma (resultado del resultado); pero parece aplicable a la idea que se defiende. En contra, al aceptar sin más esta mutación del contenido de lo que es la prestación, el propio DÍEZ-PICAZO, «en las obligaciones de resultado, en lo que lo debido es la obtención del concreto resultado, que, por consiguiente, se integra en el contenido de prestación. En este tipo de obligaciones no basta que el deudor despliegue la actividad diligente encaminada al logro del resultado, sino que debe obtener este último», *Fundamentos...op. cit.*, p. 246. También MENGONI, «(...) separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine», "Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", *Rivista Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1954, pp. 188-189.

<sup>587</sup> CASTÁN: «el efecto cardinal de la obligación es su ejecución o cumplimiento; pero éste puede ser voluntario o normal (cuando se realiza por el deudor en la exacta forma establecida), o involuntario o anormal (...). Lo que no puede cumplirse voluntariamente, no puede ser tampoco exigido, aunque pueda implicar responsabilidad patrimonial. También GARCÍA AMIGO, «El deber de prestación determinado por la ley o convencionalmente por las partes, el cual puede ser cumplido voluntariamente por el deudor, o coactivamente mediante la llamada ejecución forzosa en forma específica, siempre que (...) el deudor no cumpla por su espontánea voluntad», *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 70. En contra JORDANO FRAGA, opina que «existe un perfecto paralelismo, entre obligaciones de hacer de medios y de resultado, en el terreno del cumplimiento: en las dos el deudor, para cumplir, ha de realizar lo debido, y lo debido es aquello que aparece definido como prestación del deudor- contenido de la obligación de éste y, simultáneamente, del derecho del acreedor- en la relación obligatoria de cuyo cumplimiento se trate», "Obligaciones de medio y resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 23, y «si el contenido de cada prestación nos define, positivamente, lo que el deudor (...) ha de hacer para cumplir; es ese mismo contenido de la

voluntariamente, un resultado. Realizadas todas las acciones que pudieran ser exigibles, agotando no sólo toda diligencia, sino toda posibilidad, el resultado podría no seguir a aquella actuación. Tampoco podría ser exigido coactivamente, ni ejecutado a costa del acreedor<sup>588</sup>.

Se trata, en suma, no de una imposibilidad originaria que haría nulo el contrato, sino de una suerte de imposibilidad sobrevenida<sup>589</sup> latente, siempre posible y probable<sup>590</sup>, aun con distinta intensidad, en las obligaciones de resultado<sup>591</sup>.

Proyectando esta posibilidad de cumplimiento -o imposibilidad del mismo- sobre la actuación diligente del obligado a la prestación, se obtiene que actuando con diligencia se puede o bien alcanzar el interés del acreedor -configurado o no como resultado- o no hacerlo.

---

prestación, el que, por tanto, negativamente, nos servirá para establecer los supuestos de infracción de la obligación de su deudor: todos aquellos en que no éste no realice (exactamente) lo debido (lo que el acreedor tiene derecho a exigirle)», p. 24. Sin embargo, y aunque pueda parecer meramente gramatical, en rigor el deudor no puede “realizar” un resultado que no pueda controlar, sujeto a la aleatoriedad -natural, no jurídica-. Asimismo, en rigor, tampoco se le puede exigir dicho resultado, pues haciendo todos los actos que se le pudieran exigir, podría no llegarse al mismo. Siempre al margen de la responsabilidad.

<sup>588</sup> Siendo, en España, el principal efecto del incumplimiento de las obligaciones de hacer, ex art. 1098 de Código civil, «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará ejecutar a su costa», siendo, en principio, la indemnización por daños y perjuicios subsidiaria y, además, condicionada a la efectiva existencia y prueba de los mismos. Ello además de los efectos propios de la sinalagmaticidad (*vid.* epígrafe 3.2).

<sup>589</sup> «(...) cuando un suceso, de procedencia diversa, incide en el iter de una obligación válidamente constituida, con anterioridad al momento de cumplimiento o mientras éste se está desarrollando, de forma que impide su culminación (...)», CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 43

<sup>590</sup> «Resulta en cierto modo inexplicable, en qué debe consistir el hecho de dar seguridad, pues si el mismo supone efectuar los comportamientos que sean necesarios para alejar un peligro, habríamos de considerar que se trata de una prestación de resultado; pero en tal caso resultaría bastante dificultoso hablar de un daño fortuito en cuanto pudiera ser evitable, pues nadie podría obligarse a efectuar una prestación imposible», Tratando de la neutralización del riesgo, DÍAZ GÓMEZ, “El riesgo en la doctrina de Pothier”, *op. cit.*, p. 355.

<sup>591</sup> En suma, es inevitable la eventual aparición de una «imposibilidad física-material o jurídica, y sobrevenida, que es el reverso de aquel requisito de la prestación (su posibilidad: art. 1272)», JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medio y resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 42.

En el supuesto de que lo alcanzara, no cabría duda de que, habiendo cumplido diligentemente y, además, habiendo satisfecho el interés del acreedor, la obligación estaría cumplida.

Por el contrario, si no lo alcanzara y, habida cuenta de su actuación diligente, no pudiera ser por una causa imputable al deudor; podría reconducirse la situación a tres posibles eventos: de un lado, un hecho ajeno que haya impedido temporalmente la prestación; de otro, un hecho ajeno que haya imposibilitado, definitivamente, la prestación; por último, un hecho ajeno que haya dificultado la realización del interés, de forma que el modelo de diligencia adoptado no hubiese sido suficiente.

El primer caso dependerá de la configuración temporal de la prestación, sometida o no a plazo, término o, aun siendo indefinida, limitada a la duración temporal propia de la naturaleza de la obligación<sup>592</sup>.

El segundo caso, será un supuesto de acaecimiento de un hecho fortuito<sup>593</sup>, fuera del ámbito de actuación de las partes, que hará imposible la realización de la

---

<sup>592</sup> *Vid.* epígrafe 4.5.

<sup>593</sup> Lo define, JORDANO FRAGA, como «imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor; siendo legalmente el criterio general –pero no único– de imputación, la diligencia, el caso fortuito puede definirse aproximadamente como “imposibilidad sobrevenida e inculpable de cumplir o de hacerlo exactamente por parte del deudor”» p. 39, aclarando que el significado de la imposibilidad sobrevenida de la prestación « imposibilidad física-material o jurídica, y sobrevenida, que es el reverso de aquel requisito de la prestación (su posibilidad: art. 1272) (...) no se mide en la diligencia (como una cierta cantidad de esfuerzo diligente del deudor), sino en la naturaleza de las cosas y en la ley.», “Obligaciones de medio y resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 42.

prestación<sup>594</sup>, frustrando de forma definitiva el interés contractual respecto a la misma<sup>595</sup>.

En el último caso, la dificultad no puede equipararse a la imposibilidad<sup>596</sup>, pues el deudor se obligó no sólo a lo expresamente pactado, sino también a sus consecuencias naturales<sup>597</sup>. Proyectado sobre su *facere*, ha de entenderse como aquellas adaptaciones necesarias de dicha actuación para realizar la causa negocial, hacia el interés del acreedor. Por tanto, en el modelo de diligencia apropiada ha de estar también incluida la adaptación de actividad a esas circunstancias<sup>598</sup>. De esta forma, sería negligente o doloso ignorar la actividad debida<sup>599</sup>, tan sólo por el incremento de dificultad de la misma<sup>600</sup>.

---

<sup>594</sup> Conviene advertir que se tratará, a los efectos presentes, de forma indistinta el caso fortuito y la fuerza mayor como causa de imposibilidad sobrevenida e inimputable. «El caso fortuito y la fuerza mayor en el cumplimiento de las obligaciones, diferentes en su concepto de derecho constituyente, pero uniformes en las legislaciones positivas, existen desde que se produce un acontecimiento no dependiente del hecho del deudor, no previsible, o al menos inevitable, con efecto necesario por el cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación, y que en este caso nadie responde de aquellos sucesos que no pudieron evitarse», PUIG PEÑA, *Compendio de...op. cit.*, p. 586.

<sup>595</sup> En el Código civil español, recogido de forma expresa en los artículos 1105 en general, y 1184 en concreto para las obligaciones de hacer «también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». En el Códice civile italiano, artículo 1176 en relación con el artículo 1218.

<sup>596</sup> Non facit inutile stipulationem difficultas praestationis, 2, 2; y 137, 4 del título 1, libro 45 del Digesto. «La dificultad extraordinaria, fruto de alteraciones sobrevenidas posteriores a la celebración del contrato o a la constitución de la obligación, en la medida en que no suponen una imposibilidad de realización de la prestación misma», FERNÁNDEZ CAMPOS, «La imposibilidad de cumplimiento de la prestación indebida» *Anales de Derecho civil de la Universidad de Murcia*, nº20, Murcia, 2002, p. 43.

<sup>597</sup> Art. 1258 del Código civil español, «Los contratos (...) obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

<sup>598</sup> En contra JORDANO FRAGA, «(...) se podrá decir que el deudor no cumplidor (o no exactamente cumplidor) responde, mientras sea posible el cumplimiento o exacto cumplimiento, porque se halla en culpa. Esto es desnaturalizar la culpa/diligencia, llevarla a un campo –el de la determinación de la posibilidad/imposibilidad de la prestación– al que resulta por completo extraña», «Obligaciones de medio y resultado...», *op. cit.*, p. 48.

<sup>599</sup> Esta relación subjetiva entre imposibilidad y diligencia parte de las fuentes romanas, pues supone un evento más allá de la diligencia diligentissimi patris familias (d. 13, 6 18), o de la diligentia... quam debent homines frugi et diligentes praestare (D. 18, 6, 12). Al respecto, DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962, p. 91. También EXNER, quien señala el brocardo de la Glosa «inter levissiman culpam et casus fortuitum nihil est medium», *Tratado*, Vol I, *op. cit.*, p. 31. A su vez, LUZZATTO entiende,

Lo anterior con límites: En primer lugar, la eventual aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>601</sup>. En segundo, el modelo de diligencia a aplicar, así como la capacidad del mismo de absorber la adaptación a la nueva actividad, sin desbordar el objeto ni naturaleza causalizada de la obligación<sup>602</sup>. O, lo que es lo

---

desde esta interpretación histórica, que la fuerza mayor viene dado por la ausencia de «culpa levissima», Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I, Milano, Giuffrè, 1938, p. 3. El presente sistema de fuerza mayor, en su concepción negativa, que excluye la culpa, es heredero de aquella tradición. Prefiere esa concepción CANDIAN, “Caso fortuito e forza Maggiore”, *Novissimo Digesto Italiano*. II, Utet, Torino, 1958, p. 988, o CASTÁN, 3, 226.

<sup>600</sup> De hecho, en ocasiones se define la fuerza mayor en contraposición a dicha diligencia, que le da sentido. Además de lo ya expuesto, de forma expresa CHIRONI «acontecimiento no imputable al deudor, y el que, según la medida de la diligencia requerida, no se podía prever, o que, pudiendo preverse, es inevitable y de tal naturaleza que impide el cumplimiento de la obligación». CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno: Culpa contractual*, Hijos de Reus, Edit., Madrid, 1898, p. 759. También LEHMANN invoca a GOLDSCHMIDT, «fuerza mayor es un caso que hubiera podido evitarse ni siquiera utilizando una diligencia llevada al máximo», o EXNER, «acontecimiento originado fuera del círculo de explotación del empresario, cuyos efectos perjudiciales no han podido evitarse a pesar de haber utilizado las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar», *op. cit.*, pp. 503, 504. CASTÁN expresa, a su vez, respecto al concepto positivo del caso fortuito, que «un gran sector de la doctrina moderna lo ha impugnado (...) aduciendo que, dada la variabilidad de la noción del caso fortuito, por la relación íntima que tiene que guardar con el grado de diligencia que debe prestar el deudor en cada relación concreta, no es posible dar una definición positiva (...) sino un concepto negativo (...) como hecho no atribuible a culpa del deudor, que hace imposible el cumplimiento de la obligación», *op. cit.*, Tomo 3, p. 227. En contra DI MAJO, “Delle obbligazioni in generale”, *Commentario del Codice civile*. Scialoja-Branca. Libro cuarto, Delle obbligazioni ; art. 1173-1176, Bologna: Zanichelli ; Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1988, p. 470.

<sup>601</sup> Eventual y discutible, en este sentido, en la medida que la onerosidad sobrevenida derivada de un hecho imprevisible no es lo mismo que la presuposición de una determinada estabilidad fáctica de carácter genérico que pudiera afectar a la motivación subjetiva de las partes, aunque no a sus prestaciones o, si lo fuera, no tiene cabida un tratamiento autónomo. En suma, no es lo mismo un mayor sacrificio sobrevenido, en cuanto a la ejecución de lo obligado, que el resultado que aquello, o la prestación de la otra parte, pudiera dar; imprevisibilidad objetiva o subjetiva, respecto de la voluntad declarada de las partes. De forma similar lo entiende BOSELLI «Se puede rechazar el parentesco entre la institución de la excesiva onerosidad y la cláusula “rebus sic stantibus”, por la evidente irreducibilidad de las hipótesis normativas formuladas por los artículos 1467 y 1468 al principio que constituye el sustento de la cláusula antedicha: el principio de la condicionalidad de los vínculos consensuales a la persistencia de una determinada situación de hecho», en “Eccessiva onerosità”, de *Il novissimo digesto italiano*, vol. Iv, Turín, 1960, p. 332. En España, la cláusula “rebus sic stantibus...” es de construcción jurisprudencial, restrictivo concepto y más aún limitada aplicación, la entiende parte de la doctrina ínsita en el artículo 1258 del Código civil, así ORDUÑA MORENO, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blach, Valencia, 1998, p. 318.

<sup>602</sup> MENGONI expresa que, si el esfuerzo necesario para conseguir el resultado de la obligación debiera concretarse en una actividad extraña al contenido obligacional, no se trataría de una mera dificultad, sino de una verdadera imposibilidad. “Obbligazioni “di risultato” e

mismo, cuando la adaptación implique exceder la causa -que no la onerosidad- de la relación, no ha de tenerse por posible, en lo que a ese contrato se refiere<sup>603</sup>.

En cuanto a las alternativas expuestas -síntesis de los avatares que puedan afectar al cumplimiento y responsabilidad del obligado a prestar-, la singularidad propia de las obligaciones de hacer de tracto continuo hace que tiendan a una imposibilidad sobrevenida sostenida<sup>604</sup>; sobre todo aquellas que sean de duración indeterminada.

No se tratará siempre de un evento único y determinado que impida la prosecución de la prestación o el fin de la misma. Habida cuenta el mecanismo complejo que supone el acto prestable, para cada resultado imposible casi siempre se dará una concatenación de hechos, difícilmente individualizables, que causarán en su conjunto a la imposibilidad tratada.

Por esta difícil determinación del evento imposibilitante, compuesto por otros tantos, tendrá que interpretarse la posibilidad de la prestación sobre un marco temporal, antes de deducir, *ex post*, los hechos impeditivos de la eficacia de la prestación diligente<sup>605</sup>. Transcurrido el tiempo necesario para que se destruya la

---

obligazioni "di mezzi", *Rivista Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1954, p. 283. También podría integrarse la imposibilidad en atención a la causa, siempre que pudiera desnaturalizarse. Así entiende también CASTÁN que «parece exagerada la tesis tradicional, según la cual la imposibilidad debe tener carácter absoluto y objetivo, no bastante, para que se produzca la liberación, la imposibilidad subjetiva, atribuible sólo al deudor», *op. cit.*, Tomo 3, p. 229.

<sup>603</sup> Efectivamente, no pueden considerarse, *ex art.* 1258 del Código civil español, obligaciones aquellas consecuencias del contrato que excedan la ley, usos o buenas costumbres. Más allá de eso, siendo la causa y el objeto elementos esenciales del contrato, lo que vaya más allá de los mismos, quedará fuera de aquel. Así, por ejemplo, quien se obliga a obrar de nuevo como algo que ya hizo, en favor de persona distinta, podría satisfacer el interés de su acreedor, aunque deviniera imposible la nueva obra, entregando la primera (se piensa en una fungibilidad relativa), si bien este deber de adquisición y entrega no puede entenderse como invalidante de la relevancia impeditiva de la imposibilidad sobrevenida.

<sup>604</sup> No en vano, «parece claro que la imposibilidad sobrevenida no imputable es un concepto variable según el tipo de obligación, aunque inmutable por razón de las causas que la originan. El esfuerzo del deudor no es algo abstracto y genérico, sino concreto y valorable por el juzgador (...) medir en concreto la insuperabilidad con referencia a cada supuesto específico de la relación obligatoria», ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, *op. cit.*, pp. 65-66.

<sup>605</sup> Se trata de una suerte de imposibilidad transitoria tendencialmente indefinida. Puede

posibilidad de satisfacción del interés del acreedor, podrá comprobarse la efectiva imposibilidad sobrevenida.

Nada impide, además, la previsibilidad de los eventos fortuitos que pudieran trocar el resultado hacia el que la prestación se despliega, puesto que sólo se prevé su posibilidad inevitable<sup>606</sup> y no su existencia, que será siempre aleatoria.

Por otra parte, la imposibilidad de débito subjetivo de un resultado –o de derecho subjetivo del mismo–, es distinta a la imposibilidad del objeto<sup>607</sup>, aunque encuentran puntos de relación cuando el resultado debido es de carácter real, relativo a las prestaciones de *dare*<sup>608</sup>, y aun así son excepcionales y limitadas<sup>609</sup>.

---

cesar, pero no sabiendo cuando, sería contrario a los requisitos de seguridad y certeza el mantenimiento eterno del vínculo. Se podrían aplicar, en fin, los mismos argumentos y principios que a la limitación de la duración de los vínculos continuados (*vid.* epígrafe 4.5) concluyendo en la posibilidad de terminación contractual por la consolidación de la imposibilidad. En sentido contrario, si bien respecto al supuesto genérico, FERNÁNDEZ CAMPOS, « [si] la imposibilidad de la prestación no es definitiva sino transitoria o provisional, parece que no procede, lógicamente, la extinción de la obligación», *op. cit.*, p. 40. A su vez, entienden ALBALADEJO, *Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 300, y JORDANO FRAGA, “Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático (Comentario a la S.T.S. de 13 de marzo de 1987)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 13, Madrid, 1987, pp. 4423-4436, que la imposibilidad temporal confiere la facultad resolutoria al acreedor que viera frustrados sus intereses por la imposibilidad temporal. La resolución no es igual a la extinción, ni tiene las mismas consecuencias, ni afecta en igual medida a las partes; con que, no habiendo culpa ni incumplimiento del acreedor – conforme a lo mantenido–, no será resolución, sino extinción lo que proceda. Así lo entiende también la STS de 23 de febrero de 1994. Asimismo afirma la mutua liberación, por extinción-liberación y no resolución, de la contraparte obligada que aún pudiera cumplir GORLA, *Del rischio a pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934, pp. 201- 203.

<sup>606</sup> CASTÁN, en cuanto a los requisitos del hecho fortuito causante de la imposibilidad, exige que «el acontecimiento sea imprevisto, o bien previsto pero inevitable; bastando, por consiguiente, que tenga alguno de estos dos caracteres», añadiendo que «la condición de inevitable en el acontecimiento varía en cada caso y circunstancias, pues está en relación con los medios del deudor y, por tanto, con el grado de diligencia que hubiera de prestar», *op. cit.*, Tomo 3, p. 228.

<sup>607</sup> Aunque compartan artículo en el Código civil español, art. 1272, y origen en el Digesto: «ad impossibilia nemo tenetur; impossibilium nulla obligatio», Libro L, título 17, fragmento 185. También el Código civil español, art. 1272 (artículo 1460; ambos en relación con el artículo 1261).

<sup>608</sup> Principalmente a la compraventa, aunque también para otros negocios de relevancia real. Al respecto, GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 994 del proyecto, respecto a su primer párrafo «Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aunque sean futuras», lo refiere a la compraventa «pues que el

El hecho de que sean relativos a contratos reales es una distinción esencial, pues la acción de *dare*, no deja de ser adjetiva de lo que se da, de forma que se desplaza la importancia de la misma hasta el punto que depende más del sistema transmisivo de que se trate<sup>610</sup>, que de cuestiones relativas a la prestación, deber o responsabilidad contractual.

Además, el sistema de responsabilidad relativa a la actividad debida como *facere*, positivo o negativo, parte de la referencia a la diligencia<sup>611</sup>, y sobre esta

---

comercio no es más que el derecho de comprar y vender», *Concordancias...op. cit.*, T.III, p. 27. No se hace tal precisión, ni comentario, sobre los servicios, de los que se requiere su licitud así como la conformidad con las buenas costumbres. Y entendiendo que lo futuro es la excepción, no previéndola, no habría de quedar contemplada. Vuelve a tratarlo, en pura sede de imposibilidad, comentando el artículo 995, «basta la posibilidad de que existirá (...) basta la sola esperanza (...) aunque después resulte frustrada la esperanza: ve lo dicho en el artículo anterior». En el actual código civil español se mantiene la dicotomía, respecto al objeto de los contratos, entre las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras, por un lado; y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, por otro (art. 1271). En el código civil italiano, las prestaciones de cosa futura (art. 1348) se concretan, en el mismo texto, en cuestión de frutos (art. 820), venta de cosa futura (art. 1472) e hipoteca futura (art. 1823). El Code francés también expresa que las cosas futuras podrán ser objeto de obligación (art. 1130).

<sup>609</sup> Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1472 del Codice civile italiano, la venta de cosa futura es nula, si dicha cosas no llegara a existir, salvo que las partes hubieran querido que el contrato fuera aleatorio. De hecho no puede considerarse del todo pacífica la consideración sobre la naturaleza de la venta de la cosa futura: compraventa condicional para unos (así MESSINEO, en *Manuale di...op. cit.*, pp. 61-63 en Italia; LARENZ, en *Derecho de obligaciones...op. cit.*, p. 16, en Alemania; Espín Cánovas, *Derecho civil Español*, pp. 327 y ss; en España); compraventa sometida a *condictio iuris* para otros (CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pp. 536 y ss; o PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 152-158); también compraventa en periodo de constitución (RUBINO, *La compravendita*, A. Giuffrè, Milano, 1962, pp. 148-149); compraventa meramente obligatoria (BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, II, Marzorati, Como-Milano, 1946., p. 257); entre otras.

<sup>610</sup> No se trata así tanto de un medio o resultado como de una cosa, cuyo estado o transmisión dependerá de una acción que supondrá un resultado, pero siempre de forma contingente (podría estar la cosa, por ejemplo, en posesión del comprador, no existiendo acción alguna por parte del vendedor).

<sup>611</sup> Así ya en el Proyecto de Código civil español de 1851, aunque se reconozca que la indemnización de perjuicios y abono de los intereses puede devenir, además del por el dolo o negligencia, por «3.º Contravención de lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo; 4.º Por morosidad en el cumplimiento de la obligación». Respecto a estos dos últimos supuestos comenta, GARCÍA GOYENA «el dolo y la culpa o negligencia no deben perjudicar sino a su autor, y los números 3 y 4 envuelven por lo menos culpa». Así entiende el punto 3 y 4 de aquel artículo 1011 como especialidades de la categoría de la negligencia, no la responsabilidad objetiva que presupone la obligación de resultado. JORDANO, por su parte, entiende que «la diligencia es, además de criterio de cumplimiento sólo para las obligaciones que tienen por objeto una prestación de conducta diligente, criterio general para todas las obligaciones, de



diligencia despliega sus efectos<sup>612</sup>. La excepción viene dada por la responsabilidad objetiva, que prescinde de la base de dolo y la culpa, pero únicamente en la medida que está expresamente previsto por la norma<sup>613</sup>.

En definitiva –o además-, si el resultado no es prestación, y la prestación es el contenido de la deuda; el responder de aquel resultado con independencia de la actuación que supone la prestación; sería un caso de responsabilidad no sólo sin culpa, sino sin deuda<sup>614</sup>.

Incluso en la hipótesis de esta responsabilidad sin deuda, o bien se abstrae de la ordenación de la responsabilidad por incumplimiento, o no sería tampoco sencillo su encaje. Si prescindir de la diligencia en un sistema que la presupone<sup>615</sup>

---

imputación al deudor, de las concretas causas que determinen sobrevenidamente la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente», “Obligaciones de medio...”, *op. cit.*, p. 28; utilizando terminología, si bien no le parece apropiada, que se refiere a «responsabilidad (incumplimiento imputable) e irresponsabilidad (incumplimiento inimputable)», p. 27.

<sup>612</sup> El artículo 1101 del Código civil, que agota las fuentes de responsabilidad indemnizatoria, por daños y perjuicios, causados ex deberes obligacionales, reconoce el dolo y la negligencia, pero también la morosidad o la contravención. Sin embargo, como ocurría con el proyecto, las dos últimas no son sino clases de las dos fuentes anteriores. CARRASCO PERERA «la mora y la contravención no son en el Código civil fuentes de responsabilidad (sólo exonerables por la prueba del caso fortuito), sino fuente de daños cuyo fundamento de imputación es la culpa y el dolo.», Arts. 1101 y 1102, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990. En cuanto a la regla análoga, prevista en el art. 1218 del Codice civile, «la prova dell’incolpevolezza dell’inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e della diligenza nell’adempimento è sempre riferibile alla sfera d’azione del debitore, in misura tanto più marcata quanto più l’esecuzione della prestazione consista nell’applicazione di regole tecniche (...)». CENDON, e BALDASSARI, *Codice annotato con la giurisprudenza*, Utet, Torino, 2005, p. 1319. De forma que, en la línea con lo propuesto, dispone una presunción de culpa y una posibilidad de exoneración de responsabilidad, cuando sea el azar y no la falta de diligencia, la causa del incumplimiento de la prestación.

<sup>613</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 1105 del Código civil español, que exige bien la expresa mención legal, bien la declaración de la obligación (aplicable a las obligaciones alternativas que, por su naturaleza, han de absorber el riesgo que integra su objeto y causa).

<sup>614</sup> Al respecto, «la responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de al idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. La responsabilidad es pues una forma de sanción del incumplimiento del débito, que es un acto antijurídico», DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil II*, *op. cit.*, p. 82. No es una opinión unánime la doctrina de la deuda y la responsabilidad, ni en España ni, sobre todo, en Italia. Sin embargo, la disfunción señalada pone de relieve, aun de forma indirecta, el problema sistemático que se trata.

<sup>615</sup> De hecho, el reverso de la misma, la responsabilidad del negligente, se presenta como la responsabilidad fundamental, básica e ilimitada del sistema, sobre todo -aunque no sólo-

dificulta de partida la sistematización la categoría, se añaden además problemas particulares.

A efectos de concretar la responsabilidad del incumplidor por daños y perjuicios, para el deudor de buena fe, determinará la responsabilidad el que los daños fueran previsibles y causados por el incumplimiento<sup>616</sup>, y aún así, podrán limitarse<sup>617</sup>. Por tanto, si se aceptara de forma ilimitada el incumplimiento por no alcanzar el resultado, incluso siendo diligente en todo acto, supondría una agravación respecto mera negligencia del sistema ordinario<sup>618</sup>.

No es menos problemático el régimen de la imputación del daño. Descartando la especialidad propia y privativa de la responsabilidad objetiva<sup>619</sup>, los

---

respecto a los profesionales «La jurisprudencia se ha inclinado abiertamente por aplicar el principio de resarcimiento universal fundado en la culpa o negligencia (...)» contraria a los límites de los sistemas especiales «(...) el legislador ha ensayado en ocasiones por razones históricas o de necesidad social la aplicación de criterios de limitación de la responsabilidad de determinados profesionales mediante (a) la tipificación de supuestos concretos de responsabilidad civil o (b) la especificación de los daños de los que se debe responder» como por ejemplo «El principio de responsabilidad objetiva lleva consigo también ordinariamente una limitación del tipo o cuantía de los daños de que se responde»; XIOL RÍOS, J.A., "La responsabilidad civil de los profesionales", Anales de la Academia Matritense del notariado, , tomo 49, Edersa, Madrid, 2009, pp. 561-584.

<sup>616</sup> Artículo 1107 del Código civil español: «los daños y perjuicios de que responderá el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». En el supuesto del 1107 quedan todos los incumplimientos no dolosos. CARRASCO PERERA «Deudor "de buena fe" en el artículo 1.107 es el deudor que no incumple por dolo. Entran en aquella expresión el deudor que incumple por negligencia y el deudor que asumió el caso fortuito. Lógicamente, también el deudor que responde ex lege con carácter objetivo.», Arts. 1107 en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

<sup>617</sup> Eventualmente, por la moderación que introduce el artículo 1103 del Código civil español: «la responsabilidad que proceda de negligencia (...) podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

<sup>618</sup> Esto es: el sistema de responsabilidad por resultados no sólo iría más allá que la responsabilidad objetiva ordinaria, de ordinario limitada como se adujo (*vid.* nota 615), sino que implicaría para el acreedor mayor que si hubiera incumplido por negligencia o, incluso, dolo directo -siempre a salvo de otras responsabilidades distintas, fundamentalmente delictivas-.

<sup>619</sup>«(...) i sistemi di civil Law sembrano accogliere un criterio di imputazione che va ben oltre la nozione di colpa, e le scelte dei legislatori europei favorevoli ad una responsabilità per colpa soffono, dentro e fuori i codici, significative eccezioni (...) principalmente, queste eccezioni riguardano, all'interno dei codici, la responsabilità per cose in custodia, animali, rovina da edificio; al di fuori di essi, la circolazione di veicoli, le attività industriali pericolose,

daños a imputar al que se obligó a un resultado sufren de principio un problema relativo a la determinación de los daños previsibles, que parten de un resultado naturalmente incierto y, por ende, son sólo previsibles sobre un proyecto, no sobre una realidad<sup>620</sup>.

En los casos en los que el resultado haya dependido enteramente de circunstancias ajenas a la diligencia del obligado, por efecto del azar, podría dudarse de aquella imputación cuando lo mismo hubiera podido ocurrir a cualquiera, en la misma situación<sup>621</sup>.

Exista o no deber de resultado, la diligencia sigue siendo criterio de responsabilidad y, en última instancia, de inimputabilidad del incumplimiento<sup>622</sup>.

---

gli infortuni sul lavoro (...) ipotesi di responsabilità oggettiva» SMORTO, G., "Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in "civil law" e "common law", Europa e diritto privato, N°2, 2008., p. 427, remitiendo, en cuanto a la responsabilidad objetiva, a FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, Cedam, Padova, 1995.

<sup>620</sup> Digamos que, para los casos que se desarrollan, el resultado es, en sí mismo, probable. O improbable. En todo caso incierto. Lo incierto puede tener, a su vez, consecuencias previsibles pero si el artículo 1107 se plantea como un límite, tampoco parece adecuado interpretarlo de forma ilimitada, haciendo igual previsible a imaginable. Así tendrá que depender, una vez más, de la intensidad de la probabilidad del resultado para que de su incumplimiento deriven daños previsibles o, siendo remoto dicho resultado, no lo sean. De otra forma se equipararía la negación de la imputación del daño imprevisible a la negación de la responsabilidad por riesgo imprevisible, haciendo redundantes los artículos 1105 -«(...)nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse (...)»- y 1107.

<sup>621</sup> En casos de riesgo puro, no pocos autores entienden general el mensaje contenido en el artículo 1896 in fine del Código civil español, «no se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó». Así ALBALADEJO, *Derecho civil II*, Vol.1, *op. cit.*, p. 188; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, 840 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*, *op. cit.*, p. 573.

<sup>622</sup> Si bien la existencia o no de imposibilidad sobrevenida es una cuestión de hecho o de derecho (imposibilidad natural o jurídica), sólo será relevante cuando se deba exclusivamente a dicha imposibilidad, y no a la falta de diligencia, el incumplimiento. De otro modo: si actuando diligentemente no hubiera devenido dicha imposibilidad, tanto la obligación de medios como la de resultado se habrían cumplido (el caso contrario es más complejo pero, a salvo de la existencia de plazos o bien de incumplimientos definitivos previos, en uno u otro caso, podrían acabar reconduciéndose a la misma dinámica). Al respecto, DI MAJO, "Delle obbligazioni in generale", *Commentario del Codice civile*. Scialoja-Branca. Libro cuarto, Delle obbligazioni ; art. 1173-1176, Bologna: Zanichelli ; Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1988, «impedimento e/o di ostacolo, la cui entità e consistenza... non fosse definibile... alla stregua della regola sulla diligenza... tanto val dire che la nozione di "impossibilità liberatoria" andrà determinata tendenzialmente al di fuori della regola che impone al debitore una certa misura di sforzo», p. 470.

Por ende procede la irresponsabilidad del deudor en los casos de riesgo imprevisible<sup>623</sup>.

Al mismo tiempo, aunque en sentido contrario, tampoco es pacífico el propio cumplimiento. Aunque pueda parecer que las obligaciones de resultado atienden únicamente al mismo, no se tratará de un criterio de cumplimiento sino a una mera imputación causal de la acción, por lo que es difícil que una actuación no diligente tenga como consecuencia el resultado previsto.

Si bien es posible que el resultado se consiguiese de todos modos de forma análoga a lo expuesto, incluso por caso fortuito o por acción de un tercero, colisionaría esta forma de "cumplimiento" con el sentido del deber y de la responsabilidad obligacional, así como en la alteridad de las relaciones sinalagmáticas<sup>624</sup>. A su vez, supondría un desequilibrio contractual difícil de justificar la utilización del nexo causal como límite para el cumplimiento<sup>625</sup> y no para el incumplimiento.

En conclusión y para aquellos supuestos en los que la obligación pretende alcanzar un resultado inalcanzable por la mera actuación diligente, si no se alcanzara el resultado pactado como consecuencia de un evento que impida la

---

<sup>623</sup> JORDANO FRAGA, «El deudor de una obligación de resultado, que no realiza o no realiza exactamente el opus debido, pese a no cumplir (satisfacer a su acreedor), no responde contractualmente cuando la falta de resultado o de su exactitud obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito; del mismo modo, el deudor de una obligación de medios que no la cumple en absoluto o no exactamente, pese a no cumplir (no satisfacer a su acreedor), tampoco responde contractualmente, cuando la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito», "Obligaciones de medio...", *op. cit.*, p. 34.

<sup>624</sup> Baste pensar en una situación de mediación en la que, sin actuar el mediador, un tercero ajeno completamente al mismo, encuentra el objeto mediado y al comitente y ofrece perfeccionar el contrato querido. La solución suele venir dada por el nexo causal, que es más difícil mantener en determinados tipos de obligaciones, singularmente en aquellas cuyo objeto sea el mantenimiento, no la transformación, de un estado o situación; sin embargo parece razonable hacerlo (así un depositario que, desatendiendo de forma absoluta y manifiesta el depósito, lo conserva al margen de su inactividad o, incluso, a pesar de sus propios actos). El principio que trasluce no es otro que el mismo riesgo fortuito, predicado sobre el cumplimiento de la misma forma que se extiende en el incumplimiento; como parece posible en las obligaciones sinalagmáticas.

<sup>625</sup> Como efectivamente ocurre en la mediación, de forma expresa en la norma italiana. Vid. epígrafes 1.4 y 2.2.

eficacia de la prestación realizada con la diligencia debida: o bien se neutraliza el débito o bien la responsabilidad; siendo equivalentes las consecuencias<sup>626</sup>.

### **6.3. Aplicación a la mediación.**

#### **6.3.1. Efectos.**

Los efectos de la categoría en la que la mediación se incardine, ya sea obligación de medios o de resultado, no son únicamente dogmáticos en cuanto a la consideración de la configuración óptima de la mediación; sino también prácticos, actuales, en cuanto a la dinámica obligacional resultante. Aunque estos efectos sean generales a todas las obligaciones de aquellas categorías, resulta importante subrayarlos, sobre todo en la medida en la que, como se verá, gran parte de la doctrina neutraliza como efecto caracterizador el que parece ser principal: la negación de la retribución por no alcanzar el resultado<sup>627</sup>.

Con todo, no se trata de analizar ahora dichos efectos, ni siquiera de enunciarlos todos, sino únicamente resaltar aquellos que, por ser diferenciales, resulten útiles para la clasificación propuesta.

---

<sup>626</sup> Es por ello que, si al final, resultan iguales los efectos del débito que del no débito, no entiendo completamente justificada la excepción respecto a la configuración del deber exigible, para las obligaciones de resultado, pudiendo servir el sistema general para resolverlas de la misma forma. Persistirían, no obstante, efectos distintos. Así, por ejemplo, en caso de que se acepte el deber de resultado, el incumplimiento daría lugar a responsabilidad salvo que se probara la inimputabilidad/irresponsabilidad, por la culpa presunta del deudor incumplidor. Sin embargo, considero que, de tener sentido estas especialidades, podría ser esta la especialidad, sin necesidad de alterar el sistema general del deber obligatorio.

<sup>627</sup> En su lugar se habla de incumplimiento, siendo consecuencia de éste y no de la obligación de resultados, la ausencia de la retribución. Sin embargo, «cuando la retribución se hace depender de un resultado que no forma parte del deber de prestación, carece de sentido hablar de obligación de resultado (...) la aleatoriedad del contrato o la condición son recursos jurídicos que permiten entender de forma adecuada las situaciones contempladas», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, pp. 125-126.

En primer lugar, en la hipótesis de la obligación de resultados, el no alcanzar los mismos supondría para la mediación el **incumplimiento** objetivo de la prestación. Ello, a su vez, puede disociarse en distintas consecuencias.

Por una parte, conforme a la norma general de las obligaciones sinalagmáticas, perder el derecho a la prestación correspondiente -la retribución<sup>628</sup>-, pudiendo el comitente bien no cumplir en tanto el contrato no prescriba, oponiendo cuando sea necesario la *exceptio non adimpleti contractus*; bien resolver el contrato y ponerle fin sin ejecutar su prestación, a pesar de los actos ejecutados infructuosamente por el mediador.

También se produciría la inhabilidad del incumplidor para recurrir a los remedios propios de las obligaciones sinalagmáticas, como los mencionados<sup>629</sup>.

Por otra, la indemnización de daños derivados de aquel incumplimiento. Ahora bien, fruto de no alcanzar el resultado difícilmente pueden surgir más daños, en la órbita contractual, que el no haberlo alcanzado; y este es el presupuesto del incumplimiento, además de posibilidad reconocida por las partes y esencial del contrato; no parece posible que puedan existir daños directamente causados por el incumplimiento objetivo, de los que deba responder el mediador<sup>630</sup>.

Caben, por supuesto, daños causados por la infracción de otros deberes contractuales, desde los propios de la buena fe, a cualquier otro, en la actividad desempeñada, pero no serían fruto de la obligación de resultados, sino posibles en ambas categorías.

En segundo lugar, en cuanto al sistema de **distribución adjetiva de prueba** del cumplimiento<sup>631</sup>, podría variar la misma en cuanto a la realidad preconfigurada

---

<sup>628</sup> Nótese que dicha retribución sí es elemento esencial del contrato oneroso, por lo que su privación tendrá que revestir la mayor importancia. «Es de esencia al contrato de corretaje la existencia de un premio o retribución», CASTÁN, *op. cit.*, Tomo IV, p. 564.

<sup>629</sup> *Vid.* además, epígrafe 3.2.

<sup>630</sup> Hay unanimidad al respecto, pues si bien llega a discutirse, como límite del riesgo asumible, la garantía de buen fin del contrato, entendiendo esta como un resultado de contrato no sólo perfecto, sino consumado y pleno -no anulable, ni condicionado ni claudicante por otro motivo-; no se propone, en jurisprudencia o doctrina, la asunción de las pérdidas que la esperanza de perfección hubieran podido haber ocasionado al comitente.

<sup>631</sup> Cuestión de relevancia sustantiva, pese a su carácter procesal, resulta típica en el

que se toma como base<sup>632</sup>. En todo caso, no se trataría de una variación necesaria e indiscutible<sup>633</sup>, ni tampoco normada, sino otra consecuencia lógico-jurídica de la distribución de riesgos que la obligación de resultados entraña.

La principal de estas consecuencias no sería tanto la carga de la prueba como la destrucción de la necesidad de la misma, toda vez que desaparece la prueba sobre la diligencia<sup>634</sup>, mucho más problemática que la del resultado.

Desde otra perspectiva, no siempre considerada, la objetivación del resultado también puede afectar a la prueba de la causalidad –o incluso a la necesidad de la misma-. Desde que la mediación parte de ser un negocio jurídico, con pleno elemento intelectual y ejecución volitiva finalista<sup>635</sup>, parece necesitar de un nexo que relacione, etiológicamente, la acción mediadora con el resultado conseguido. Sin embargo, la consecución de tal resultado, así como el despliegue de actividad del mediador, pueden suponer indicios razonables de

---

ordenamiento francés, en el que se presume cuando falta el resultado y es el deudor quien debe aportar la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor *ex art. 1147 Code*. Sistema criticado por MENGONI, “Responsabilità contrattuale”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988., pp. 313 y ss; en el ordenamiento español se podría apreciar la misma solución en la interpretación extensiva –quizá adecuada, pero con una *ratio* seguramente más limitada- del artículo 1183 del Código civil. Así lo entiende MORENO QUESADA en “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, TomoLX, enero-diciembre, Reus, Madrid, 1976, pp. 475-476.

<sup>632</sup> En contra de tal variabilidad VAQUERO PINTO, *op. cit.*, «a nuestro parecer, resulta clara la inexistencia de argumentos normativos o razones de orden práctico que permitan sustentar una diversa distribución de la carga de la prueba de la culpa atendiendo al tipo de obligación de que se trate (de medios o de resultado)», p. 148

<sup>633</sup> Refiere dicha diferencia DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 247, aludiendo a la doctrina francesa. También hace referencia a la oposición de JORDANO FRAGA, a la que replica que «hay que admitir que el diferente modo de configurar la contravención, repercute en el contenido de la carga probatoria del acreedor que demande responsabilidad extracontractual».

<sup>634</sup> Contrarios son ZORRILLA Y DE ANGEL, para quienes «El deudor de resultado deberá enervar la presunción [de incumplimiento culpable] y demostrar que una concausa extraña (...) llegó a paralizar los efectos de la causa eficaz *a se ipsa* para conseguir el fin prometido», aunque parten de que para toda obligación de resultados (que configuran restrictivamente, de forma similar a como aquí se propone, *vid.* epígrafe 6.33) el incumplimiento ha de basarse en la falta animación psicológica como elemento determinante de la culpa. En todo caso partían del ahora derogado artículo 1249 del Código civil, en “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medio y de resultado”, *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 209.

<sup>635</sup> *Vid.* epígrafes de 2.1 a 2.4.

cumplimiento<sup>636</sup>; de la misma forma que la no consecución supondría lo contrario<sup>637</sup>.

Finalmente, cabe plantear el tratamiento de los **gastos** soportados por el mediador en la actividad mediadora. En principio se podría pensar que, en la medida en que en la obligación de resultados el mediador contempla y acepta la posibilidad de fracaso, y con ello de incumplimiento pese a toda su diligencia; el mediador acepta la pérdida de dichos gastos. Más aún: es incumplidor, con lo que no parece adecuado que pueda exigir una indemnización por los efectos de su propio incumplimiento.

En el supuesto de la obligación de medios, la no consecución del resultado podría resultar, bien en caso fortuito, bien en pleno cumplimiento. En el segundo caso la retribución habría de absorber, en la relación onerosa, tales gastos; y para el caso fortuito sí podría repetirlos<sup>638</sup>.

---

<sup>636</sup> De ahí la razonable relajación de la exigencia causal –siempre problemática, nunca del todo delimitable- en aras de la adecuación. «para evitar los inconvenientes de la tesis de la relación de causalidad, debe atribuirse a la misma una relevancia más atenuada, de modo que se tome en consideración el concepto de causalidad adecuada o eficiente (...). De conformidad con este criterio, el derecho del mediador a recibir su remuneración surge cuando sus gestiones puedan ser incluidas en el seno del conjunto de factores a los que quepa conectar la positiva conclusión de las negociaciones, aunque a la perfección del negocio hayan coadyuvado, asimismo, otras causas o factores» CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 2534. También MARINI, «è utile qualsiasi intervento mediatizio che costituisca causa o concausa della conclusione dell'affare; sicché, i due concetti di utilità e causalità, pur operando su piani diversi, risultano espressione di una stessa realtà concettuale», *La mediazione, comm. delle art. 1754-1765, Il Codice Civile. Commentario*. Giuffrè, Milano, 1992, p. 103; o VARELLI, *op. cit.*, p. 86 y ss.

<sup>637</sup> En el entendido que, hasta de aceptar la validez de las obligaciones de resultado, puede haber otras causas de frustración del mismo, inimputables al mediador; desde el hecho propio del acreedor al mero caso fortuito (*vid.* notas 678 y 593).

<sup>638</sup> Así lo entiende, en la idea de obligación de medios, CUADRADO PÉREZ «Por cuanto a los gastos soportados por el mediador se refiere, parece lógico pensar que, en principio, habrán de ser reembolsados por el oferente, aunque las gestiones de aquél hayan resultado infructuosas, siempre y cuando los desembolsos hayan sido razonables y respondan a una actuación diligente por su parte». De forma opuesta, RUIZ DE VELASCO, «todo su trabajo e incluso los gastos en que haya podido incurrir quedan sin remuneración, lo que constituye el riesgo de su empresa», *Manual de Derecho mercantil*, Universidad Pontificia de Comillas. ICADE, Madrid, 2003, p. 738. SANPONS SALGADO, por su parte, entiende que «dichas indemnizaciones, por lo que atañe al trabajo infructuoso, desnaturaliza la esencia (aleatoria) del corretaje», *El contrato...*, *op. cit.*, p. 50.



La norma civil italiana ha previsto expresamente este supuesto sin entrar a discutir la clasificación anterior. Dispone el derecho a reembolso de los gastos del mediador frente al comitente, aunque no se haya alcanzado el resultado pretendido, salvo pacto en contrario<sup>639</sup>. No se puede tomar esto como argumento suficiente más allá de su validez normativa. Prueba de la contingencia normativa, no menor que la dogmática, es que, sobre la misma figura, y bajo los mismos presupuestos, establecen la generalidad contraria los códigos alemán y suizo<sup>640</sup>.

En **conclusión**, las diferencias de prueba son menores -si acaso relevantes-; la repetición de los gastos una cuestión igualmente de escasa importancia, poco tratada y no completamente vinculada a la clasificación; y la indemnización de daños por incumplimiento objetivo no añade nada a los daños ilegítimos de los que el mediador habría de responder. En suma, el único factor verdaderamente determinante es el concepto propio de incumplimiento, que implica tanto la negación de la retribución -hecho aceptado de forma casi unánime- como los efectos propios del incumplimiento en las relaciones sinalagmáticas<sup>641</sup>.

---

<sup>639</sup> Art. 1756 del Codice civile, «Salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso».

<sup>640</sup>§ 652.2 BGB dispone: «Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt» (El corredor puede pretender el reembolso de los gastos en que ha incurrido cuando así se haya pactado. Esto se aplica también cuando el contrato no se haya concluido). Por su parte, el artículo 413.3 del Código de las Obligaciones suizo: «Il mediatore può pretendere il rimborso delle spese anche se il contratto non si conchiuda, in quanto ciò fosse convenuto».

<sup>641</sup> Estos últimos no van a ser tan tratados en el epígrafe que sigue. Sin embargo, pese a que no sean invocados expresamente por los autores, cuesta pensar en que, aunque entiendan la mediación como una obligación de medios en la que el resultado condicione la retribución; no habiendo conseguido tal resultado pueda el mediador, de ordinario, pedir la resolución del contrato o, en su caso, ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*.

### 6.3.2. Estado actual de la cuestión, algún origen pretérito, y futura necesidad de cambio.

La doctrina que trata la mediación, lejos de plantearse la justificación de las categorías en las que el tratamiento pretendido del riesgo habría de sustentarse, asumen la pacífica existencia de las mismas. No obstante, en la discusión sobre si la mediación es una relación de medios o resultado en cuanto a las obligaciones del mediador, persisten los problemas y contradicciones expuestos. Disfunciones que no encuentran solución, sobre todo cuando esta intenta partir de una premisa que no puede justificar.

Así, por los mismos motivos que, de una u otra forma, se predicaba la unilateralidad, aleatoriedad, condicionalidad o accesoriedad de la mediación<sup>642</sup>; se ha afirmado también que la obligación de mediación, cuando ésta existe –esto es, en la hipótesis sinalagmática-, es **de resultado**<sup>643</sup>.

Ahora bien, no pasa desapercibida la ya referida especialidad del riesgo en la mediación, por lo que también se defiende su consideración como **obligación de**

---

<sup>642</sup> Esto es, por el riesgo específico que implica, aunque se haya intentado canalizar a través de dichos institutos. *Vid.* epígrafe 8 y nota 563.

<sup>643</sup> De forma palmaria CASTÁN: «el corretaje es, por esencia, un contrato de resultado positivo, según la doctrina y los distintos ordenamientos que regulan esta figura o tipo contractual, de modo que, salvo pacto, el premio o la prima únicamente se debe en el supuesto de que, salvo pacto, el premio o la prima únicamente se debe en el supuesto de que el corretaje llegue a feliz término gracias a las actividades del mediador, cualquiera que sea el esfuerzo realizado en tal sentido », *op. cit.*, Tomo IV, p. 571. También, «podemos afirmar que, en la mediación en la que el corredor solo tendrá derecho al abono de la prima cuando se obtenga el resultado esperado por el oferente, que no es otro que la conclusión del contrato pretendido, siendo indiferente para el cobro el que se haya desarrollado una actividad de forma diligente, el corretaje debe ser calificado como una obligación de resultado», BLANCO CARRASCO, *El contrato de corretaje*, Ed. Colegio de Registradores, de la Propiedad y mercantiles, Madrid, 2008, pp. 159-160. Después de exponer argumentos contrarios, sigue concluyendo que «desde nuestro punto de vista, el contrato de corretaje debe encuadrarse en una obligación de resultado». También GÁZQUEZ SERRANO, «la mediación (...) es un contrato de resultado positivo (...) al tratarse de un contrato de resultados y no de medios», *El contrato de ...op. cit.*, p. 126. En Alemania ENNECCERUS «El contrato bilateral de corretaje (...) por el cual el corredor promete el resultado mismo», *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, 2º, V. 1º, Bosch, Barcelona, 1937, p. 561.

**medios**<sup>644</sup>. Ello sin perjuicio de que la retribución del mediador siga dependiendo del resultado –exitoso– de la mediación. De ahí que no exista una gran diferencia en cuanto a los efectos de las categorías si se observa la salvedad de que, para una obligación de medios, la contraprestación y el juego de acciones y excepciones sinalagmáticas estén supeditadas a un resultado<sup>645</sup>.

Puede sospecharse que ni unos ni otros estarán absolutamente equivocados o que, sencillamente, falla algo en la estructura básica de la sistemática, para llevar a soluciones de apariencia tan dispar<sup>646</sup>.

El problema de conjugar la obligación de resultado con una causalidad ajena a la voluntad de que ejecuta la prestación se observa de forma más nítida sobre la

---

<sup>644</sup>« (...) a nuestro juicio, en este tipo de contratos no cabe entender que el mediador ha asumido una obligación de resultado, pues, como expusimos con anterioridad, no asegura el resultado fructífero de sus gestiones, ya que el éxito de sus actividades depende en gran medida de circunstancias ajenas a su actuación (...). En realidad, el corredor únicamente se compromete a una obligación de medios, si bien las especiales características de este contrato propician que el cumplimiento diligente de su prestación no genere, por sí solo, su derecho a percibir sus honorarios», CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 2537. Sin contradecir su planteamiento, parte el autor de que la eficacia de las prestaciones sinalagmáticas, «la retribución (...) se encuentra supeditada al éxito final de las gestiones de intermediación», p. 2529. Esto es: no es sólo una cuestión de éxito o de cumplimiento del interés subjetivo del mediador, sino de verdadera ineficacia de la contraprestación sinalagmática. También GARCÍA-VALDECASAS, *La mediación inmobiliaria...op. cit.*, «(...) el mediador no se puede comprometer a un resultado, pero ello no excluye su obligación de poner en el mercado el bien encomendado y realizar las actuaciones conducentes al negocio jurídico pretendido (se obliga a una actividad, y el buen fin de su actividad –aleatoriedad– determinará su retribución)» p. 53. Asimismo RODRÍGUEZ RUIZ, «en la mediación el corredor solamente se obliga (si consideramos que se trata de un contrato bilateral (...) a desempeñar su actividad de una forma diligente y de buena fe, pero sin comprometerse al resultado, ya que ello sería imposible, pues no depende exclusivamente de él (...) aparte de que si así se pactase se estaría desnaturalizando el contrato de corretaje», *El contrato de...op. cit.*, p. 306. CREMADES GARCÍA «(...) estamos en presencia de una relación contractual de medios (...)», *Contrato de mediación corretaje...op. cit.*, p. 82.

<sup>645</sup> Hasta el punto de afirmar que «Lo que ocurre en la realidad es que, según dijimos, el compromiso del oferente a someterse a la mediación actúa como contraprestación para el mediador» GARCÍA-VALDECASAS, *La mediación... op. cit.*, p. 53. Resulta dudoso que dicho sometimiento sin más, resulte contraprestación, sobre todo sin la existencia de plazos de exclusividad mediadora. Más aún, como se ha defendido, el sometimiento de una parte a la prestación de la otra es una obligación esencial de todos los contratos bilaterales a cargo del que recibe o se beneficia de aquella prestación, sin que pueda obstaculizarla o impedirarla, no la contraprestación de la relación contractual.

<sup>646</sup> Como ocurría, *mutatis mutandi*, en la confrontación de las categorías condicional y aleatoria para la mediación. Aunque en este supuesto subyazca un problema categórico más profundo, también ocurre aquí lo mismo, aunque el problema sea distinto. *Vid.* epígrafe 5.1.

mediación, por su peculiar riesgo, pero que resulta general a la categoría de las obligaciones de resultado en general y en especial de algunas en concreto, pues ningún resultado causal es seguro<sup>647</sup>, ni se puede obligar nadie a un resultado de utilidad ajena<sup>648</sup>. Además, parece más razonable hacer excepción en lo general, que generalizar la excepción.

La irrelevancia absoluta del cumplimiento de la obligación sinalagmática<sup>649</sup> –más allá de limitar los daños causados y atenuar, en su caso, los daños sufridos-, no puede ser una mera peculiaridad de la obligación de medios, pues se trata del principal efecto de la obligación de resultado. De nada sirve considerar que se cumple si no se otorgan los efectos del cumplimiento. Tampoco aporta gran utilidad el distinguir entre obligarse a un resultado o depender de uno si, salvo en las consecuencias de la responsabilidad de daños contractuales, los resultados son prácticamente equivalentes<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> Así diferencia VAQUERO PINTO que «no deben considerarse incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un *facere*, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control (la disposición anímica o los hábitos del paciente en el caso del médico, la formación y el talante de los Jueces, en el caso del Abogado) (...) [o] cuando el cumplimiento de la obligación implica un riesgo muy alto, cabe presumir que el deudor no ha pretendido garantizar un resultado y que el acreedor no espera dicha garantía. Se inferirá la conclusión contraria cuando el resultado esperado, en principio, pueda ser alcanzado sin ninguna dificultad especial», *El arrendamiento de servicios, op. cit.*, p.114.

<sup>648</sup> «Ni siquiera en las obligaciones de hacer llamadas de resultado se garantiza al acreedor otra cosa que el resultado previsto in obligatione, pero no la utilidad que después pueda derivarse para él», GAVIDIA, *op. cit.*, pp. 595-596.

<sup>649</sup> Pues así se entiende, aunque carezca apenas de efectividad: «no cabe sostener que el mediador no ha ejecutado su prestación, cuando, a pesar de haber desarrollado diligentemente sus gestiones, el oferente y el tercero señalado por aquél no logran llegar a un acuerdo para la conclusión del negocio. En esta hipótesis (...) el corredor ha satisfecho su deber de prestación, mas ello no le confiere el derecho a recibir su remuneración, pues su percepción se encuentra supeditada a la perfección del contrato deseado por el oferente» CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 2537.

<sup>650</sup> Así GARCÍA-VALDECASAS, que matiza, en la línea de la relevancia del resultado, sin obligación al mismo, que «(...) en la actuación del mediador (...) se espera un resultado que no es objeto de la obligación que contrae». Se desecha la posibilidad de cumplimiento obligatorio, además de los daños –de una u otra parte-, en la medida que, al margen de la categoría escogida, a lo imposible no se puede obligar de forma coactiva, ni material ni jurídicamente.

En esta línea, la mayor parte del rechazo de la naturaleza de resultado de la obligación del mediador se ha construido en oposición al contrato de obra<sup>651</sup>, cuando éste no es más que un tipo de la categoría general<sup>652</sup>.

Cabría plantearse, además, si sobre cualquier contrato considerado esencialmente de medios cabría una estipulación, fruto de la autonomía de la voluntad, que negara los principales efectos del cumplimiento de una de las prestaciones sinalagmáticas, haciéndolos depender de un hecho incierto, sin reequilibrio ulterior del contrato<sup>653</sup>.

No se trata de justificar la obligación de resultado como categoría, cuyos defectos, conforme a lo expuesto, aconsejan su destierro como categoría pura. Lo que se reivindica es la obligación de medios como aquella de la que participa la naturaleza de la mediación, o de cualquier otra relación obligatoria. Sin embargo, el cambio de *nomen iuris* no evita los problemas de las obligaciones de resultado, si persisten, sin embargo, sus efectos típicos<sup>654</sup>.

Los problemas derivados de la obligación a un resultado son muy parecidos a los de una obligación cuyos efectos de cumplimiento dependen, precisamente, de

---

<sup>651</sup> «tampoco es un contrato de obra, porque de ser así, el mediador quedaría vinculado frente a la obligación incumplida para el caso de no conseguir el fin apetecido. Y la realidad práctica nos demuestra que no es así, que el corredor no se obliga a obtener el resultado (...)» SANPONS SALGADO, *El contrato...op. cit.*, p. 33.

<sup>652</sup>«(...) hay contratos de resultado que no son, en rigor, contratos de obra. Una cosa es que el contrato de obra sea el prototipo de los contratos de resultado y otra, que todos los contratos de resultado tengan que ser de obra, lo cual no es exacto», CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 82-83.

<sup>653</sup> La extensión de esta estipulación vendría a suponer la fusión, en el ámbito civil, de un contrato cualquiera de medios y un contrato de seguro sobre el objeto del mismo, sin la necesidad de aplicar las regulaciones, previsiones y equilibrios dispuestos para la compleja aleatoriedad que el segundo contrato implica.

<sup>654</sup> En sede de mediación CREMADES GARCÍA diferencia «la obligación de medios o de actividad, con que la misma se realice diligentemente, se entiende cumplida, aunque no llegue a darse el resultado. Por el contrario, en la obligación de resultado, se requiere la satisfacción del acreedor consistente precisamente en la obtención del resultado», *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009. Al margen de los efectos totales del cumplimiento, resultan más cercanos a las obligaciones de resultado, en la configuración habitual de la mediación. Y no por ser aleatorio deja de ser “de resultado”, sino que todas las “de resultado”, precisamente, han de ser aleatorias (al menos en sentido impropio).

un resultado<sup>655</sup>; aunque éste dependa de circunstancias ajenas al propio mediador<sup>656</sup>. Si hacer depender los efectos del contrato de mediación de un resultado incontrolable, cual la consumación del negocio mediado<sup>657</sup>, es “repugnante”<sup>658</sup>; no debería serlo mucho menos que dependan de cualquier otro resultado igualmente ajeno a la actividad del mediador.

---

<sup>655</sup> La crisis de la categoría, para la mediación, viene dada por la presencia del azar, del riesgo que, con diferente intensidad, existe, no obstante, en todos los contratos. Se enfrenta, por tanto, aleatoriedad (discutida aquí, aunque de la misma se comparta la noción del riesgo) con la obligación de resultado. Así «el resultado de la actividad del corredor, dirigida a procurar la futura contraparte, es necesariamente aleatorio, y esto explica por qué raramente el corredor promete el resultado»; «el corredor no se obliga en absoluto a poner en relación, aunque sólo sea porque pueda no encontrar una ocasión, pese a toda su buena voluntad, a pesar de que el mismo tenga interés en ello por la remuneración prometida», SANPONS SALGADO, *El contrato...op. cit.*, p. 58. Del mismo modo, CREMADES GARCÍA, «el contrato principal no es algo en lo que el corredor pueda intervenir directamente, la decisión no es suya, no depende del mismo, y si no depende del mismo, no puede comprometerse a la entrega de un resultado», *Contrato de mediación o...op. cit.*, p. 83. Nótese que lo mismo ocurre, con distinta intensidad, en cualquier resultado. Matiza, además, la autora en la nota de la mismo párrafo que «el oferente puede no aceptar la perfección del contrato con la otra parte del mismo modo que le proporciona el corredor, a pesar de que se cumplan las condiciones determinadas en su petición inicial», sin embargo, el hecho propio, impeditivo, del acreedor tiene una sustantividad autónoma a las categorías medios o resultado, siendo de aplicación general y revistiendo efectos propios.

<sup>656</sup> Como ya se refirió, en todas las obligaciones consideradas de resultado dicho resultado no depende, nunca, de la voluntad o diligencia del prestador. Al menos no completamente. Se trata de una cuestión de magnitud, siendo el riesgo más perceptible en la mediación que en otros contratos. Sin embargo, la magnitud es una circunstancia que, en sí misma, no debiera variar la categoría –aunque sea un indicio más de su idoneidad–.

<sup>657</sup> Extremo, como ya se ha aducido (vid. epígrafes 1.3 y 1.4) no natural pero no imposible, en la misma lógica que se defiende el resultado anticipado –pero de naturaleza no muy distinta– de la perfección. Así, a *contrario sensu* de la capacidad, a este respecto, de la autonomía de las partes, CUADRADO PÉREZ: «Salvo que el oferente y el mediador hayan pactado algo distinto, el derecho de éste a cobrar su remuneración surge en el momento en el que, debido a sus gestiones, se perfecciona el contrato deseado por aquél, y no cuando tenga lugar la efectiva consumación del mismo», *op. cit.*, p. 2528.

<sup>658</sup> «En el contrato de corretaje que estipulan las partes puede estar incluida de hecho la cláusula por la que el corredor se compromete a que el oferente obtenga el fin perseguido. La validez de este pacto (...) ha sido puesto en duda (...) pues, aunque sea aceptable en escasas hipótesis, repugnará, por lo general, a las exigencias ético-sociales del negocio; ya que (...) no depende del corredor el que se concluya o no el negocio objeto del corretaje (...) lo único que implica es coartar la libertad contractual de una parte, a cambio de la responsabilidad en que puede incurrir la otra» SANPONS SALGADO, *op. cit.*, p. 137.

La categoría de obligación de medios se ve desbordada; y la de obligación de resultados muestra, de forma más clara, sus obstáculos insalvables. Como no hay más alternativas y la especialidad no justificada siempre un intento -rara vez posible- de forzar la sistematicidad jurídica con ley o práctica; cabe pensar que el error es previo a la clasificación pretendida. Propio de una circunstancia que arrastra, sin deberlo, a la categoría.

Una vez más, fuera del dogma de la dependencia absoluta de la contraprestación al resultado (ya sea justificada en la no contractualidad, en la unilateralidad, accesoriedad, aleatoriedad, condicionalidad o cualquier otra categoría convenientemente adaptada<sup>659</sup>, de forma más o menos contraria a las demás y al resto del sistema); podría tratarse, sencillamente, de una obligación de medios en la que, habida cuenta de imposibilidad de garantizar un resultado y la dificultad de probar la diligencia, las partes desean mecanismos que estimulen el cumplimiento de las obligaciones mediadoras –de medios, por naturaleza-, en aras de una finalidad que satisfaga el interés subjetivo del comitente.

En conclusión, es un contrato en el que se pretende un resultado, como todos. Sin embargo, tiene la particularidad de que dicho resultado no es objeto directo de la prestación característica del contrato, el resultado de ésta es crear los medios que faciliten la consecución de tal resultado, en una dinámica obligacional posterior<sup>660</sup>; lo que aumenta de forma notable la percepción de riesgo para ambas partes.

---

<sup>659</sup> Incluso contempla GARCÍA-VALDECASAS, en tanto no se consiga la mediación, la posibilidad de que sea una especie de mandato gratuito, que se transformará en mediación hallado el mediario: «hasta se puede afirmar que en tanto que, por no aparecer el mediario, se esté en relación de mandato, éste, salvo pacto en contrario, será gratuito (art. 1711 cc), y aunque también se pueda presumir la obligación de retribuirlo (mismo artículo, párrafo segundo) hay que convenir que en este mandato la gratuidad, salvo pacto en contrario, es esencial» en *La mediación...op. cit.*, p. 54. Gratuidad, esta última, que entiende esencial en virtud del apriorismo, no, desde luego, de la causa gratuita de la misma, pues difícilmente se encontrará, únicamente, la mera liberalidad del bienhechor-mediador.

<sup>660</sup> La distinción es sutil, y dada a perderse en la expresión. Prescindiendo de las categorías de las obligaciones, la diferencia estriba en que mientras que, normalmente, un *facere* va encaminado a un *opus*; en este caso el *facere* del mediador se dirige de forma directa al *facere*

Para asegurar tal relación y hacer efectiva su obligatoriedad<sup>661</sup>, la mediación puede incluir, además de los medios para mediar, los medios para que se medie<sup>662</sup>. Los primeros tienen a conseguir la perfección del negocio mediado, directamente; los segundos a conseguir que los primeros se den efectivamente<sup>663</sup>.

Estos fines secundarios, aunque sean accesorios y no puedan, en sí mismos, determinar la esencia del contrato ni predeterminar sus efectos; sí son dignos de tener efectos naturales o hasta esenciales en la mediación. No es lo mismo ser esencial que ser la esencia, pues la segunda admite distintas partes, y proporciones, de forma que pueda serlo tanto el ser una obligación de medios como que ésta ha de estar convenientemente estimulada. Ello con el límite de no poder desbordar la categoría para tratarla como lo que no es –obligación de resultados- por vía de la especialidad.

Las dificultades que a lo largo del tiempo se han dado para conocer si el mediador había actuado diligentemente o no crearon la necesidad de un estímulo que, por no tratarse en su individualidad, se ha confundido con el propio contrato. Pero no es parte de su causa u objeto principal, más que de forma accesoria. De ahí que la peculiaridad haya encontrado acomodo en las incertidumbres genéticas de las obligaciones de resultado, que enmascaran las propias.

De forma más sencilla, el silogismo puede reducirse en que la categoría de obligación de resultado sólo pretende que prestación principal del mediador satisfaga el interés subjetivo del primero. Si dicha categoría –como las otras especialidades intentadas- no resulta adecuada, ni técnica ni económicamente para

---

del comitente que, a su vez, será el único capaz de conseguir el *opus* final, aunque se persiguiera desde el comienzo de la relación obligatoria.

<sup>661</sup> Dando sentido a la sinalagmaticidad y conjurando, de esa forma, las disfunciones económicas que derivarían de la inoperatividad de la misma (*vid.* epígrafe 3.3).

<sup>662</sup> Esto es, una sub-relación obligatoria interna y accesoria, cuyo objeto es asegurar la relación obligatoria principal.

<sup>663</sup> En un ejemplo, relación acciones del mediador y retribución serían esos primeros medios; y la configuración del contrato de forma que estimule, cargando con el riesgo, en una u otra medida, al mediador, los segundos. En cierta medida, aunque con diferente intención, lo refiere CREMADES GARCÍA «su retribución [del mediador] está condicionada a la conclusión del contrato principal; va a suponer para él, el aliciente en el desarrollo de su actividad, pero nada más», *Contrato de mediación o...op. cit.*, p. 83.



conseguirlo, entonces habrá de replantear el presupuesto inicial. De ahí que aquí se proponga que no sea esencial la relación entre resultado y contraprestación.

Se trata, únicamente, de un mecanismo para estimular y controlar el cumplimiento, en aras de dicho resultado. Y no sólo se pueden encontrar un mecanismo más eficiente, sino uno más lógico, sistemático y, en definitiva, mejor<sup>664</sup>.

La **doctrina italiana**, al partir de una regulación legal clara en cuanto al contenido de la prestación e imputación del riesgo, sobre todo a los efectos más importantes. Por ello ha tenido una menor necesidad de justificar una dinámica que responde a los mismos motivos. El contrato, su función social y dinámica prestacional, es esencialmente el mismo; con lo que lo son su problemática -y su trayectoria histórica, codificada o no-, resulta asimismo igual.

Por tanto, no es de extrañar que se defienda el deber del mediador de alcanzar un resultado<sup>665</sup>, aunque, lejos de querer incardinar la figura en una de las categorías tratadas, se suele afrontar de forma más concreta la especialidad típica. Ello sin perjuicio de tratar la mediación, en ocasiones, como especie del contrato de obra<sup>666</sup>.

---

<sup>664</sup> *Vid.* epígrafe 8.

<sup>665</sup> CARRARO, en *La mediazione...* «Il mediatore non assume l'obbligo di svolgere attività e anzi l'assunzione negoziale di quest'obbligo sclude l'essistenza di un rapporto mediatizio», *op. cit.*, p. 108; o «sia da escludere l'esistenza di un rapporto di mediazione anche quando la volontà delle parti sia diretta esclusivamente a far assumere all'intermediario l'obbligo di svolgere una determinata attività di intermediazione, in modo non subordinato, poichè il rapporto, in tal caso, avrebbe per fonte un contratto d'opera», p. 65, aunque diferencia, seguidamente, las obligaciones de resultado propias de un contrato de obra, de la de la mediación, más de "fines" que de "resultado" «(...) un certo risultato, si allude al risultato primo dell'attività, non anche alla conseguenza finale utile». Diferencia discutible, conforme a lo expuesto anteriormente. MESSINEO afirma que la actividad del mediador es un "opus", si bien lo concreta en «la messa in relazione dei parti», como «atto strumentale al fine della conclusione di un affare». No se puede tratar, por ello, de cualquier puesta en relación, sino una finalista, respecto de la perfección del negocio, en *Manuali di...op. cit.*, p. 72.

<sup>666</sup> «Il mediatore pubblico o priato non ha, salvo patto contrario, diritto al rimporso delle spese, che egli fa a proprio rischio e pericolo per guadagnarsi la provvigione e devono presumersi comprese nella medesima, chi ha assunto un'opera deve fare le spese accessorie necessarie per compierla», VIVANTE, *Tratatto di diritto commerciale*, vol I, ratelli Bocca, Milano, 1904, p. 248.

El principal objeto de estudio en este ámbito no ha sido tanto la naturaleza de la obligación, como la de la prestación, centrándose en el análisis de causalidad que relaciona la acción mediadora con un resultado previsto<sup>667</sup> al que se supedita la retribución.

Con anterioridad al presente Codice<sup>668</sup> se defendían planteamientos contrarios a la consideración de la mediación como una obligación de medios<sup>669</sup>. Con posterioridad al mismo también hay autores que defienden la naturaleza de medios de la obligación mediadora, si bien dejando al margen la correlatividad de la retribución<sup>670</sup>, con los mismos argumentos que la doctrina española que se sitúa en la misma tendencia.

Sí resulta más interesante, a efectos de un análisis genético del tratamiento del peculiar riesgo de la mediación así como de las posibles soluciones a la sistematización del mismo y su incardinación adecuada con la causa del contrato, observar como en un primer momento la objetivización del contrato se produce en aras de diferenciar la retribución de la conducta profesional<sup>671</sup> de la retribución

---

<sup>667</sup> GRASSI, «In generale, il diritto del mediatore alla provvigione è riconosciuto a seguito della conclusione dell'affare ove quest'ultimo sia in rapporto causale con l'opera svolta dal mediatore, senza che sia necessario il suo intervento in tutte le fasi delle trattative (...)», *Il contratto di mediazione*, Cedam, Padova, 2009, p. 93.

<sup>668</sup> Que no introduce una regulación *ex novo* sino que clarifica y concreta la anterior, contenida en el título III, del capítulo II del libro I del Codice de 1865 (*vid.* epígrafes 1.2 y 1.4).

<sup>669</sup> Así FINOCCHIO «La provvigione non è un compenso d'indole subbietiva, inherente alla qualità della persona, ma di natura obbiettiva, insita nella operazione mediatorea, tanto che normalmente si commisura sul risultato oggettivo dell'operazione e non sul valore personale di chi la compie», *La mediazione nel Diritto italiano*, SAIGA, Genova, 1915, p. 200. Sigue el mismo autor: «La prestazione del mediatore è il prodotto finale, utile dell'opera sua, l'opus, che consiste appunto nella conclusione dell'affare; fra l'opera intermediatrice e la conclusine dell'affare debe essere il nesso di causa ad effetto», p. 202; dónde se observan los dos extremos principales relativos al resultado, tratados tradicionalmente por la doctrina italiana. Por su parte, FINOCCHIARO, «la remunerazione dei servizi personali in ragione del lavoro prestato, del tempo impiegato e delle spese subite, senza riguardo al risultato, snatura necessariamente l'indole del contratto di mediazione», *Il contratto di mediazione*, N. Giannotta, Catania, 1922, p. 63. También BOLAFFIO, *Tratti caratteristici del rapp. Di mediazione*, Giurisp. It., 1915, I, 2, p. 305.

<sup>670</sup> AZZOLINA, partiendo de CARRARO, «nell'ipotesi considerata il contratto d'intermediazione, mirando non direttamente e immediatamente alla conclusione dell'affare, bensì soltanto allo svolgimento di un'attività di avvicinamento dei contraenti, genererebbe appunto un'obbligazione di mezzo e non di scopo», *La mediazione, op. cit.*, p. 186.

<sup>671</sup> Posición menos relevante en la actualidad toda vez que la profesionalidad ha derivado en otros efectos jurídicos más allá de la dicotomía esencial de los contratos. Posición

puramente obligacional. Ésta relacionada no con los concretos actos materiales sino con las vinculaciones puramente jurídicas<sup>672</sup>; siempre en conjunción con los argumentos ya tratados.

De forma análoga, la dicotomía entre correlatividad sinalagmática de obligación de mediación cumplida y la retribución como prestación de la misma; y correlación simple de resultado objetivo y retribución fuera del ámbito de la obligación de resultado –como una especialidad de las obligaciones de medios-; también tiene origen, al menos en parte, en la consideración unilateral del contrato de mediación<sup>673</sup>.

Por tanto, los mismos obstáculos y las mismas soluciones parciales pueden ser superados por las misma alternativas.

### **6.3.3. Problemas específicos y soluciones “exclusivas”.**

Se podrían reproducir la mayor parte de los argumentos expuestos respecto a la problemática de la categoría de las obligaciones de resultado, aplicados sobre las conclusiones generales del apartado anterior. Sin embargo, merecen especial consideración determinados supuestos que, aunque no puedan ser considerados ordinarios, puedan funcionar como ejemplos de los problemas que supone romper la sistemática, en aras de una especialidad no justificada.

---

interesante, sin embargo, en la medida que parte de la tendencia hacia el “resultado” recogida con posterioridad parte de este motivo hoy fácilmente salvable por otras vías más idóneas.

<sup>672</sup> BOLAFFIO «È la struttura organica del rapporto che, indifferentemente, sottopone alle sue regole i rispettivi diritti ed obblighi delle parti interessate, non l’esercizio professionale dell’intermediario. Il diritto di mediazione ha carattere professionale quale avrebbe se fosse atinente al soggetto operante», *Il código di comercio comentato*, Tomo II, BOLAFFIO y ASCOLI (coord.), Utet, Torino, 1922- 1929, p. 72.

<sup>673</sup> MARINI, siguiendo a CARRARO, «pur dovendosi escludere la natura sinallagmatica del contratto di mediazione, debba considerarsi la provvigione quale controprestazione del risultato utile (della conclusione dell’affare) fatto conseguité dall’intermediario a ciascuna delle parti dell’affare. Ciò che sembra trovare una precisa conferma nella natura propria dell’interesse che il contratto di mediazione mira a realizzare e che si identifica non già con l’attività del mediatore, bensì ed esclusivamente con la “conclusione dell’affare che consegue a quella attività», *La mediazione, op. cit.*, pp. 91-92.

Normalmente, un contrato de aquéllos que tradicionalmente se han venido considerando, en mayor o menor medida, como de resultado, tiene un objeto incompatible con prestaciones simultáneas, ejecutadas por partes de contratos distintos. Así, por ejemplo, cuando la parte que se obliga a obrar construye dicha obra; la misma no puede ser construida por otro al mismo tiempo<sup>674</sup>.

Por el contrario, en el caso de la mediación, la facilitación de la perfección del negocio pretendido puede ejecutarse simultáneamente por distintos mediadores, siendo la consumación de dicha acción el único elemento que haría imposible que el resto de los mediadores alcanzaran, con su prestación, el resultado pretendido<sup>675</sup>.

La principal consecuencia de dicha la compatibilidad de acciones e incompatibilidad de resultados implica dos posibles resultados. Para el primero, el resultado se habría alcanzado por lo que, de forma objetiva, todos los mediadores habrían cumplido, de forma independiente a su acción diligente.

Para el segundo, el cumplimiento de una de las prestaciones de mediar implique el incumplimiento de las demás. Esta imposibilidad sobrevenida y definitiva, respecto al objeto del contrato, no sólo no es imputable a los mediadores que no hayan conseguido el resultado, sino que sí lo es, al menos en parte, a la actividad –contractual- del comitente.

En efecto, si bien no la hace imposible *ab initio*, el hecho de que el comitente contrate con otros mediadores sobre el mismo objeto inicia un proceso causal con posibilidades notables de hacer imposible la obligación de resultado. Proceso que, además, sólo a él es beneficioso, y que, en principio, no tendría ni por qué darlo a conocer, de forma que no interfiriera en la prestación del resto de mediadores.

---

<sup>674</sup> Ello tanto si la obra es un inmueble, pues el mismo espacio –en el que habría de enclavarse- no puede existir dos veces; como en las cosas muebles, susceptibles de una única existencia –cualidad predicable también de los inmuebles, claro-. No excepcionan las cosas fungibles esta condición existencial, pero si les resulta indiferente toda vez que no se consideran individualmente.

<sup>675</sup> Lo cual tampoco tiene por qué funcionar como un elemento completamente individualizador toda vez que el nexos causal puede ser múltiple y la retribución dividirse. Ello, en Ordenamiento italiano, de forma positiva conforme a lo dispuesto en el artículo 1758 del Codice civile.

No cabe duda de la alteración del equilibrio oneroso que cualquiera de estas posibilidades implica<sup>676</sup> pues, para cada obligación y, en especial, para las consideradas de resultado, los riesgos previstos determinan el equilibrio económico que contiene tal relación de sacrificio patrimonial recíproco<sup>677</sup>. Además, bien puede suponer cualquier de los casos un **hecho del acreedor**<sup>678</sup> que implique, además de la imposibilidad de imputar incumplimiento al mediador<sup>679</sup>; bien el cumplimiento de

---

<sup>676</sup> Pues en un supuesto sólo obtendría la retribución íntegra un mediador, recibiendo nada el resto; mientras que el otro todos tendrían parte de la retribución, no obteniéndola íntegramente ninguno. Ello al margen de que todos o algunos, en cualquier proporción, hubieran ejecutado o no diligentemente todas o parte de los actos de mediación. La aplicación correctora de la revisión del nexo causal no parece suficiente, toda vez que opera más como límite negativo que como fuente de distribución.

<sup>677</sup> Por lo demás, la incardinación en los dos últimos grupos resulta fruto de un azar unilateral respecto al comitente, pues le es indiferente el mediador ganador –siempre que los precios pactados sean iguales–; y bilateral para el resto de mediadores, entre si, si bien no tienen ni por qué conocer dicho riesgo (si hay o no más mediadores contratados) o su magnitud ni, por tanto, su valor –coste Lo que alteraría notablemente el equilibrio económico de la relación. *Vid.* epígrafe 4.4.

<sup>678</sup> «*Factum cuique suum non adversario nocere debet*», Paulo, Digesto, 50, 17, 155. Al respecto BADOSA COLL, si bien se refiere al hecho propio del deudor, «(...) fundamento de equidad de la no liberación (...) su función es complementar el proporcionado por la culpa», La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, *op. cit.*, p. 877. , esto es, complementar el principio según el cual «la pérdida material o jurídica de la cosa debida, causada por culpa o habiendo precedido mora solvendi daba lugar a la subsistencia de la obligación sustituyendo la cosa debida por su estimación», p. 867. CARRASCO PERERA, «(...) el acreedor puede con su conducta multiplicar el riesgo de la prestación o incidir negativamente en el cumplimiento del deudor. La regla, entonces, es que cada uno asume el riesgo de las decisiones propias. Este riesgo es llamado en el Código civil en algunas ocasiones «culpa». Lo que deberá entenderse como acto propio. Cuando la conducta del acreedor tenga por efecto desplazar o agravar el riesgo del deudor, cualquier acto del acreedor sobre la cosa que implique imposibilidad de restituir es imputable a aquél en sus consecuencias (...) El acreedor se causa a sí mismo un daño con su conducta. No es preciso que se trate de negligencia o dolo» cita, como manifestaciones concretas del principio, los artículos 1488, 1479, 1498, 1078, 1314, 1833, 1852, 1170, 1104 o 1102 . CARRASCO PERERA, Arts. 1101 y 1102, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990. También es ampliamente utilizado el término y, con él, la categoría, en el Derecho italiano: COTTINO, «Questioni in materia di impossibilità della prestazione (Nota a Cass. 17/5/1949), *Rivista del Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1951, p. 78; BIANCA, M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. N. Zanichelli, Bologna, 1967, p. 345; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>679</sup> Pues «(...) de acuerdo con los arts. 1589 y 1590, que parecen constituir la regla general en materia de obligaciones de resultado, en caso de falta de obtención del resultado el derecho a la contraprestación sólo se conserva si ha existido *mora accipendi* o la imposibilidad ha sido debida a causa imputable al acreedor», DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...op. cit.*, p. 247.

la obligación recíproca del comitente<sup>680</sup>; o, al menos, una indemnización<sup>681</sup> a los mediadores imposibilitados.

Podría entenderse que el comitente mantiene, como acreedor, un deber genérico de no hacer relativo a actos que hagan devenir imposible la prestación del deudor. Sin embargo, también pudiera tener distinta relevancia el mero hecho del

---

<sup>680</sup> Así lo entiende LAMARCA, toda vez que «como consecuencia del mantenimiento del contrato, el deudor conserva el derecho a la contraprestación a cargo del acreedor. Sucede así por no darse efectos resolutorios a la imposibilidad sobrevenida, el sinalagma se mantiene y la contraprestación está falta de causa», *El hecho...op. cit.*, p. 195. Además entiende que sería imposible, por la doctrina de los actos propios, utilizar la exceptio inadimpleti p. 191. Sin embargo, no veo óbice para que no pueda pretenderse, por cualquier parte, incluido el acreedor, la extinción de la relación jurídica ex art. 1182 pues, efectivamente, la imposibilidad no se debe al deudor; y la pretensión de resolución es un remedio a un incumplimiento o mora que, en rigor, no se darían. Así también ALBADALEJO «el deudor puede conminar al acreedor a que reciba la prestación o ponga de su parte aquello que haga falta para que quepa efectuarla; y, si, injustificadamente, no lo hace, es posible que una de dos: 1.º o que ello provoque la imposibilidad de realizar la prestación en el futuro, en cuyo caso la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor, que queda liberado; 2.º o que provoque sólo un retraso (...)», *Derecho civil, II, vol. I, op. cit.*, pág. 152; si bien el mismo autor, respecto a la extinción por imposibilidad sobrevenida en relaciones sinalagmáticas opina que «en mi opinión, no se da la extinción automática de la contraobligación, cuando la obligación se extingue por imposibilidad de la que no es responsable el deudor, sino que lo que ocurre es simplemente lo que el artículo 1.124 establece (...)» *Derecho civil, 8.a ed, op. cit.*, p. 109.

<sup>681</sup> El hecho de que incluso el comitente que creó la imposibilidad pueda pretender, por su causa, la extinción, vendría siempre condicionado a que no pudiera perjudicar al mediador con ello, esto es: que se generara un deber indemnizatorio que, precisamente, garantizara su indemnidad. De otra forma podría provocarse un enriquecimiento injusto del mediador que, sin estar en mora pero sin haber desarrollado su prestación correspondiente, encontrara imposible la mediación por culpa del acreedor y, sin sacrificio, pudiera beneficiarse. De este modo parecería razonable obligar al comitente a pagar el precio acordado, deduciendo los costes previsibles de la prestación que hubo de desarrollarse. A favor, MENGONI, *In tema di "mora credendi nel rapporto di lavoro*, Temi, 1954, respecto a la contraprestación «in realtà un vero e proprio risarcimento dei danni» p. 579. También GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 130 y ss. En contra de considerarlo indemnización (por negar la posibilidad de extinción) LAMARCA, «En mi opinión, el deudor no ha sufrido ningún daño y su interés en el cumplimiento del contrato se tutela con la satisfacción de la contraprestación a cargo del acreedor(...)», *op. cit.*, p. 196; si bien reconoce la necesidad de deducir el ahorro y ganancias del deudor a causa de la imposibilidad «El deudor no podrá quedar en mejor posición que en la del cumplimiento previsto del contrato», p. 198. Al margen de la categoría que se tratase: o bien el deudor sufre un daño –y puede ser indemnizado– o, si no lo sufre, nada impide al acreedor actuar como actué, pues su límite era no dañar al deudor fruto de la imposibilidad por él generada.

acreedor que haga devenir la prestación del deudor imposible; de la falta del deber de cooperación del primero<sup>682</sup>.

Para la mediación, si bien puede parecer que el deber sea de mantener el objeto mediado disponible para la perfección del contrato pretendido dentro de la relación funcional del contrato; también podría afirmarse que la transmisión del bien por el comitente no supone una negación directa del *facere* del mediador, sino únicamente del interés subjetivo del propio comitente.

Ahí se vuelve a percibir la dificultad sistemática que introducen las obligaciones de resultado, pues, al pretender convertir el interés subjetivo del acreedor en el objeto prestacional, imposibilita la distinción propuesta, que necesita orbitar en torno a los actos de ejecución de la prestación.

Aunque lo anterior se haya construido bajo el ejemplo concreto de la multiplicidad de mediadores, el mismo argumento puede aplicarse a cualquier hecho propio del comitente que imposibilite el resultado al que el mediador se ha "obligado". El siguiente paso es la consideración, como hecho propio, de la no perfección del negocio que la mediación pretendiera facilitar. Igual que el comitente tiene una expectativa legítima de realización de la actividad mediadora; el mediador tendrá una correlativa de no obstaculización de la misma por ningún hecho voluntario, potestativo, del comitente. Incluida la no perfección.

En definitiva, ni el comitente que en un contrato de obra destruya la cosa a reparar ha de perjudicar al contratista<sup>683</sup>, ni tampoco parece que el comitente que

---

<sup>682</sup> LARMARCA distingue «las nociones de actos del acreedor posibilitando el cumplimiento con los actos del acreedor que lo impiden, porque en los primeros habría una relación funcional entre la actuación del acreedor y el cumplimiento de la prestación, que no se daría necesariamente en los segundos (...) no suponen necesariamente una negación de lo que aquél debería hacer para el cumplimiento», *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Studia albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, pp. 131-132. Reconoce que «la distinción (...) no siempre será clara y muchas veces será polémica» p. 133. En efecto, si el elemento diferenciador (la relación funcional) puede darse, aun de forma contingente, en el segundo grupo, puede llegar a ser imposible. También lo distinguen DÍEZ-PICAZO, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 598 (revisar); CATTANEO, "Della mora del creditore", *Commentario del Codice civile*, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1973.p. 70. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, Studi in honore di Pietro Rescigno III, Diritto privato, 2, Milano, 1998, p. 554. NATOLI, BIGLIAZZI, GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 9.

encargue la mediación habría de poder perjudicar, dentro de sus deberes de cooperación y buena fe, al mediador.

Como se apuntó, se presentan además las dificultades de relacionar el nexo causal con las prestaciones de los distintos mediadores<sup>684</sup>. Aunque uno de ellos pueda llegar a conseguir, de forma más nítida, la perfección del negocio mediado; al existir acciones de promoción abiertas, dirigidas necesariamente a un público genérico, es posible que varios mediadores coadyuven a la consecución de la mediación.

Ignorar aquellos problemas de causalidad en aras de una objetivación que tenga sólo en cuenta el último eslabón causal, cual es la presentación directa de la parte en el contrato que se haya de perfeccionar, supone no sólo rebasar la estructura básica de la pretendida obligación de resultado, sino alterar definitivamente el equilibrio prestacional. La relación bilateral no sería tal, sino que se crearía una relación triangular, si no de forma contractual si al menos prestacionalmente<sup>685</sup>.

---

<sup>683</sup> Ejemplo tratado por COTTINO, G., "L'impossibilità di ricevere o di coperare del creditore e l'impossibilità de la prestazione", *Rivista de Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1948, p. 444.

<sup>684</sup> Teniendo en cuenta, además, que el hecho impeditivo del acreedor no ha de imputarse con criterios subjetivos, sino únicamente de causalidad material. LAMARCA, *El hecho...op. cit.*, p. 132. El mismo autor concreta que «Cuando el defecto de cooperación del acreedor da lugar a la imposibilidad de la prestación de manera definitiva, el único juicio de imputación de sus consecuencias que cabe hacer es la determinación que realmente la imposibilidad de la prestación tiene su causa en la falta de concurso del acreedor en su cumplimiento (...) la imputación se determina con base en una relación de causalidad» pp. 163 y 164. Ello en el entendido de que dónde no hay obligación, no puede predicarse dolo o culpa. Lo mismo opina CARRASCO PERERA, «Cuando se trate de conducta del acreedor, éste no puede, en cuanto tal acreedor, estar en dolo o culpa, ya que de su conducta no puede predicarse incumplimiento», Arts. 1101 y 1102, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990; o TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffré, Milano, 2009, p. 367. Opino, sin embargo, que toda imputación requiere un contenido mínimo volitivo e intelectual del sujeto, pues no existe –ni puede existir– una causalidad pura, sino que ésta habrá de informarse de criterios de previsibilidad y adecuación, a su vez relacionados con dicho contenido subjetivo. De otra forma toda imposibilidad sobrevenida debida a un hecho fortuito directamente proyectado sobre el acreedor podría resultar hecho del mismo, lo que no parece adecuado.

<sup>685</sup> De un lado el comitente, para el que todos realizan sus prestaciones y que a cambio



Por otra parte, se conoce y acepta ampliamente, con sus efectos, la posibilidad de **cumplimiento por tercero**<sup>686</sup> como categoría general que, aplicada en el caso español<sup>687</sup>, habida cuenta la multiplicidad de contratos no vinculados ni relacionados de forma directa, hace que el cumplimiento directo de uno pueda ser indirecto<sup>688</sup> para todos los demás. La relatividad propia de los contratos<sup>689</sup>, que hace

---

paga el precio pactado; el mediador que consiguiera el resultado final; al que aprovecharía tanto la retribución pactada como el trabajo desempeñado por el resto de mediadores; y los mediadores fracasados, que, sin recibir nada a cambio, desarrollan su prestación en favor de los dos anteriores.

<sup>686</sup> Entendiendo pago como equivalente al cumplimiento, en cuanto a la formulación legal. Así MUCIUS SCAEVOLA: «es, pues, el pago no la liberación de la deuda, ni la entrega directa y precisa de lo ofrecido, sino el cumplimiento material de la obligación, en s. misma o en su sustitución económica, de forma que efectivamente reciba el acreedor lo que se le debe, bien en s. mismo, bien sustituido con arreglo a la ley. En todo caso, el pago supone la entrega, la ejecución o la emisión, con relación directa a los términos propios de la obligación establecida», *Código civil*, tomo XIX, Reus, Madrid 1957, p. 964. Así lo indica también la el Código civil español, art. 1156. El Códice civile italiano se usa, directamente, al cumplimiento, Art.1180 Adempimento del terzo L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione. El Código civil español, por su parte, en el art. 1.158, Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor (...).

<sup>687</sup> Facilitada, además, su aplicación precisamente por la hipótesis de la "obligación de resultado" puesto que, si de ordinario, podría pensarse. a tenor del artículo 1156, que en las obligaciones de hacer el acreedor no puede ser compelido a recibir la prestación de un tercero, en la medida que la calidad y circunstancias del concreto deudor hubiesen sido determinantes, la objetivización del resultado hace inane esta previsión. En el Derecho italiano la regulación específica de la mediación impide -o no hace necesario- acudir a tal categoría, como se dijo. *Vid.* nota 675.

<sup>688</sup> Lo que no merma el animus solvendi, entendido como la intención de extinguir la obligación, esto es, de cumplir, esto es: de conseguir el resultado que, en este caso, supondría la satisfacción subjetiva del interés objeto del acreedor objeto del contrato. Así lo entiende BAYO RECUERO, *Pago del tercero: subrogación*, Dijusa Editorial, Madrid, 2004. También DE RUGGIERO define dicho animus como «la intención en quien paga de extinguir la obligación» en *Instituciones de Derecho Civil*, II-1º, Reus, Madrid, 1977, p.

<sup>689</sup> Art. 1372 Efficacia del contratto (...) Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge. Del mismo modo, en el Código civil dispone el art. 1257 que «os contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, 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».

que cada nuevo mediador sea tercero<sup>690</sup> respecto al resto de contratos de mediación, que puede incluso ignorar, hace posible este fenómeno.

Bien puede discutirse la íntegra aplicación, incluso por analogía, del pago por tercero; sobre todo en la relación que seguiría entre dicho tercero y cada uno de los mediadores cuyas situaciones pasivas, con su acción, habría cumplido<sup>691</sup>. Sin embargo, lo que aquí interesa es el cumplimiento de la obligación, en la relación interna del comitente con los mediadores, cuestión objetivada y, por tanto, de objetiva solución.

Por otra parte, las consecuencias sistemáticas de la obligación de resultados sobre la mediación pueden llevar a una situación en la que el comitente, una vez pactados dos o más contratos sobre el mismo objeto; quedara sujeta a un riesgo notable para el comitente de multiplicar su sacrificio, bien por contraprestaciones o por indemnizaciones<sup>692</sup>.

Se trata, en definitiva, de una encerrona de **exclusividad** indirecta. Exclusividad que, bajo un régimen de resultado, bien podría llevar a que el mediador, consciente de las limitaciones del comitente, pueda ejercer su prestación

---

<sup>690</sup> «Es tercero el que no ha sido parte en el negocio jurídico, el que ha sido ajeno a la formación de la relación jurídica de que se trate», O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, p. 402, o «el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento», ROCA SASTRE, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 8ª ed., II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 293. Ello sin que sea óbice el interés que dicho tercero pudiera tener el hecho jurídico del cumplimiento, por motivos extraños a la relación a la que es tercero. De hecho, si no existiera tal interés, ningún tercero cumpliría –pagaría– más que por accidente, lo que no parece digno de una categoría propia.

<sup>691</sup> Principalmente porque, no habiendo sacrificio en su cumplimiento, no cabría repetición contra ninguno de los mismos.

<sup>692</sup> Se elimina la posibilidad del reparto del corretaje entre los múltiples mediadores siempre que los mismos desconocieran la existencia de los demás, según lo expuesto en relación al hecho propio del acreedor (*vid.* nota 678). Podría ser incluso aplicable al caso italiano, toda vez que el artículo 1758 del Codice civile podría partir del conocimiento por los mismos de la situación de consorcio. Si no lo fuese, además de permitir el hecho propio, aumentaría el riesgo para el mediador, con efectos negativos en el equilibrio económico de la relación (*vid.* epígrafes 3.3 y 7).

de forma más relajada, sobre todo en la medida que la acción a desarrollar no es valuable a efectos del cumplimiento.

Podría plantearse si estas consecuencias pudieran ser eliminadas por la voluntad de los contratantes. Sin embargo, ello llevaría, en primer lugar, a la necesidad de alcanzar un nivel de complejidad mayor, lo que redundaría en mayores costos de transacción para los contratantes, o en una desproporcionada ampliación del modelo atípico, llenando la tipicidad social con estructuras jurídicas que las partes perciban de forma directa, en aras de unas consecuencias que pudieran no justificar lo anterior.

Además, toda vez que el hecho del acreedor puede ser doloso, y lo será siempre que realice otros contratos de medición sobre el mismo objeto o decida no perfeccionar el contrato mediado, no siempre es clara la diferencia entre un aumento de riesgo libremente asumido; una carga de aleatoriedad unilateral inadmisibile, según lo expuesto<sup>693</sup>; y la facultad desproporcionada al acreedor de desistir libremente del contrato, al hacerlo imposible<sup>694</sup>.

Además, únicamente con que la obligación fuese de medios y no de resultado, al margen de que pudiera existir una ponderación económica del resultado alcanzado, como condición accesorio, no existiría este problema. En primer lugar porque el hacer al que se obliga cada mediador, es específico e insustituible, de forma que si el comitente contratara con varios, a varios les exigiría esfuerzos distintos y complementarios; y varios tendría que retribuir, indubitadamente. Podría introducirse este factor en la negociación del precio, pero no cabría reserva de información ni novación del riesgo.

---

<sup>693</sup>Vid. epígrafe .5.2

<sup>694</sup> En este último sentido parece entenderlo LAMARCA, al entender, sobre el hecho del acreedor que imposibilite la prestación que «es difícilmente planteable un pacto que altere la regla que se ha formulado. El deudor no podrá asumir el riesgo de la imposibilidad imputable al acreedor.», *op. cit.*, p. 192.

Proteger, *per se*, la categoría de obligación de resultados no puede ser razón bastante y, si se trata de alcanzar sus efectos –o al menos alguno de ellos- se podrían alcanzar también con otros métodos compatibles con la sistemática<sup>695</sup>.

#### 6.4. Derecho contractual europeo.

Dentro de la categoría de contratos de servicios<sup>696</sup>, el DCFR aborda la **obligación de resultado**, si bien como norma general, de excepción tasada<sup>697</sup>. No en vano, de toda obligación de hacer, el comitente espera un resultado concreto<sup>698</sup> que, dependiendo del riesgo concreto de cada caso, será más o menos probable<sup>699</sup>. Así, prescindiendo de la distinción entre obra y servicio, como norma general toda obligación de hacer fruto de un contrato de servicios será, en principio, una obligación de resultado.

---

<sup>695</sup>Vid. epígrafe 8.2.

<sup>696</sup> De aplicación directa a la mediación (*vid.* epígrafe 9).

<sup>697</sup> AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, European Law Publishers GmbH, Munich., 2009: IV. C. – 2:106: Obligation to achieve result. (1) The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract (...).

<sup>698</sup> AAVV AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, *op. cit.*, mismo artículo, Comment A. «A client who concludes a service contract generally wants to obtain a particular result (...)» p. 1653.

<sup>699</sup>«(...) The ability of a service provider to achieve that result, however, depends on a number of factors which will not always be under the control of the service provider», continuando la frase de la nota anterior.

Ahora bien, esta norma general, parte de dos presupuestos<sup>700</sup>. De una parte, que la obligación de alcanzar el resultado se haya pactado expresamente. De otra, y de forma subsidiaria, que el resultado a alcanzar sea previsible. En este último supuesto, dicha previsibilidad vendría a completar una presunción de tendencia al resultado del comitente, que, sin embargo, sólo podrá realizarse bajo dos condiciones conjuntas<sup>701</sup>: a) Que el resultado hubiera sido razonablemente previsto por el comitente, como forma de reforzar la presunción con indicios no sólo volitivos, sino también intelectivos; b) Que el comitente no pudiera conocer un riesgo especial sobre el resultado pretendido y previsible.

Se desecha, en definitiva, así la visión bipartida de medios y resultados<sup>702</sup>, integrándose la norma general de las obligaciones de hacer en una dinámica de diligencia<sup>703</sup>, tendente a un resultado, que podrá ser exigido como tal cuando su probabilidad sea notable<sup>704</sup>.

Lo normal es que la mayoría de los contratos hoy considerados “de obra” tengan resultados probables y previsibles y, por ende, obligatorios conforme a lo expuesto. La norma añade a ello, sin embargo, la posibilidad de tratar el caso

---

<sup>700</sup> AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition*, op. cit., COM. A. «The rule under the Article is that the service provider is under an obligation to achieve the particular result in the following two situations: (1) before conclusion of the contract, the client expressly requires the service provider to achieve the result, and the service provider does not dispute that the service will be able to achieve that particular result, and (2) at the time the contract was concluded, the parties did not expressly discuss the matter, but a reasonable service provider would expect the client to expect the result to be achieved», p. 1653.

<sup>701</sup> IV. C. – 2:106: (...)provided that in the case of a result envisaged but not stated: (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service, en AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, op. cit..

<sup>702</sup> De forma expresa se rechazan en AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition*, op. cit., ese art. COMM. C «Neither the first nor the second approach sketched [obligation of means and obligation of result] has been adopted» p. 1656.

<sup>703</sup> Conforme al artículo IV. C. – 2:105 del AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, op. cit..

<sup>704</sup> AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition*, op. cit.. COMM C. ««The solution which is chosen in this Article reflects the idea that the probability that the result envisaged by the client can be achieved should be decisive for the obligation to be imposed upon the service provider (...) if it is probable that the service can achieve the required result, an obligation to do so is imposed on the service provider (...) If there is no such probability, the obligation is not imposed». P. 1656.

concreto, conforme a los pactos específicos y las posibilidades reales de consecución del resultado<sup>705</sup>.

No deja de ser una generalización, que, en algunos supuestos, tendrá efectos no plenamente satisfactorios; pero siempre es más flexible una generalización concreta que una objetivación absoluta, como ahora resulta el tratamiento tradicional de las obligaciones llamadas de resultado. Sobre todo una vez que opere el límite de la naturaleza de la prestación y del contrato, cuya realidad será necesariamente conocida por las partes, habida cuenta los deberes precontractuales de información -al menos en las prestaciones profesionales.

Aplicando lo anterior a la mediación, se tendría que, como de forma esencial comporta un particular riesgo, previsible y obvio para todos, no cabría entender que la obligación del mediador comprende alcanzar el resultado pretendido por el comitente.

Ahora bien, persiste la posibilidad de que dicho resultado haya sido objeto de una previsión específica del contrato. Esta hipótesis no debería caber en la construcción dogmática de un contrato atípico. Cabría discutir si dicho pacto podría aceptar una obligación difícil, casi imposible para el prestador del servicio, a la que pudiese quedar obligado.

En primer lugar, la norma prevé de forma literal el resultado previsible y no pactado; pero no el pactado y no previsible. Aunque lo razonable en principio, sería interpretar la prevalencia del pacto sobre la previsión, esta prevalencia es, en sí misma, una interpretación sistemática que, por la sistemática misma, podría cambiar de sentido.

En segundo lugar, la norma parte de la atribución del riesgo en razón a la probabilidad<sup>706</sup>. La declaración por las partes de una probabilidad que no se

---

<sup>705</sup>AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edición, op. cit.*, COMM C. «It is preferred to have a more flexible solution, which makes possible to take into account the particularities of each type of service» p. 1656.

<sup>706</sup> Más aún: en los comentarios del DCFR se reconoce la posibilidad de que, frente a un resultado probable, se excluya la obligación del mismo; pero no se dice lo contrario en el caso

corresponde con la realidad no podría cambiar a esta ni, por tanto, el pacto sobre el resultado sería acorde al espíritu de la norma en coherencia con su objeto real.

Además, el caso fortuito liberaría de responsabilidad al acreedor en todo caso en el que éste no pudiera razonablemente prever la contingencia del resultado<sup>707</sup>. Contingencia ésta que, en definitiva, es el mismo riesgo cuya probabilidad se trata en el débito de resultado. La excepción de caso fortuito cabría en la prestación de servicio que deba alcanzar un resultado, no sólo porque parezca lo adecuado, sino porque sus requisitos son los mismos<sup>708</sup>.

En tercer lugar, y de forma principal, el prestador de servicios tiene otras obligaciones distintas al resultado; entre ellas las relativas a la información y aviso al comitente. Fruto de esta obligación debería informar al comitente del riesgo de no alcanzar el resultado<sup>709</sup>. Si lo hiciera estaría negando la obligación de resultados. Si no lo hiciera, estaría incumpliendo sus obligaciones. Consecuencia de lo anterior puede entenderse, además del resto de efectos que le son propios, la carga de asumir el eventual pacto, pues él mismo creó la posibilidad de que el cliente pudiera prever el resultado de forma razonable; y de forma razonable pudiera pensar que no existe riesgo oculto.

---

opuesto: «if it is probable that the service can achieve the required result, an obligation to do so is imposed on the service provider (in the absence of a contractual provision to the contrary)» p. 1656.

<sup>707</sup> AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, op. cit.*, III.- 3:104: Excuse due to an impediment. (1) A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected.

<sup>708</sup> De hecho, en los comentarios al DCFR se menciona expresamente, respecto del artículo III.- 3:104, que «There is less need for the doctrine of excused non-performance in the case of an obligation which is merely to make reasonable efforts to do something ("obligation de moyens"», con lo que sitúa el ámbito del caso fortuito, y la exoneración que supone, en las obligaciones de resultado ("obligations de résultat"). AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition, op. cit.*, vol 1, p. 784.

<sup>709</sup> En los comentarios del DCFR, excluyen la expresa voluntad del prestador de servicios de alcanzar un resultado no porque no se llegue a un acuerdo (objeto presupuesto, indispensable, sobre el que predicar aquella expresa voluntad); sino porque el prestador del servicio discute la aptitud de su prestación para alcanzar el resultado. Una mera declaración de hecho, no un acuerdo: «service provider is under an obligation to achieve the particular result (...) the client expressly requires the service provider to achieve the result, and the service provider does not dispute that the service will be able to achieve that particular result», AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition, op. cit.*, Vol. 2, p. 1653.

En muchos casos, el cumplimiento de estas obligaciones de información tiene difícil prueba por parte del prestador de servicio, como problema adjetivo de trascendencia sustantiva. Sin embargo, en el caso de la mediación, toda vez que el riesgo es un hecho notorio, podría no ser necesaria la propia información salvo, quizá, en los casos en los que el comitente fuera un consumidor y el mediador un profesional o empresario.

Por tanto, podría afirmarse que en los contratos en los que el riesgo es un elemento esencial, la posibilidad de pacto respecto a tratar sus obligaciones como de resultado, conforme a la teleología de la norma, no sería posible<sup>710</sup>.

En todo caso, sería una cuestión secundaria, toda vez que se trataría de un pacto singular, fuera del tratamiento general, normativo, de la mediación. Además, debería ser categorizado en su caso ya como extensión de la obligación; ya como asunción del riesgo; como prestación de garantía; o como otra figura o instituto, según el caso. A falta de ese pacto, sí es clara la inexistencia de tal obligación en contratos como el de mediación.

Como conclusión copulativa, de forma inversa e implícita en la anterior, todos aquellos contratos que por su naturaleza no impliquen una previsión razonable de resultado, estarán regidos por la norma general de la diligencia en la prestación<sup>711</sup>. Esta diligencia, modulable<sup>712</sup> y siempre exigible, será la que, además,

---

<sup>710</sup> Tendencia plenamente acorde con lo aquí propuesto; y muy similar también a la mantenida por ZORRILLA y DE ANGEL en *op. cit.*, de forma que «El deudor puede prometer al acreedor un resultado o efecto útil (...) siempre que la naturaleza de la prestación o las singularidades del medio en el que se opera (...) determinen que la obtención del resultado sea consecuencia natural y directa de la ejecución íntegra de la prestación (artículo 1157) dándose una correspondencia rigurosa entre plenitud de cumplimiento o pago completo y satisfacción cabal del interés del acreedor» p. 209; confirmando lo expuesto en la medida que «No se concibe entonces un obstáculo que venga del círculo mismo de la obligación y erosione la posibilidad de cumplimiento, dado su automatismo», p. 210.

<sup>711</sup> AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, op. cit.*, IV. C. – 2:105: (1) The service provider must perform the service: (a) with the care and skill which a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and (b) in conformity with any statutory or other binding legal rules which are applicable to the service (...).

<sup>712</sup> Como desarrollan los párrafos (2) a (5) del citado artículo, IV. C. – 2:105 del AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, op. cit.*.



haya de integrar la previsibilidad del resultado. De forma éste será previsible cuando la prestación diligente lleve, de forma natural –casi necesaria-, al resultado adecuado. Si una acción diligente no puede garantizar un resultado, o las acciones exigibles para alcanzarlo excedieran el modelo de diligencia aplicable, no podría pretenderse resultado alguno.

Así pues, no es la diligencia la excepción sino la regla general<sup>713</sup> que, en determinados casos, cualificará la obligación para que, en aras de la simplicidad -y siempre bajo las máximas de la experiencia que anticipan, de forma casi objetiva, la prueba sobre la misma-, quepa una suerte de “obligación de resultados” o, quizá mejor, una pretensión legítima de resultados en las obligaciones de hacer. Siempre se habrá de actuar con diligencia y, en ocasiones, alcanzar un resultado<sup>714</sup> también.

Ocurrirá además, que cuando no se alcance el resultado, en las obligaciones en las que éste sea consecuencia natural de la obligación, será por no haberla ejecutado diligentemente. Así, el resultado actuará no tanto como criterio o categoría autónoma, sino como facilitación de la acción del acreedor, y simplificación de la prueba del incumplimiento.

Los PECL, al introducir la exoneración de responsabilidad por imposibilidad de cumplimiento de forma general<sup>715</sup>, sin distinción de tipo de

---

<sup>713</sup> AAVV *Draft Common Frame of Ref. Full Edition*, op. cit., «This is the fundamental obligation imposed on a service provider in all legal cultures (...)», Tomo 2, p. 1649.

<sup>714</sup> El enunciado del primer artículo IV. C. – 2:105 es general, incondicionado, a diferencia de la formulación dependiente de los resultados previstos en el artículo siguiente del DCFR. De hecho, «It is posible that the service provider is not only under an obligation to carry out the service with due care and skill, but also under an obligation to achieve the result stated or envisaged by the client», COMMENT. D. del art. IV. C. – 2:105, AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, op. cit., pp. 1649-1650. En el COMMENT. C, «Even a service provider who is subject to the stricter obligation to achieve the required result will still be under an obligation to carry out the service with the required care and skill (...)», p. 1649.

<sup>715</sup> Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias. Nótese, además, que el artículo 8:109 trata de la limitación o

obligaciones a las que aplicarlo, niegan también la categoría general de obligación de resultado, sin perjuicio de que la práctica de determinadas prestaciones lleve a que la falta de un resultado sea, en sí misma, prueba de la falta de diligencia.

Los principios **UNIDROIT** sí contemplan la distinción entre obligaciones de medios y resultado<sup>716</sup>, determinándose el tipo de obligación de forma un tanto difusa, en atención a criterios que pudieran no ser todo lo firmes que debieran<sup>717</sup>. De todas formas, la aplicación de una medida de agilización y objetivación del tráfico, aun en detrimento de otros criterios sistemáticos o de justicia, puede ser normal y hasta aceptable para determinado tipo y volumen de operaciones mercantiles; y no serlo para el régimen jurídico común del mismo instituto jurídico.

Por lo que toca al resto de los **Ordenamientos europeos**, de forma muy simplificada, podrían clasificarse entre aquellos que han recogido de forma expresa la obligación de resultados, excepciones entre las que apenas cabe señalar a Austria<sup>718</sup>; los que recogen un débito de resultados en relación con una categoría contractual distinta a la general de servicios, generalmente la de obra, aplicable únicamente a determinados objetos –que podrían reducirse, a su vez, a aquéllos en

---

exclusión de los medios de tutela del crédito, posibles por la autonomía de la voluntad bajo la exigencia de la buena fe, pero no de ampliación o extensión de la misma; de forma que no sería limitable la exoneración tratada, en AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, op. cit.*.

<sup>716</sup>Artículo 5.1.4(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)  
(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado .(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

<sup>717</sup> Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación)Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores: (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato; (b) el precio y otros términos del contrato;(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

<sup>718</sup> CC 922 ff, si bien lo concreta sobre el contrato de obra en el artículo 1167.

los que la diligencia da, naturalmente, como consecuencia el resultado debido<sup>719</sup>; y un amplio número de Ordenamientos en los que, sin previsión legal alguna, se ha reconocido, de forma análoga a la anterior la categoría<sup>720</sup>, sin que ello suponga una sistematización o consagración mayor que la propia práctica, tendente en general, a la objetivación, sea o no lo más adecuado –o, aunque lo sea, formulada o no de la forma más adecuada-. No obstante, la propia fragilidad de la construcción hace que, lejos de ser categorías generales, se trate más bien de aplicaciones concretas sobre los concretos objetos ya aludidos.

En conclusión, si bien la categoría es ampliamente aceptada, reconocida y usada, no lo es nunca de forma ilimitada. Tanto que cabría afirmar que la simple aplicación de un criterio de diligencia, cambiando determinada carga probatoria e insistiendo de determinada manera en el vínculo causal, llevaría, aproximadamente, a los mismos resultados. Ello sin la necesidad de cambiar el régimen del riesgo, reparto y cobertura del mismo: ajeno en principio a los motivos que impulsan la creación y aplicación de la categoría tratada.

Si hubiere de mantener determinada relevancia a los resultados, sería, como hasta ahora, de forma útil y restrictiva; sobre supuestos en los que el riesgo es particularmente bajo; no sobre contratos de riesgo considerable; y nunca en situaciones de riesgo particularmente altas, como es el caso de la mediación.

De esta forma, según la sistemática general de las prestaciones de hacer, en Derecho europeo comparado también cabría rechazar el deber de resultados para la obligación mediadora, dentro de una sistemática jurídica ajustada. Ello no implica que deba transformarse en una obligación de hacer ordinaria, retribuida únicamente en relación al esfuerzo diligente, sino que, cara a buscar un estímulo para el cumplimiento y una facilidad para su control, habrá que buscar un remedio más adecuado.

---

<sup>719</sup> Así, por ejemplo, Portugal (art. 1208 CC); Alemania (parágrafo 633 CC); Grecia (arts. 688-689 CC); o Francia para el contrato de obra-construcción (art. 1792 CC).

<sup>720</sup> Entre otros Bélgica, Inglaterra, Finlandia, o Países Bajos.

## 7. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL REPARTO DE RIEGOS.

7.1. Reparto eficiente del riesgo.- 7.2. Costes y reparto de la evitación y asimilación de los riesgos.- 7.2.1. El riesgo secundario.- 7.2.2. Volviendo al riesgo primario.-7.3. Conclusiones: Estímulos específicos frente al riesgo. Una vez más: reparto.

La conclusión en ciernes del estudio del riesgo en la mediación y su categorización, apuntando a que el contrato de mediación, impulsado por su peculiar riesgo, la carga del mismo, y la dificultad de prueba que entraña el cumplimiento de la diligencia debida, ha generado una suerte de causa secundaria<sup>721</sup>. Esta segunda causa accesoria a la principal, viene dada por el estímulo de cumplimiento y simplificación de la prueba del mismo.

Hasta ahora se ha concretado por la doctrina, de forma prácticamente unánime -aunque no bajo este planteamiento-, en la supeditación de la contraprestación-retribución a la consecución de la perfección del negocio mediado como resultado obligatorio. Sin embargo, no es ese concreto modelo parte esencial del contrato de mediación, al que sí es natural el control del cumplimiento, así como el estímulo del mismo.

Al no existir la necesidad de respetar el dogma circunstancial, sino la categoría que partiría del control y el estímulo, es posible buscar métodos alternativos de estímulo y control. No se trata de cambiar el qué de la mediación, sino el cómo. Ello a través de métodos que, coincidentes con su causa -primaria fundamentalmente, y secundaria si se quiere-, puedan llevar a los mismos resultados contractuales, de forma sistemáticamente más aceptable y económicamente más eficiente.

La sistematicidad más adecuada vendría de respetar las categorías generales forzadas por la especialidad no justificada más allá de la premisa. Para ello habría

---

<sup>721</sup> Vid. epígrafe 6.3.2, en torno a la nota 662.

que buscar otro modelo de estímulo y control que no rebasara dichos límites pero que, además, cumpliera con la finalidad económica y social. De ahí el estudio económico, que pretende subrayar tanto la ineficiencia del sistema actual –por lo demás asistemático-, como la proposición de alternativas mejores.

Como punto de partida, de la misma forma que jurídicamente cabe apreciar una cierta incertidumbre para cualquier resultado previsto contractualmente, todo proyecto económico contiene también un riesgo<sup>722</sup>.

Por su propia naturaleza, dicha falta de certidumbre es incalculable en sí misma, con lo que sólo puede sustituirse por una previsión, siempre inexacta<sup>723</sup>. Con todo, dicha previsión puede considerarse, al menos en general, más o menos probable. Aunque se cree un círculo inextricable de incertidumbre, en un nivel práctico que renuncie a la verdad matemática resulta aceptable un tratamiento abstracto de dicho riesgo.

Si el riesgo es imponderable, más lo es aún la percepción subjetiva que cada uno de los actores económicos pueda tener del mismo, en cada operación<sup>724</sup>. Sin embargo, se pueden separar de la categoría universal de incierto aquellos

---

<sup>722</sup> «(...) la incertidumbre primaria existe porque algunos eventos futuros que son cruciales par alas decisiones económicas tomadas hoy son desconocidos (...)» COOTER y ACCIARRI (directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Madrid - Santiago de Chile, Civitas - Thomson Reuters, 2012, p. 67. «Es esta auténtica incertidumbre [true uncertainty] lo que le da su forma “empresarial” característica a la organización económica en su conjunto, al impedir que alcancen su perfección teórica algunas de las tendencias propias de la competencia, y explica también la renta singular que percibe el empresario» (KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Co., Boston MA, 1921, p.232 /p.208)

<sup>723</sup> «La idea del VAR (valor en riesgo) es atractiva. Lo difícil es encontrar un buen método para estimarlo» VARIAN, *Microeconomía intermedia*, 8 ed, Antoni Bosch, Barcelona, 2011, p. 254. Aunque trate un concreto tipo de riesgo, la dificultad es siempre la estimación, y ésta no deja de ser lo que es.

<sup>724</sup> «En general, la forma en que un individuo valore el consumo en un estado en comparación con otro estado dependerá de la probabilidad de que ocurra realmente el estado en cuestión (...) Las preferencias en cuanto al consumo en diferentes estados de la naturaleza dependen de las opiniones del individuo sobre lo probables que sean esos estados», VARIAN, *op. cit.*, p. 228.

supuestos en los que el riesgo tengan una presencia más relevante, de forma que su previsión y la ordenación de sus efectos resulten especialmente relevantes.

Además, cabe señalar que la base de percepción del riesgo no tiene por qué ser homogénea para los actores económicos<sup>725</sup>, pues no tampoco tiene por qué ser su información<sup>726</sup>; ni la aversión al mismo<sup>727</sup>.

En suma, se tratan categorías naturalmente inexactas. Sin embargo, en su formulación general tienden a un modelo promedio desde el que se pueden deducir principios generales válidos. Aplicables no por ser verdaderos, sino útiles, además de previsibles. Especialmente importante resultan estos principios en aquellos contratos con un riesgo económico mayor, pues los efectos promedio serán más acentuados, las consecuencias más comunes y, por ende, alcanza el uso de los principios una mayor extensión.

### 7.1. Reparto eficiente del riesgo.

En principio, y sin perjuicio de posteriores concreciones, se puede afirmar que, en una elección racional que pretenda maximizar la utilidad, nadie prefiere un resultado incierto a la certeza de ese mismo resultado. Del mismo modo, tratando

---

<sup>725</sup> «Una interpretación objetiva de la probabilidad se basa en la frecuencia con que tienden a ocurrir ciertos acontecimientos (...) La probabilidad subjetiva es la percepción de que ocurra un resultado (...) cuando las probabilidades se determinan subjetivamente, cada persona puede asignar una probabilidad diferente a los distintos resultados y, por lo tanto, tomar dediciones diferentes (...) las diferencias de información o las diferencias de capacidad proa procesarla pueden explicar pro qué las probabilidades subjetivas varían de unas personas a otras» PINDICK y RUBINFELD, *Microeconomía*, Ed. Prentice Hall, 1995, p. 142.

<sup>726</sup>«(...) otra forma de la incertidumbre, llamada incertidumbre secundaria, surge porque la información acerca de ciertos eventos futuros o presentes es conocida por algunos actores económicos, pero no por todos.» COOTER, y ACCIARRI (directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Madrid - Santiago de Chile, Civitas - Thomson Reuters, 2012, p. 67.

<sup>727</sup> Así la prima de riesgo («magnitud (cantidad de dinero) que pagaría una persona por evitar el riesgo, PINDICK, *op. cit.*, p. 143») predicable de cada actor respecto a cada operación es diferente. Puede obtenerse, ex post, la prima de riesgo de determinado mercado, si bien no soluciona ex ante la problemática contractual relativa.

siempre el mismo resultado, se preferirá la mayor certeza, aunque nunca llegue a ser absoluta.

Por tanto, aunque todos los contratos comporten riesgos, los individuos que de ellos son parte querrán siempre evitarlos. Al menos si no se tiene en cuenta el coste de hacerlo.

Ocurre sin embargo, que el riesgo existe y, aunque pueda repartirse, no es posible que ambas partes se deshagan de él. Así, para que una parte evite determinado riesgo, otra parte habrá de asumirlo. Como en el contrato dicha asunción habrá de ser consensual, el evitar dicho riesgo a través de su reparto implicará un coste en la negociación equivalente al valor de la prima de riesgo estimada por quien lo asuma<sup>728</sup>.

Con todo, no sucede que dicho coste sea paralelo, sino que puede ocurrir que el mismo riesgo pueda ser asumido por una parte a un coste menor de lo que lo sería por la otra. Dicho coste, en el equilibrio de Pareto que se trate, y en relación al equilibrio oneroso del contrato, disminuirá la utilidad total que proporcione el negocio en proporción a su magnitud. Es por ello que, en principio, cabe reconocer la utilidad de cargar con el riesgo a la parte a la que menos le cueste asimilarlo<sup>729</sup>.

Puede darse también, que una parte pueda evitar el riesgo, aunque sea a través de actos no incluidos en el contenido de la prestación exigible. Si el coste de dichos actos es menor que el coste de asimilación, por esa u otra parte, resultará asimismo preferible, por lo que se adelanta a la premisa anterior.

Por tanto, es razonable cargar con los riesgos a la parte a la que menos le cueste evitarlos y, en su caso, asumir el excedente que no se pudiera evitar<sup>730</sup> –que,

---

<sup>728</sup> «(...) We can conclude that the risk avoidance costs are included equally in the producer's price and in the customer's willingness to pay» AAVV, *Economic Analysis of the DCFR: The Work of the Economic Impact Group Within CoPECL*, Filomena Chirico (Editor), Pierre Larouche (Editor), Walter de Gruyter, 2010, p. 101.

<sup>729</sup> «(...) If both parties are equally able to recognize the possibility of (...) risks, they will distribute the respective consequences amongst each other pertaining to the transactional goal (...) they will allocate risks to the party which is best able to avoid the costs involved (cheapest-cost-avoider principle). Unavoidable risks remain» AAVV, *Economic Analysis of the DCFR, op. cit.*, p. 100.

<sup>730</sup> No se trata de una carga imperativa, sino de una conclusión de eficacia general que el

por cierto, siempre se dará-. En el caso de los riesgos inevitables y por ello no sean susceptibles de atenuación por las partes, contará sólo el coste de asimilación.

No cuesta sospechar que la dificultad residirá en determinar la magnitud de dichos costes y, con ellos, la imputación de los riesgos. También habrá que incluir en el reparto los efectos secundarios, laterales, del mismo<sup>731</sup>. Sin embargo, y antes de intentar una teoría general de imputación del riesgo sobre el contrato de mediación, sí se puede afirmar que, como punto de partida genérico y típico, siempre resultará ineficiente un sistema absoluto de imputación del riesgo.

Todos los contratos de resultado absoluto en los que el riesgo económico es asumido únicamente por la parte cuyo cumplimiento no dependiera de su diligencia, ni siquiera de su acción, implicarían un reparto del riesgo ineficiente. Entendiendo que los contratantes querrán, en el marco de su onerosidad, la mayor eficiencia económica como contraprestación a su sacrificio<sup>732</sup>, esta ineficiencia supondría una contradicción con la causa subjetiva del contrato. La distorsión ineficaz del mercado así como la insatisfacción de las partes, conforman la contravención de la causa objetiva del mismo.

Esta ineficiencia tiene sus consecuencias. Y aunque en el contrato individual pueda parecer que el acreedor del resultado se encuentra en una posición

---

actor económico que maximiza racionalmente su utilidad usará, en principio. En el caso concreto, otros factores pueden matizarlo. «The efficient risk-sharing agreement between symmetrically-informed shippers and carriers will depend upon their relative attitudes toward risk, the ability of the carrier to prevent the damages, and the ability of the shipper to mitigate damages in case of breach», AYRES y GERTNER, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules" (1989). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1545. *The Yale Law Journal*, Vol. 99: 87, p. 101.

<sup>731</sup> The least-cost avoider principle, broadly stated, asks which party has the lower cost of avoiding harm, and assigns liability to that party. This is not entirely satisfactory, since it reduces the incentive for the other party to take care, and we are unlikely to get both exactly right, but the principle has wide application and is simple enough for judge and jury to use. RASMUSEN, *American law and economics review*, v6 n2, Agency Law and Contract Formation Agency Law and Contract Formation, Indiana University, 2004, p. 380.

<sup>732</sup> «While ex post each party will have economic incentives to shift costs to the other side, ex ante the parties have an incentive to place the risks on the least-cost avoider», KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1, The University of Chicago Press, Chicago ILL, 1978.



privilegiada, al igual que determinados sujetos especialmente tutelados por estar en situación de información o negociación débil<sup>733</sup>, el mercado del contrato que se trate rectificará aquella tutela o, de otra forma, le pondrá un precio<sup>734</sup>.

## 7.2. Costes y reparto de la evitación y asimilación de los riesgos.

Declarada la ineficacia general de la carga absoluta, indiscriminada e irracional del riesgo, procede la valoración de los costes de la evitación y asimilación del mismo. Ello tanto para proyectarlo sobre su reparto, como para concretar, en su caso, el coste de dicha ineficiencia.

---

<sup>733</sup> En rigor ambas partes pueden tener información desconocida para la otra, y no darla a conocer. Pero las formas de adquisición, análisis y utilización de la información no es siempre simétrica. Así, en el caso del mediador profesional. Este problema, añadido a los que se describen, en ocasiones se trata de forma autónoma como “asimetría en la negociación: «Los problemas de negociación ocurren cuando una o varias de las partes que intervienen en el intercambio saben algo acerca de éste que las otras ignoran. El motivo es que, antes tal desigualdad informativa antes de contratar, han de manejar conjeturas sobre estos valores desconocidos. El motivo es que, ante tal desigualdad informativa antes de contratar, han de manejar conjeturas sobre estos valores desconocidos, existiendo el riesgo de que se equivoquen» ARRUÑADA, *Economía de la empresa*, Ariel, Barcelona 2011. . Este error puede llevar bien a la imposibilidad de acuerdo; bien al desequilibrio en el beneficio obtenido en el equilibrio, respecto a lo que, con plena información, hubiera ocurrido. Ciertamente es que puede solucionarse, al menos parcialmente, con una obligación reforzada de información como parte de la prestación del mediador; pero para ello debiera haber una prestación a la que incorporarse. *Vid.* epígrafe 3.1.1.

<sup>734</sup> «Another possibility is to pay the agent an amount that increases with the sale price. A simple example would be: pay the agent \$3000 if the house is sold for a high price and \$0 if the house is sold for a low price (...)But we face two further problems. First, remember that the agent needs to get \$3000 if she puts in a high level of effort. But there is a chance that even with a high level of effort, the house will fetch a low price. You need to give her at least \$3000 in expected terms. So if there is a 10% chance that a high level of effort will result in a low price, you need to pay the agent at least \$3333 if the house is sold at the high price. Second, and more important, remember that the agent is risk-averse, and would accept \$3000 only if she can expect it with certainty. But the current contract, while giving her \$3000 in expected terms, forces her to bear the 10% risk of receiving no payment, that is, when the house is sold at the low price. She would not agree to such a contract unless you paid her much more than \$3000 in expected terms. Maybe, you would have to pay her \$4000 if she sells the house at a high price, in which case her expected payoff would be \$3600.» EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, R., “Simplicity and complexity in contracts”, *Chicago John M. Olin Law & Economic working paper* nº. 93 (2d series), The Law School, The University of Chicago, 18th January 2000, p. 3.

Así, en sobre el contrato de mediación, sobre una hipótesis sinalagmática en la que no hubiera obligación de resultados ni reparto del riesgo previo, cabría diferenciar dos riesgos fundamentales, ambos proyectados sobre el interés del comitente.

El riesgo principal vendría dado por la ineficacia de la acción mediadora. Sobre el supuesto bilateral y oneroso, el mediador cobraría por la ejecución de la prestación diligentemente ejecutada y, sin embargo, el comitente podría o no obtener utilidad correspondiente al pago. Estaría, conforme a lo expuesto, dispuesto a pagar menos de lo pagaría por una mayor certeza, pues al precio ideal en el que valora la utilidad recibida, le restará la prima de riesgo.

**7.2.1. El riesgo secundario**, derivado de la naturaleza de la prestación, es la posibilidad de inacción del mediador. Derivado del riesgo primario, así como de la dificultad de prueba de incumplimiento por el comitente –toda vez que la falta de resultado pudo deberse al azar-, **un riesgo moral**<sup>735</sup>, pues se genera por el reparto del riesgo primario: el mediador puede no actuar porque sabe que las consecuencias negativas de su inactividad no pesan sobre él y sí los beneficios del ahorro de los costes que tal actividad genere<sup>736</sup>.

Además, persisten los riesgos genéricos de cualquier relación jurídica, como el aumento de precio de los costes que impliquen las prestaciones obligatorias; la

---

<sup>735</sup> «(...) a problem of moral hazard may arise when individuals engage in risk sharing under conditions such that their privately taken actions affect the probability distribution of the outcome (...) in these instances Pareto-optimal risk sharing is generally precluded, because it will not induce proper incentives for taking correct actions, HOLMSTRÖM, “Moral hazard and observability”, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, N. 1, The RAND Corporation, Santa Monica, CA, 1974, p. 74; también: «A moral hazard is where one party is responsible for the interests of another, but has an incentive to put his or her own interests first (...) Moral hazards such as these are a pervasive and inevitable feature of (...) the economy (...) the fundamental institutional structure of the economy—the types of contracts we use, and the ways that firms and markets are organized—has developed to be the way it is in no small part in response to these pervasive moral hazards.» DOWD, “Moral Hazard and the Financial Crisis”, *Cato Journal*, Vol. 29, No. 1 Winter, Washington DC, 2009, p. 142.

<sup>736</sup> De forma muy aproximada a lo expuesto para la relación no obligatoria (*vid.* epígrafe 3.3)

pérdida de utilidad de los resultados esperados; etc. Serán despreciados en cuanto al presente análisis, al considerarse constantes cara a la categoría abstracta.

Así, resulta que de a pesar hacer ningún tipo de reparto, también cargará el comitente una parte de los mismos, lo que sería tan ineficiente como lo era la obligación de resultados. De hecho, además de los costes propios derivados del riesgo primario, se suman aquellos derivados del secundario.

En la inversión de la carga del riesgo primario, para la hipótesis obligación de resultados o del contrato unilateral, también se generaría otro riesgo secundario, igualmente moral, para el mediador, cual es la renuencia del comitente a perfeccionar el contrato, bien con una intención directamente fraudulenta; bien por haber perdido el negocio la utilidad que en principio previó.

Los riesgos secundarios, subjetivos e intransferibles, pueden limitarse variando la carga del riesgo primario del que provienen<sup>737</sup>, además de mediante remedios exógenos al reparto.

Así, la mera partición del riesgo principal de la mediación entre las dos partes ya limitaría en gran medida los riesgos secundarios: al cargar ambas partes con cierto riesgo, a ninguna le es indiferente de forma absoluta su producción.

En cuanto los remedios específicos, vendrían todos por el refuerzo de los mecanismos de control del cumplimiento y remedio del incumplimiento<sup>738</sup>. Sin ánimo exhaustivo, a efectos de controlar la efectiva satisfacción del interés inicial del comitente –y, por ende, la obtención real del resultado, al margen de como se configure la obligación–; podría ser suficiente a efectos de cumplimiento absoluto el que el mediador consiguiera una oferta firme e irrevocable durante plazo bastante

---

<sup>737</sup> «(...) only a second-best solution, which trades off some of the risk-sharing benefits for provision of incentives, can be achieved», HOLMSTRÖM, “Moral hazard and observability”, *The Bell Journal of Economics*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>738</sup> «(...) a first-best solution (entailing optimal risk sharing) can be achieved by employing a forcing contract that penalizes dysfunctional behavior. Generally, however, full observation of actions is either impossible or prohibitively costly. In such situations interest centers around the use of imperfect estimators of actions in contracting» HOLMSTRÖM, “Moral hazard and observability”, *op. cit.*, p. 74.

de un tercero. Ello conforme a las condiciones y precio mínimo marcado por el comitente (o, en su defecto, que resulte indubitablemente razonable).

Respecto al control del riesgo moral del mediador que, percibiendo dificultades sobrevenidas o no queriendo arriesgar, haga dejación de su actividad; bastará tratarlo como incumplimiento, por no aplicar la diligencia debida, al margen del resultado. Si la dificultad se concentra en la prueba, podrían crearse referencias objetivas indiciarios, adaptadas a cada contrato que, de no cumplirse, dieran como resultado una inversión de la carga de la diligencia<sup>739</sup> (normalmente más fácil de probar por quien actuó, pues puede guardarse de documentar cada una de sus actuaciones, sobre todo si ejerce con habitualidad la mediación).

Una segunda especie de riesgo secundario viene dado por la **selección adversa**<sup>740</sup> que, en cada caso, implicaría la carga absoluta del riesgo.

No todos los objetos de mediación tienen el mismo riesgo de que, por causa inimputable a las partes, no se pueda conseguir el resultado esperado. Normalmente, el comitente conocerá mejor la naturaleza y características no evidentes del objeto de mediación. De ahí que, para cada contrato, el mediador que

---

<sup>739</sup> No hace falta acudir al criterio analógico de carga de la prueba aplicada a las obligaciones de resultado (*vid.* nota 631), ni si quiera a la excepción probatoria contenida en el artículo 217.7 de la Ley de enjuiciamiento civil, sino que «actuará contra el deudor la presunción de hecho derivada del simple dato estadístico de que la inmensa mayoría de los incumplimientos son imputables. El deudor tendrá que ofrecer al Juez poderosos elementos de prueba (...)», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p.50. Presunción que podrá ser destruida por dichos elementos de prueba que, sistemáticamente preparados, dentro del marco de una actividad profesional, deberían ser bastantes. Así, por ejemplo, en la mediación inmobiliaria, una conjunción de anuncios publicados, personas contactadas, visitas realizadas, ofertas conseguidas, etc. Todo ello suficientemente acreditado y susceptible de ser impugnado de forma ordinaria.

<sup>740</sup> «Aunque la ley de los grandes números ayuda a la compañía a evaluar las probabilidades, lo que calcula en la muestra grande son probabilidades promedio (...) parecería razonable suponer que, en muchos casos, los individuos conocen mejor (...) cuáles son sus riesgos verdaderos (...) en tal caso, esta información asimétrica podría inducir a que sólo los individuos de alto riesgo comprenden mientras que los individuos de bajo riesgo no lo hagan» COOTER, y ACCIARRI (directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Madrid - Santiago de Chile, Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 77-78.

no conoce el riesgo exacto de ese concreto objeto, tenga que ponderar el riesgo medio de ese concreto mercado.

Sin embargo, ocurre que algunos objetos de mediación cargarán con más riesgo –coste- del que realmente supongan; otros con menos. Como el comitente tendrá, normalmente, más posibilidades de conocer el riesgo real, tenderá más a contratar una mediación para aquellos con un riesgo mayor, pues les es más beneficioso. Para los que tengan un riesgo real menor del estimado, serán renuentes a contratar, alejándose del mercado<sup>741</sup>.

Proyectando esta disfunción en el tiempo, de no aplicar remedio, se tendría un nuevo mercado intoxicado. A largo plazo se acabaría recalculado el riesgo medio, sobre una base de riesgo mayor, pues las alternativas menos riesgosas habrían huido. Se repetiría el ciclo sobre los nuevos actores y así continuaría hasta que no fuera rentable la explotación de la actividad y se desmoronara el mercado. Tras un tiempo, recomenzaría.

Por otra parte, tampoco conoce el comitente la capacidad real de actividad del mediador, como valor real más allá de la diligencia susceptible de ser probada y exigida. Incluso, partiendo de la diligencia exigible, que habrá de funcionar como mínimo de diligencia, un mediador puede ofrecer un esfuerzo adicional. Lo cual, unido a una capacidad que pudiera ser de principio mayor, es susceptible de conseguir mayores resultados.

La información referida sobre la capacidad y esfuerzo del mediador es conocida por él mismo, pero es más difícil de conseguir, de forma verificada, por el

---

<sup>741</sup> Fenómeno, aunque general a todas las situaciones de riesgo, ampliamente estudiado en el mercado de la aseguración, cuyas conclusiones se pueden aplicar de forma análoga a diversos supuestos riesgosos. «Since insurers cannot distinguish between high-risk and low-risk agents, the two groups must be offered the same prices for insurance. Given that the two groups face the same prices, their different risks will lead them to act differently. In particular, high-risk agents can be expected to purchase more insurance. When insurers offers menus of insurance contracts (policies), the coverage–risk correlation can be expected to manifest itself in a tendency among high-risk agents to choose contracts that offer more comprehensive coverage (e.g., lower deductibles). When insurers offer a single product, the coverage–risk correlation can be expected to manifest itself in a greater tendency among high-risk agents to purchase insurance», COHEN, y SIEGELMAN “Testing for adverse selection in insurance markets”, *Working Paper, No. 15586*, National Bureau of Economic Research, MA, 2009, p. 5.

comitente. Así, a este último, habida cuenta la incertidumbre relativa del resultado de la acción mediadora, se le puede hacer indistinguible dichos esfuerzos y capacidad, y por tanto no evaluables. Por tanto, tenderá a pagar el precio de la capacidad y esfuerzo medio; y no más. De ahí que, siguiendo el proceso antes expuesto, los mediadores más capacitados y productivos puedan ser marginados del mercado, por no encontrar su adecuado equilibrio.

Se puede apreciar, en suma, que la principal causa de la selección adversa viene dado por la información asimétrica de las partes<sup>742</sup>, así como de la falta de elementos que motiven compartir la información reservada de aquél a quien la misma pudiera perjudicar, así como la dificultad de probarla de aquél a quien le beneficiaría.

De ahí que pueda pensarse en la distribución imperativa de dicha información como presupuesto contractual, al margen del riesgo del mismo. Sin embargo, si bien pueden imponerse obligaciones de información técnica, la valoración subjetiva y de las propias cualidades –en cuanto al mediador-; y el propio interés –en cuanto al comitente-; son difícilmente coactibles.

Por lo demás, el coste de recabación y publicación de aquella información habría igualmente de proyectarse sobre el equilibrio negocial. Por ello la teoría expuesta de cargar con la obligación de informar al que menos cueste obtener la información persistiría, así como, en definitiva, cargar con el riesgo de la inexactitud de la misma a aquél que mejor pudiera evitarla o soportarla. Eso suponiendo que la información sea transmisible o, que transmitida, sea creída por

---

<sup>742</sup> Concretando el problema, sobre información incompleta, MORRIS, «(...) the adverse selection can be shown to have a much more corrosive effect where the fear of asymmetric information reverberates throughout the information structure and gets amplified in the process. It is possible that even when the ex ante probability of adverse selection is small, there can be a catastrophic breakdown in trade. Essentially, the incomplete information leads to an unraveling result in a coordination game among differentially informed traders. Each uninformed trader would like to trade if the trading partner is also an uninformed trader. Otherwise, the trading partner is likely to be an informed party who will take advantage of the uninformed trader», "The Financial Crisis: Lessons for Economic Theory" *Paper at the University of Michigan*, November 2009, p. 3.

la otra parte<sup>743</sup>; y referido sobre todo a la fase precontractual ( pues si ha de ser posterior, la ocultación o falta de rigor respecto a la misma sería, como incumplimiento, parte del riesgo ínsito al contrato).

En definitiva, la eventual ausencia de información es consecuencia de un riesgo sobre el que trataría dicha información y, a su vez, causante de otro riesgo concomitante, cual es la percepción errónea del riesgo principal. En suma, además de un tratamiento autónomo que tienda a mitigar sus efectos, tales como las obligaciones de información reforzadas (pues las básicas vendrían dadas por el marco básico imperativo de la buena fe), también vendría a solucionarse con un adecuado reparto del riesgo. De este modo procedería cargar con el riesgo que pudiera derivarse de la desinformación a aquél que estuviera en disposición de informar.

Como realizar una valoración y tratamiento individual de todos los riesgos del contrato resultaría una actividad de casuística altamente ineficiente -si acaso fuera posible-, cabe concluir con que, adoptadas las medidas específicas, un adecuado reparto del riesgo hará que la selección adversa decrezca, pues el posible agente adverso a la eficiencia cargará con parte de su propia adversión.

**7.2.2. Volviendo al riesgo primario**, al resultar inevitable no procede examinar los costes de eliminación –como sí procedía respecto al secundario-; sino los de asimilación. No supone ello la aplicación matemática de la prima de riesgo, pues también existen métodos de atenuación del riesgo que no se pueda evitar: la diversificación y la aseguración del riesgo<sup>744</sup>.

---

<sup>743</sup> «El vendedor de un producto a menudo tiene más información sobre su calidad que el comprador. Este tipo de información asimétrica hace que haya un fallo en el mercado, en el que los productos malos tienen a expulsar a los buenos. El fallo puede eliminarse si los vendedores ofrecen productos estandarizados, ofrecen garantías o encuentran otras vías para mantener la buena reputación de sus artículos», PINDICK, *op. cit.*, 622.

<sup>744</sup> «(...) tres medidas [se] adoptan habitualmente (...) para reducir los riesgos: diversificación, seguro e información adicional sobre opciones y rendimientos» PINDICK, p. 153.

En cuanto a la **diversificación**<sup>745</sup>, en la práctica no resultaría viable para el comitente sobre la hipótesis de un contrato de medios retribuido. Ello porque el hecho de contratar con distintos mediadores para el mismo bien implicaría, en condiciones normales, un coste mayor que la reducción de lo que costaría asimilar el riesgo. Sería únicamente válido para una situación de tracto sucesivo, con una multiplicidad de objetos fungibles, en un plano meramente teórico.

Para un contrato de resultado la problemática de la multiplicidad de contratos ya ha sido tratada<sup>746</sup>. De no entender aquellas circunstancias – suficientemente perjudiciales para alcanzar el óptimo de Pareto que su ausencia, como con obligación de medios, se alcanzaría- como necesarias, el efecto de la diversificación del comitente mediante distintos contratos redundaría, a su vez, en un mayor riesgo del mediador, lo que se generarían nuevos riesgos –costes- que distribuir. La exclusividad, por su parte, sería la negación absoluta de dicha diversificación.

Respecto del mediador, en los casos en los que se tratara de un profesional, sí podría diversificar el riesgo entre una multiplicidad de comitentes<sup>747</sup>. Sin embargo, sin las herramientas homogeneizadoras que el cálculo actuarial ofrece, por ejemplo, a las entidades aseguradoras, -apoyado en mecanismos legales varios que llegan en algunos casos a la objetivación del daño<sup>748</sup>- es difícil obtener un equilibrio suficiente.

---

<sup>745</sup> «El riesgo diversificadle puede eliminarse invirtiendo en muchos proyectos o manteniendo acciones de muchas empresas mientras que no lo es no puede eliminarse de esta forma. El riesgo no diversificadle es el único que afecta al coste de oportunidad del capital y es, por lo tanto, el único que debe tenerse en cuenta en la primar por el riesgo» PINDICK, 540. «Diversificando, podríamos obtener un rendimiento en ambas inversiones más seguro, y, por lo tanto, más atractivo si somos contrarios a correr riesgos» VARIAN, *op. cit.*, p. 236.

<sup>746</sup> *Vid.* epígrafe 6.3.3.

<sup>747</sup> Si el agente trabaja en una empresa y son muchos, difusión del riesgo «cada [miembro de un grupo] difunde su riesgo a todos los demás y, de esa manera, reduce la cantidad de riesgo en el que incurre». VARIAN, *op. cit.*, p. 237 (...) «existe incluso una forma de diversificar este riesgo (...) podrían crear un fondo de reserva (...)», p. 237.

<sup>748</sup> Así, por ejemplo, el llamado “baremo” para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, finalmente incorporado normativamente a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. En Italia, no habiendo llegado a tal momento de la progresión, empero toman importancia creciente, como



Más aún: la diversificación podría operar únicamente de objetos de mediación bien fungibles, bien homogéneos. Para aquellas cosas de difícil sustitución, la diversificación no supondría un reparto general de riesgos equivalentes, sino operaciones mucho más complejas que, más allá de la teoría de los grandes números, ofrecerían poco más que esperanza al mediador.

En conclusión, el mediador sí podrá diversificar y, sin duda, lo hará. Pero no será nunca más que un remedio de aplicación desigual, siempre dependiente de las condiciones del propio mediador y del objeto de la mediación. Por lo demás, el coste de información del supuesto equilibrio que la diversificación supondría, también será un elemento dentro del balance. Así, excluyendo la mera intuición del mediador, o bien se basa éste en experiencias pasadas que, a su vez, no pudieron diversificarse; o en fuentes de información más costosas (ya sea en trabajo o en dinero).

En cuanto a la **aseguración** del riesgo, la diversidad de situaciones y circunstancias alrededor de la mediación de una determinada cosa dificulta un ajustado cálculo actuarial, lo que redundaría en un mayor coste, pues el riesgo se percibiría, por la indeterminación, mayor de lo que en cada caso pudiera ser –pues dicha indeterminación es, en sí misma, un riesgo-. En determinados ámbitos, como para la mediación inmobiliaria en determinadas zonas, donde la especie y situación de la cosa sea susceptible de homogeneización, al menos teórica, podría ser más fácilmente aplicable.

Sin embargo, presenta también dificultades. Para el comitente el coste íntegro del contrato de aseguración será percibido como una pérdida de eficiencia

---

modelo y referencia –indirecta- las “Tablas de Milán” de valoración de daños: «Il criterio più utilizzato per la liquidazione del danno biologico, e dell’ulteriore danno non patrimoniale alla persona, sono — come accennato — le tabelle milanesi (...)» NEGRO, *Trattato dei nuovi danni. Volume VI: Danni da reato - Responsabilità processuale, Aggiornamento “La vittoria delle tabelle milanesi”*, Cedam, Pavoda, 2011, 4.

que se trasladará al equilibrio económico frente al mediador. Sustituirá esta magnitud a la prima de riesgo.

Cabría pensar que necesariamente habría de ser igual o menor a la misma pues, de no serlo, el sujeto racional escogería la prima. Sin embargo, que así lo sea no implica que su coste sea igual o inferior al que el riesgo pudiera suponer –no ser percibido-. Los agentes económicos singulares que no reiteran la misma operación son generalmente reacios al riesgo; aversión por la cual el valor de sustitución del mismo será normalmente mayor de su coste teórico efectivo.

De lo anterior y conforme a lo expuesto, resulta más eficiente cargar con la aseguración, y según ello con el riesgo no limitable, al mediador, siempre que sea profesional. Además, la reiteración de operaciones hará que normalmente pueda negociar con la entidad aseguradora en unas condiciones mejores, tanto por la posibilidad de diversificación, mutua, como por el volumen de negocio.

Sin embargo, que sea más eficiente es una ponderación relativa, no una conclusión absoluta. Será siempre más eficiente en términos absolutos la limitación del riesgo, tendente a su eliminación, que su aseguración. No en vano, la entidad aseguradora rara vez carecerá de lucro por lo que al coste neto causado por el riesgo, al margen de su percepción, habrán de añadirse los beneficios del asegurador.

### **7.3. Conclusiones: Estímulos específicos frente al riesgo. Una vez más: reparto.**

El riesgo estará presente en todo contrato de mediación, y siempre tendrá un coste. El objetivo será reducirlo, en aras de aumentar la eficacia económica de los contratantes.

Como la limitación riesgo es más importante, por menos costosa –en términos generales-, que la absorción del mismo; procedería primero el reparto conforme a la posibilidad de limitación. Sólo después procederá repartir el exceso

conforme a la posibilidad de absorción. Ahora bien, el reparto en dos fases no será siempre posible, pues no se puede detraer con facilidad el exceso de riesgo imputado, cara a la limitación posterior. Conociendo -o intuyendo por repetición- dicho mecanismo, el sujeto que debiera limitar el riesgo podría tender a no hacerlo, a la espera de que se le detraiga.

Por tanto, el criterio de absorción ha de ser secundario, tomando protagonismo sólo en los supuestos en los que, *ex ante*, sea patente que la diferencia del coste de la capacidad de absorción entre los sujetos sea mayor al ahorro total del coste por la limitación del riesgo entre los mismos.

De lo anterior, el sistema general de optimización del riesgo será, en primer lugar, el reparto del mismo entre los sujetos. La proporción vendrá dada por la capacidad específica de cada parte de controlar el riesgo sin crear ninguno adicional.

No es posible, en este punto, proponer un modelo ideal de reparto típico, pues dependerá del objeto y su circunstancia tanto como la de los concretos contratantes de que se trate. Habría que tratarlo, de forma más adecuada, para cada tipo concreto de mediación, o sector económico sobre la que la misma se proyecte.

Además, sí se puede colegir en que cualquier sistema de imputación absoluta del riesgo será, en principio, más ineficiente que otro de reparto.

Por ello también resulta razonable establecer un principio genérico de extinción de la relación económica y contractual, sin consecuencias negativas ni positivas para ninguna parte, en caso de imposibilidad sobrevenida, pues supone una suerte de reparto general del riesgo. Cuestión distinta es que, por serle, *ex post*, favorable a una u otra parte dicha imposibilidad, pudiera coadyuvarla. Sin embargo, este extremo supondría una contravención de los deberes contractuales, lo que llevaría a un reequilibrio posterior vía remedios del incumplimiento.

Por lo demás, si bien el riesgo es siempre un factor que reduce la eficiencia económica del contrato, no tiene por qué reducirla en la misma medida para ambas

partes. El comitente, sobre todo si es consumidor, tendrá, por lo general, una mayor aversión al riesgo<sup>749</sup>. Esto hace que su posición sea más rígida y, por ende, menor su eficiencia. Poco cambia con que se cargue con el riesgo al mediador, pues, consciente de la aversión del mediador, trasladará al precio no únicamente su prima de riesgo, sino que aumentará el coste en función de la prima que prevea aceptable para el consumidor, a cambio de la neutralización del riesgo.

En realidad será el mercado quien se encargue de encontrar este equilibrio, en el que la utilidad que al comitente le reporta la seguridad de trasladar el riesgo, será incorporado a la oferta. Es por ello que, lejos del espejismo de proteger al consumidor alejándole del riesgo, habría de perseguirse la mejor alternativa de acercarle a la utilidad máxima, aunque se a costa de cargar con riesgos. En definitiva, la obligación de resultados se paga, y muy caro<sup>750</sup>.

Resumido en términos de esfuerzo, parece razonable afirmar que, salvo en los contratos puramente aleatorios, a las partes interesa realizar los fines subjetivos para los que se obligan. Seleccionados los elementos que han de llevar a dichos fines, por lo general, las variables son o bien elementos aleatorios, o bien el esfuerzo y capacidad de los deudores de la prestación. Los elementos aleatorios son secundarios por imponderables. El juicio de capacidad es previo a la ejecución del contrato, y su entidad difícilmente variable durante la misma. El esfuerzo, que no es más que la diligencia debida en el *facere* debido, es por tanto el elemento que interesa estimular.

Lo ideal consistiría en articular un método que garantizara la maximización de dicho esfuerzo y, por tanto, de la actuación diligenet. Lo contrario, aunque no lo pareciera *prima facie*, acabaría dándo primacía al riesgo aleatorio -aunque sea en

---

<sup>749</sup> «(...) el grado de aversión al riesgo depende de la naturaleza del mismo y de la renta de esa persona» PINDICK, *op. cit.*, 150. «(...) los consumidores son generalmente reacios al riesgo» PINDICK, *op. cit.*, .

<sup>750</sup> Al menos si se compara con la mayor eficiencia, conforme a lo expuesto, de la obligación de medios, bajo la primacía del esfuerzo y el reparto óptimo del riesgo.

torno al resultado- lo que, además de ir en contra de la adecuada sistemática contractual, no sería tampoco útil ni eficiente<sup>751</sup>.

El problema es que no existe un método absoluto de control del esfuerzo, lo que genera un riesgo inevitable para el comitente<sup>752</sup>. Tampoco existe un sistema absoluto de correlación entre esfuerzo y resultado, lo que genera un riesgo para el mediador. No pudiendo eliminar ninguno de ambos riesgos, el sistema más adecuado de optimización de la utilidad pasaría por estimular<sup>753</sup> y, a la vez, controlar el esfuerzo en un sistema mixto<sup>754</sup>. O, lo que es lo mismo, repartir el riesgo conforme a los criterios económicos expuestos<sup>755</sup>.

---

<sup>751</sup> «Suppose that you want to sell your house. You have no experience selling houses, and you don't have the right contacts, so you hire a real estate agent. You want the agent to use as much care or effort as possible to sell your house (...) The problem, as before, is that you cannot directly observe the agent's efforts, and you cannot infer them from the outcome of her work -- the sale or non-sale of your house within a certain time -- because you do not know the influence of luck and other extraneous factors on the sale of your house (...)» EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, "Simplicity and complexity in contracts", *Chicago John M. Olin Law & Economic working paper n.º. 93* (2d series), The Law School, The University of Chicago, 18th January 2000, p. 1.

<sup>752</sup>«(...) Your problem, then, is to figure out a way to get the real estate agent to work hard for you, when she might prefer to do other things, and do the bare minimum for you.» EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, "Simplicity and complexity in contracts", *op. cit.*, p. 1.

<sup>753</sup> «(...) los propietarios pueden evitar algunos de los problemas principal-agente diseñando contratos que den a sus agentes un incentivo para ser productivos», PINDICK y RUBINFELD D, *op. cit.*, 622

<sup>754</sup> «El mejor sistema retributivo depende de la naturaleza de la producción, del grado de incertidumbre y de los objetivos [tanto de los comitentes como de los agentes]. El sistema no siempre será tan eficaz como un sistema ideal ligado directamente al esfuerzo. La falta de información puede reducir la eficiencia económica (...)» PINDICK, *op. cit.*, 614. «cuando es imposible medir directamente el esfuerzo, una estructura de incentivos que recompense el resultado de un elevado grado de esfuerzo puede inducir a los agentes a aspirar a alcanzar los objetivos fijados », PINDICK, *op. cit.*, p. 615.

<sup>755</sup> En el ámbito de normativa contractual española, curiosamente ha sido reconocido este principio por Consejo de Estado, en sede contratación pública, el 5 de diciembre de 2001, respecto de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas: «Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado» Ello para «evitar que el riesgo de la gestión concesional se traslade a la Administración pública en virtud de interpretaciones extensivas y aplicaciones inadecuadas de las que pueda seguirse un aseguramiento público y generalizado de tales riesgos».

Este método parte desde la obligación de medios, en atención la diligencia -esfuerzo-. Desde ahí se puede articular un sistema contractual que traslade parte del riesgo al mediador, añadiendo así un sistema de estímulo-control al método base<sup>756</sup>.

En cuanto a la obligación de resultados, si anteriormente se expuso su inidoneidad jurídica, aún hubiera podido sostenerse en su utilidad económica, como justificación en aras de los intereses del tráfico. Sin embargo, si además de ser inadecuado en el sistema general de Derecho civil resulta también ineficiente, no tiene ya ninguna justificación. Ni como categoría general ni, menos aún, como generalización de una categoría para un contrato atípico.

---

<sup>756</sup> Medidas que encuentran su límite, económico, cuando su coste marginal sea superior a la prima de riesgo de las mismas. «Puesto que es beneficioso invertir en el cumplimiento de los contratos sólo hasta el punto en que la reducción de la pérdida [derivada] del incumplimiento se iguala con el coste adicional que se precisa para lograr el cumplimiento, la pérdida residual es el coste de oportunidad, cuando se logra hacer cumplir los contratos de modo óptimo, aunque incompleto» (SMITH, 1989, p. 39) citado por ARRUÑADA, *Economía de la empresa...op. cit.*, p. 9.

## **8. ESENCIALIDAD DEL RIESGO EN LA MEDIACIÓN. ALTERNATIVAS PARA SU TRATAMIENTO.**

8.1. La especialidad del riesgo en la mediación como razón, y razón de la especialidad.- 8.2. Alternativas a la alteración de la naturaleza prestacional de la obligación de resultado.- 8.2.1. Asunción del riesgo y garantía.- 8.2.2. Cumplimiento diligente de los resultado por la naturaleza de la prestación.- 8.2.3. Reducción económica a través de pacto remunerativo.

### **8.1. La especialidad del riesgo en la mediación como razón, y razón de la especialidad.**

Conforme se ha expuesto la teoría general de las obligaciones de medios, así como la categoría de la aleatoriedad o el reparto del riesgo, sin desbordar la dinámica bilateral del contrato no cabría una mediación de absoluto resultado. Y, sin embargo, cabe. No sólo cabe, sino que existe una práctica unanimidad al respecto, cuando no lo establece directamente una norma. Empero, que se acepte, incluso que sea aceptable dicha aceptación, no cambia los planteamientos respecto al riesgo contractual y su reparto, de uno u otro modo.

Toda vez que se ha hecho del riesgo tratado una circunstancia esencial del contrato, se tome o no por aleatoriedad, podría entenderse que es dicha especialidad precisamente la que justifica la ruptura con el resto de principios generales<sup>757</sup>. Esta postura es plenamente asumible, si bien su mera enunciación no termina de justificarla. En efecto, la especialidad dentro de un sistema que pretende ser completo y adecuado ha de ser excepcional por su propia naturaleza. Además ha de ser idónea y necesaria. Pequeñas diferencias no pueden justificar distintas categorías en un sistema que pretenda ser abarcable y aplicable.

---

<sup>757</sup> Así entiende CUADRADO PÉREZ, respecto al corretaje unilateral, que «De este modo, se logra paliar el riesgo que representa el *aleas* al que el mediador se halla expuesto», *op. cit.*, p. 2512.

De este modo, la cuestión devendría en si es necesario y adecuado crear una nueva categoría del riesgo, incongruente –aunque asumible de forma aislada- con el resto del sistema, fuera de las construcciones técnicas generales utilizadas en el resto de las categorías. La única forma de responder es hacerlo en atención a la causa del contrato que, siendo un fin jurídico lícito y jurídicamente estimable, podría o no requerir de dicha excepcionalidad. De otra forma: si la única forma de satisfacer la causa de la mediación es mediante su peculiar riesgo, éste habría de ser aceptado. Por el contrario, si la misma causa pudiera resolverse acudiendo a remedios ordinarios, éstos habrán de preferirse.

No basta afirmar, de forma circular, que la mediación necesita el riesgo peculiar para ser mediación; y que dicho riesgo encuentra justificación en la peculiaridad de la mediación. Hace falta una justificación concreta, relativa a la causa. Como más adelante se defenderá, existen cauces alternativos dentro de la sistemática general de los contratos y las obligaciones contractuales, que permiten alcanzar de forma igual o mejor la finalidad propia de la mediación, satisfaciendo de igual o mejor forma a las partes, y de la que no resultan externalidades negativas directas.

Partiendo de gran parte de las asunciones hasta ahora expuestas, la mediación presupone la imposibilidad real de que nadie pueda conseguir efectivamente la perfección de un negocio ajeno. Y como lo imposible no puede ser un fin aceptable, lo único que puede pretenderse es la facilitación de la perfección de dicho negocio.

La atención a los resultados no es en sí misma la finalidad, sino un estímulo o método de control objetivo. Es, en suma, un interés accesorio que, de no ser necesario, difícilmente justificaría la especialidad.

La perspectiva de necesidad tampoco tiene que ser la misma en los tiempos actuales, teniendo en cuenta que la caracterización y asunción respecto a ese tipo de peligro parten de una situación aproximadamente centenaria.



Además, los métodos de estímulo directo o indirecto, tanto en la economía como en cualquier otro ámbito, han sido estudiados precisamente en este último siglo. Este criterio de utilidad será tan relevante como las alternativas jurídicas a los mismos, aunque resulte siempre accesorio a la principalidad de aquellas. Se compartan o no estos planteamientos son necesarios para justificar la excepción. No pueden ignorarse por el único motivo de que, a principios del siglo pasado, no pudieran haber sido tenidos en cuenta.

Por último, cabría plantear también, de forma cumulativa, la reconocibilidad jurídica de la especialidad. Esto es: si se propone que el riesgo particular de la mediación es un elemento esencial sin el cual no existiría la mediación, sino, si acaso, un mero contrato de obra o servicios<sup>758</sup>. Así, revisando el resto de características hasta ahora apuntadas<sup>759</sup>, resulta la única verdaderamente diferencial. Lo suficiente esta como para justificarse no cómo elemento esencial de la categoría, sino como para justificar la categoría en sí misma.

De hecho, este riesgo peculiar podría no resultarlo tanto comparado, efectivamente, con la calidad de “obligación de resultados”, y sus efectos, a la prestación del mediador. Podrían persistir algunas especialidades aun en la categoría “de resultado”, pero los efectos generales –y, por ende, la categoría que los implica- bien podría ser la misma.

De esta forma sólo puede darse el contrato de mediación para una situación que parta de dicho riesgo. De lo contrario existiría ya la certeza de perfección y la mediación resultaría redundante, inútil.

Sin embargo, el riesgo característico de la mediación no es aquel que soportan las partes, sino el propio de la indeterminación objetiva del resultado. Por tanto, una vez que se parta de aquel supuesto inicial, convendrá al interés de las partes, y con ello a la causa del contrato, que dicha incertidumbre se traduzca en el menor riesgo posible.

---

<sup>758</sup> *Vid.* epígrafe 9

<sup>759</sup> *Vid.* epígrafe 4.

## 8.2. Alternativas a la alteración de la naturaleza prestacional de la obligación de resultado.

Como ya se ha reconocido, existe el contrato de mediación. Existe la consideración de su particular riesgo y existen, también, las llamadas "obligaciones de resultado". Aceptadas tanto en la práctica, como por importante parte de la doctrina científica así como por la jurisprudencial, negar relevancia o, cuanto más, existencia a algo vivo resulta difícil. Es por ello que más que negar su efectividad, queda reconducir la teoría sobre su naturaleza a categorías sistemáticamente más adecuadas.

Empero, no por existir resultan óptimas las llamadas "obligaciones de resultado" sino, como se ha expuesto, inadecuadas<sup>760</sup> e ineficientes<sup>761</sup>, además de artificiosas<sup>762</sup>.

Por tanto, del reconocimiento simultáneo de su inadecuación y de su paradójica relevancia deviene la necesidad de ofrecer una alternativa para cubrir las mismas situaciones necesitadas de una expresión jurídica con un tratamiento mejor.

Cabe partir, una vez más, de que cualquier actividad es en sí misma una presuposición de resultados. Ello tanto por la propia configuración compleja del hacer, fruto de una representación intelectual causal y de la acción causal natural<sup>763</sup>;

---

<sup>760</sup> *Vid.* epígrafe 6.

<sup>761</sup> *Vid.* epígrafe 7.

<sup>762</sup> «La distinción entre dos grandes categorías de obligaciones de hacer (medios/resultado) es difícil de entender en abstracto, a pesar de la (aparente) simplicidad con que se resuelven en la práctica los problemas relacionados con la misma; resulta perturbadorara ya que los efectos que se le atribuyen varían según el entendimiento que se tenga del sistema de responsabilidad contractual y, además, todos pueden explicarse mediante el recurso de figuras jurídicas más sólidas; por último, se manifiesta inútil en la función delimitadora de los contratos de servicios codificados, tributarios de una arraigada tradición jurídica de la que carece la contraposición entre obligaciones de medios y de resultado, que es relativamente moderna», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 105.

<sup>763</sup> *Vid.* epígrafe 2.2.

como también por la eventual consideración de la aplicación de la diligencia como un concreto resultado<sup>764</sup>.

En definitiva, la distinción entre medios y resultado<sup>765</sup> no priva a ninguna de las categorías de su carácter finalista, en cuanto a que ambas parten de la misma naturaleza<sup>766</sup>, y se diferencian no por la esencia de su meta, sino por el diferente tratamiento de la misma, sin desbordar la relación ordinaria de deber y responsabilidad.

Se trata, en suma, de justificar la deriva consuetudinaria, errada en el método pero reafirmada en la tendencia, así como de identificar, en su caso, el método más adecuado para proyectar sobre un hipotético tipo de mediación.

Para ello se tratarán distintos modelos alternativos que bien sirvan para desempeñar la función que pretende desempeñar la obligación de resultados; bien para descartar modalidades o reducciones de la misma, de forma igualmente inidonea.

---

<sup>764</sup> No se trata tanto de entrar en la discusión terminológica como señalar, llanamente, que los medios para un determinado resultado, pueden, así mismo, ser resultado de otros medios. Al respecto, MENGONI, "Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", *Rivista Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1954, pp. 187-188: «un fatto valuato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata».

<sup>765</sup> No en vano, y al margen de génesis históricas más exhaustivas (que reconocen ciertas alusiones, sin construcción general y abstracta, en DOMAT, GLASSON, O BERNHÖFT), toma importancia –y sentido de categoría– con DEMOGUE, en *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, 1925., pp. 538 y ss. Es difícil que cuestión esencial sobre la naturaleza de las prestaciones sea percibida y reconocida –y aun de forma no pacífica– en momento tan tardío, respecto a la creación de la dinámica obligacional y las relaciones de deber y sus consecuencias de responsabilidad.

<sup>766</sup> «La distinción tiene carácter relativo, ante todo porque no existen obligaciones en las que se deba exclusivamente un resultado y no el esfuerzo necesario para su realización. Esta afirmación vale también para las obligaciones de resultado stricto sensu», ROZO SORDINI, "Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano", *Revista de Derecho Privado*, n4, Reus, Madrid, 1999, p. 140.

### 8.2.1. Asunción del riesgo y garantía.

Como primera alternativa hipotética, en vez de alterar el régimen jurídico ordinario de la prestación obligatoria, configurada de base como un *facere* debido en relación a una determinada diligencia, bien podría aplicarse, para las llamadas obligaciones de resultado, una simple atribución del riesgo de la imposibilidad<sup>767</sup>, concentrado en el mediador.

En todo caso, ni siempre sería posible, ni tampoco carecería de límites.

En **primer lugar**, la ruptura de la tipicidad respecto al hecho fortuito que se trata no puede ser presunta, sino que debiera ser expresa o, al menos, inequívoca en cuanto a la voluntad de las partes.

Además, si bien la autonomía de la voluntad es, con frecuencia, dogma proclamado y respetado entre contratantes ordinarios –no se trata ahora especialidades de consumo o condiciones generales–, cabe limitar dicha autonomía, en relación con un contrato, cuando la misma desnaturalice el contenido del mismo<sup>768</sup>.

Esta desnaturalización puede venir en situaciones en las que la garantía pactada venga a equivaler a una aleatoriedad impropia del contrato, o a romper la sinalagmaticidad del mismo, o quebrar de forma notable la onerosidad del mismo<sup>769</sup>.

---

<sup>767</sup> O, lo que es lo mismo, «hecha imposible, por causa no imputable a ninguno de los contratantes, la satisfacción del conjunto de intereses previstos en el contrato, se trata de establecer quién de las dos partes debe sufrir el daño que de eso se deriva y, en consecuencia, perder el *commodum obligationis* en que había confiado», BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969., p. 171.

<sup>768</sup> Para DE CASTRO, «el tipo de cada contrato reconocido por la Ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido», p. 1060. Lo mismo cabe aducir de los contratos atípicos, en cuanto a su naturaleza esencial, de otra forma todo contrato típico podría “esquivarse” con un contrato atípico ad hoc. Y sigue: « Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato», “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, p. 1061.

<sup>769</sup> Un paso más allá de la desnaturalización estaría la propia abusividad de la eventual

Por tanto, será necesario que, para romper la norma general que regula la imposibilidad inimputable sobrevenida, exista una justificación real y adecuada<sup>770</sup> que, además, sea susceptible de integrarse en la causa del contrato principal, sin desnaturalizarla<sup>771</sup>.

Habida cuenta las características de las prestaciones de hacer, la imputación objetiva, aun voluntaria, de la imposibilidad sobre acciones naturalmente inciertas, rompiendo el modelo de diligencia<sup>772</sup> y obligando a algo que no pudiera cumplirse voluntariamente, necesita ciertamente de una sólida justificación<sup>773</sup>.

---

garantía, respecto de la relación sinalagmática previa. Al respecto «no cabe inferir que cláusulas leoninas e idénticas o análogas a las condenadas en tales leyes hayan de considerarse plenamente validas, por estar insertas en contratos no formados en base a condiciones generales o en las que no haya parte débil ni un consumidor; ya que la “ratio iuris” de las citadas leyes se centra en la ineficacia de ciertas cláusulas por su naturaleza leonina o ilícita», DE CASTRO BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *op. cit.*, p. 1057.

<sup>770</sup> De nuevo DE CASTRO, «los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo [del modelo impuesto por las normas generales dispositivas] o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato», en “Notas sobre las limitaciones...”, *op. cit.*, p. 1061. En el mismo sentido, PANZA, *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli, 1973, pags. 249 y sig o SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generate, Commentario del Codice Civile* (Dirigido por Scialoja, Branca, IV (arts. 1 .321-1 .352), Bologna, Roma, 1970, pags. 328-329; también LIPARI, *Derecho Privado* (Traducción por colegiales del Real Colegio de España), Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, 1980, p. 326.

<sup>771</sup> En este mismo sentido, integrativo de la causa, el segundo párrafo del artículo 1322 del Codice civile italiano «Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

<sup>772</sup> Nótese que, en el Derecho español, conforme al artículo 1102 del Código civil, la renuncia a la acción de responsabilidad por dolo es nula. Por tanto, sólo puede renunciarse a la responsabilidad culposa. Habida cuenta la reciprocidad de las prestaciones, el equilibrio de los contratantes y las normas interpretativas de los contratos onerosos, cabe pensar en la razonabilidad de una aplicación inversa, de forma que no fuera posible imputar la imposibilidad con un cumplimiento diligente, aunque si con uno negligente, incluyendo el mero retraso –aunque no existiera nexo causal o no hubiera devenido, anticipadamente, en incumplimiento-. Acorde, además, con la categoría de contratos conmutativos –pues no sería razonable pensar que por lo accesorio cambia lo categórico-.

<sup>773</sup> No en vano, en el Derecho español, si bien el artículo 1105 del Código civil, relativo a la imposibilidad general de las obligaciones, acepta que determinadas obligaciones pudieran incluir la asunción de aquel riesgo; el artículo 1184 dispone la liberación del deudor de forma, en principio, ilimitada, cuando la prestación «resultare legal o físicamente imposible». Las obligaciones de dar, por su parte, tienen un desarrollo más complejo, acorde con el reparto del periculum.

En **segundo lugar**, en cuanto al cumplimiento de la obligación, dadas las características esenciales de la imposibilidad por caso fortuito, resulta imposible obligarse a evitarlo. O es imprevisible, y por tanto no se puede prever su asunción, o es inevitable, y no cabe obligación o realidad que lo impida. La elevación del modelo de diligencia, cara a superar obstáculos imprevistos, dentro de su propia naturaleza, no sería posible ni, por tanto, podría cambiar la naturaleza de la obligación, ni del riesgo.

En **tercer lugar**, no se trataría tanto de un nuevo elemento en la obligación, sino de una obligación distinta, complementaria, fruto, en rigor, de una nueva relación comercial accesorio, que se añadiría a la relación compleja.

Sin embargo, una nueva relación jurídica necesita completar sus propios presupuestos, pues la accesoriedad no puede integrarlos por mera remisión. Si se tratara de una relación sinalagmática y onerosa, como la relación principal, la prestación asuntiva del riesgo habrá de tener su propia contraprestación. Esta contraprestación podría estar integrada en el negocio principal, pero no hasta el punto de resultar inexistente en sí misma considerada<sup>774</sup>.

Se trataría además de un auténtico negocio aleatorio, en el que la efectiva aparición del evento fortuito habría de perjudicar y beneficiar a las partes, recíprocamente, así como su inexistencia. En todo caso, un negocio que pretendería

---

<sup>774</sup> Es obvia la dificultad de la prueba en estos casos, toda vez que la determinación del precio de la prestación no es fijo y, por ende, se puede añadir la contraprestación del nuevo negocio al mismo o, por el contrario reutilizar indebidamente, total o parcialmente la prestación primera. Habida cuenta de ello, puede ser razonable, ante la indeterminación expresa, la interpretación negativa respecto a la validez. Sería una excepción a lo anterior las relaciones jurídicas duraderas en las que la repetición de negocios hace que, por ser el caso fortuito residual por naturaleza, la asunción de dicho riesgo pueda convertirse en un elemento estructural que, a medio y largo plazo, quede compensado y verdaderamente absorbido en la relación sostenida. Así, por ejemplo, cuando la Sección III del Capítulo II de la Ley de Agencia española, que traspone la Directiva 86/653/CEE, cuando trata de la remuneración del agente por comisión, lo que supondría la posibilidad de contraprestación sólo en casos de resultado –esto es, garantía con su beneficio–, lo hace bajo el presupuesto de una relación duradera y bajo especiales cautelas, a efectos de prevenir la reciprocidad mientras dure la vinculación. Más aún, para la garantía no ya de resultado, sino de buen fin del mismo, se exige el pacto expreso, con concreta determinación de retribución de dicha garantía, en el artículo 19.

escapar, por su carácter residual, de las normas propias que ordenan los negocios aleatorios típicos que desempeñan la misma función<sup>775</sup>.

En cuanto a las consideraciones económicas, concentra el riesgo en una de las partes, ignorando la idoneidad de tal reparto, y exige, por tanto, una compensación superior a la prima de riesgo pura del comitente –pues, además, absorbe los sobrecostes de absorción, teniendo en cuenta la no limitación eficiente del riesgo, y los riesgos propios de la concentración-.

Por lo tanto, no parece esta alternativa realmente diferente a aquello a lo que pretende sustituir, ni en cuanto a su eficacia ni tampoco respecto a su sistematicidad.

### **8.2.2. Cumplimiento diligente de los resultado por la naturaleza de la prestación.**

Podría ocurrir que el contenido profundo de la obligación de resultado no fuera tanto una vinculación especial, ni tampoco una concreta asunción del riesgo, sino la expresión usual de una causalidad reiterada, proyectada sobre concretas especies del *facere*. Especies que, ejecutadas bajo la diligencia que les es propia, tienen como consecuencia natural el resultado.

No se trataría, por tanto, de una categoría absoluta, sino una consideración relativa, basada en criterios de intensidad en la probabilidad así como de reiteración preminente en el tráfico<sup>776</sup>. Ello, con la consecuencia natural de una presunción de culpa del acreedor, según la cual la no consecución del resultado pactado sería el hecho indiciario de la misma<sup>777</sup>.

---

<sup>775</sup> En este punto cabe pensar que « la asunción del riesgo del fortuito por parte del deudor significará un seguro impropio (...) sin detenerme en este punto, de hecho resultar. posible que a través de la vía de estas aseguraciones impropias se establezca un mercado paralelo al del seguro stricto sensu, que, como se sabe, está gobernado por principios de Derecho público en cuanto a la condición y requisitos de la entidad aseguradora», CARRASCO PERERA, Art 1105, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

<sup>776</sup> De forma coherente con la regulación actual del DCFR. *Vid.* epígrafe 6.4. y nota 710.

<sup>777</sup> JORDANO FRAGA «(...) a falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, del resultado debido (culpa presunta del deudor, que su acreedor no tiene que demostrar), y la

Tampoco se trata de una irrelevancia real de la diligencia, ni de una presunción *iuris et de iure* contraria a la misma en caso de no consecución del resultado, porque a éste se queda obligado<sup>778</sup>; sino de obligaciones cuya naturaleza hace que, el cumplimiento diligente dé, como resultado –al margen de factores temporales, siempre más limitativos-, el resultado pactado<sup>779</sup>.

Hay que notar que no se puede eliminar el riesgo, y que el natural acaecimiento del riesgo no tiene tanto que ver con la certeza fenomenológica, como con la naturaleza compleja de una acción acumulativa. Así pues, a estos efectos o bien sería difícil que el interés subjetivo del acreedor fuera impedido por imposibilidad sobrevenida; o bien normas específicas del riesgo ordinario serían capaces de, asumiéndolo o corrigiéndolo, hacer igualmente improbable llegar a aquella imposibilidad.

Así por ejemplo, quien esté obligado a hacer una obra, bajo la premisa de que los avatares propios de su elaboración son riesgo suyo, naturalmente conseguirá obrarla, si actúa diligentemente. Y sólo la falta de diligencia, o la imposibilidad sobrevenida explicará, de ordinario, la no consecución.

La herramienta adjetiva de la presunción se elevaría funcionalmente a categoría sustantiva al nivel de la “obligación de resultado”<sup>780</sup>. Dicha

---

prueba liberatoria del deudor no cumplidor viene constituida por el caso fortuito (imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor) (...) Este modo de razonar, ha caracterizado, en buena medida, la doctrina francesa que (...) se convierte, así, en la piedra de toque de la explicación y aplicación del régimen de responsabilidad contractual (y, especialmente, de sus reflejos en el terreno de la carga probatoria de acreedor y deudor», “Obligaciones de medios...”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>778</sup> De hecho, si fuera una presunción *iuris et de iure*, en poco diferiría esta alternativa a la anterior, de concentración del riesgo, pudiendo aplicarse a ésta lo dicho de aquella.

<sup>779</sup> En contra de la premisa JORDANO FRAGA, en p. 46 «al deudor no (exactamente) cumplidor no le basta, para exonerarse de responsabilidad contractual, la sola prueba de su diligencia, de su ausencia de culpa, y ha de probar, no en vano, la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito».

<sup>780</sup> «La doctrina tradicional funda la importancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado sobre la utilidad que esta tiene para fines de la determinación de la responsabilidad del deudor (...) esta distinción a sido adoptada sobre todo por los jueces italianos, por evidentes razones prácticas, pues permite simplificar el problema de la prueba del incumplimiento», ROZO SORDINI, “Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Privado*, n4, Reus, Madrid, 1999, p. 140.



categorización no supone un cambio notable en la mecánica práctica de la exigibilidad, pero es importante conocer su dimensión real por el peligro de que la herramienta sustantivada acabe funcionando como sustantivo, perdiendo su función y, con ello, la razón de sí misma.

Este modelo parece idóneo como base de la regulación general de las obligaciones de hacer y, por ende, también como base de la obligación de medios. Sin embargo, podría no ser suficiente por sí mismo para el tratamiento satisfactorio del riesgo especial que la mediación contiene.

### **8.2.3. Reducción económica a través de pacto remunerativo.**

Aunque la hipótesis que ahora se plantea no pase de mera reducción teórica, puede ser útil como paradigma de la función económica del contrato, así como de la posibilidad –o imposibilidad- de contractualizar alternativas económicas. Se trata de un camino paralelo para desempeñar la misma función que la obligación de resultados, sin sus inconvenientes e ineficiencias, pero siempre de forma accesoria a un planteamiento prestacional básico. Así, se proyectaría sobre la base de la alternativa anterior.

Cuando se trata la forma de retribución, por mucho que la prestación característica del contrato sea la del obligado a hacer, no puede olvidarse que dicho pago es la obligación recíproca, en el caso de los negocios sinalagmáticos. Por ello, y al margen de su dimensión cuantificable, su existencia y dinámica no puede entenderse de forma aislada ni unilateral.

En el contrato sinalagmático, aun siendo las obligaciones de supuesto resultado, cumpliendo una parte deberá cumplir también la otra con el pago, si a ello se comprometió. De ahí que cuando se condicione la retribución más allá de la

reciprocidad común, en la mayor parte de los casos se trate de una asunción de riesgo o la creación de una garantía impropia<sup>781</sup>.

Un supuesto diverso, autónomo y aceptable, sería aquél en el que la retribución se fraccione en dos supuestos. La retribución directa será puramente recíproca, adecuada a la naturaleza y causa del contrato, con lo que su eliminación o minimización más allá de esos límites desnaturalizaría el contrato, haciéndolo ineficaz por falta de causa -o por simular causa diversa a la real-.

Ahora bien, entre la absoluta equivalencia económica objetiva -no necesariamente coincidente con el interés subjetivo de las partes- y la desnaturalización del contrato por desequilibrio o simulación, existe un espacio suficientemente amplio como para ponderar modalidades remunerativas que, sin infringir los límites aludidos, tiendan al equilibrio ideal entre las prestaciones. Ello tanto desde un aspecto puramente económico, de mercado, como social, en cuanto a la consecución del fin contractual.

Así, en una hipótesis ideal, no sería imposible, una vez alcanzado el equilibrio contractual que daría lugar a los vínculos recíprocos, alterar la onerosidad del contrato mediante la eliminación de un porcentaje de la retribución. Así, para un ejemplo del 30% de la retribución, podría quedar dicha parte condicionada a un resultado externo al contractual, aunque vinculado al mismo y de verificación objetiva.

Ahora bien, para que, una vez alcanzado el equilibrio contractual, una parte aceptara la posibilidad de perder una parte de su retribución, digamos ese 30%, exigiría una contraprestación equivalente a su prima de riesgo relativa. Por ejemplo, el aumento de la retribución total en un 10%.

Así resultaría que, en realidad, respecto al equilibrio inicial, la retribución directa sería de un 77%, quedando una retribución indirecta e incierta de un 33%. Así pues, a cambio de poder perder una parte de la contraprestación, se acepta

---

<sup>781</sup> Vid. epígrafe 8.2.1.

poder ganar más de lo que esta originalmente se hubiera acepta. En total un 110%, conforme al ejemplo.

Esta reconstrucción del equilibrio contractual se articularía, en cuanto a la sistemática negocial, como una suerte de negocio accesorio, puramente aleatorio, sobre el resultado del contrato principal. Este negocio, propiamente aleatorio, sería recíproco y equivalente el riesgo y ganancia para las partes<sup>782</sup>. Así, en la mediación el mediador se arriesgaría a perder una parte de su remuneración, aventurándose a ganar más de lo que hubiera supuesto el equilibrio inicial básico. El comitente, por su parte, puede ahorrarse parte de su pago, o puede pagar más de lo que pudo.

Llevando el sistema al extremo, a cambio de un aumento sustancial de lo que habría de ser la remuneración en equilibrio ideal, podría llegar el mediador a estar dispuesto a percibir de forma segura un 0%, en aras de obtener una remuneración mucho mayor a la adecuada en aquel equilibrio, aun de forma aleatoria.

Prescindiendo de la acumulación compleja de negocios, los resultados prácticos de este exceso serían prácticamente los mismos a los de una obligación de resultados. La diferencia fundamental residiría en que, al ser el segundo negocio puramente aleatorio, no cabrían sobre él mismo consideraciones de caso fortuito, pues en este sí, el mismo riesgo ha sido objeto del contrato.

Sin embargo, el peligro de llegar a tal situación extrema se ve conjurado por el límite impuesto en la desnaturalización del contrato principal que, aunque matizado, necesitará seguir siendo oneroso y conmutativo.

En cuanto a la **aplicación de la teoría económica**, se trataría de un modelo de reparto del riesgo, con mecanismo genérico –retributivo– de control y estímulo, conforme a lo propuesto<sup>783</sup>.

---

<sup>782</sup> Conforme a lo expuesto anteriormente.

<sup>783</sup> Supondría, entre incentivo y seguridad, un contrato mixto, entre los extremos del flat-rate contract y del high-power incentive contract, «give the agent both incentives to engage

Con todo, si bien el estímulo parece claro (la retribución dependiente del resultado), el sistema de control no se reparte de forma satisfactoria. Sí se controlan los riesgos propios del comitente, en la medida que tendrá que retribuir la acción diligente del mediador; pero el control sobre éste puede mantener su comitente es limitado.

En efecto, los remedios o controles típicos de los contratos sinalagmáticos pasan por comprobar el incumplimiento o la mora que, en este supuesto, no son sencillos de controlar. Ni el comitente puede seguir la actividad del mediador; ni tiene por qué conocer –o reconocer- el modelo de diligencia aplicado; ni tampoco le resultaría carente de costes aplicarse a lo anterior<sup>784</sup>.

Por ello, siguiendo el principio de reparto eficiente de los costes, así como de limitación de los riesgos, añadido a la forma de retribución propuesta cabría configurar medidas de auto-control que el mediador habría de imponerse.

Partiendo de la base prestacional establecida para todas las obligaciones de hacer<sup>785</sup>, se puede llegar de forma natural, a la ya aludida presunción de incumplimiento. Esta presunción, en aquellos casos en los que el riesgo de inactividad incontrolable sea notorio, como en la mediación, puede servir como sistema de control que complementa el estímulo propuesto.

En cuanto a la **articulación jurídica** de la misma, no se trata más que de aplicar las previsiones legales existentes, que permiten, en sede de prueba, una

---

in high effort and insurance against a bad outcome – what I will call a “mixed contract” (...) by making the compensation higher when the good outcome occurs, you give the agent an incentive to engage in high effort. By giving the agent some money even if the bad outcome occurs, you give the agent some insurance against bad luck. Because she receives some money in the bad state of the world, she will feel secure against her fear of missing a mortgage payment, and so won’t demand quite as much money in the good state of world», EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, “Simplicity and complexity in contracts”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>784</sup>«(...) if the principal cannot directly observe the agent’s level of effort, we have what is called an agency problem. The agent might engage in low effort, or what is often called “moral hazard”. The agent might promise to use effort, but unless the principal can observe the level of effort, the agent’s promise is not enforceable, so the principal has no reason to believe the agent’s promise» EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, “Simplicity and complexity in contracts”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>785</sup> *Vid.* epígrafe 8.2.2.

inversión de la carga de la misma en situaciones concretas<sup>786</sup>. Nada impide extender este tratamiento, no propiamente inversivo por ser netamente específico, a una generalidad de casos con idéntica *ratio*, pues en todos ellos se dará de la misma forma, conforme a las máximas de la experiencia.

Además, tampoco existe impedimento para un acuerdo de las partes, o una consolidación consuetudinaria de la práctica, que recogiera como obligación contractual la prueba de la diligencia.

Ello además de la referencia de la imposibilidad sobrevenida como modelo de presunción y atribución de carga probatoria, conforme a lo dispuesto en el Ordenamiento italiano<sup>787</sup>.

No se persigue la creación de unos costes desorbitados de documentación y prueba de la diligencia del mediador, por lo que la remisión a unos índices razonables de cumplimiento, verificados o verificables, habrían de bastar a los efectos de la aplicación de esta carga probatoria inicial, revirtiendo el sistema en la normalidad una vez satisfecho el control establecido.

---

<sup>786</sup> Artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento civil española, respecto a la habitual carga probatoria. Respecto a su uso concomitante, con la optimización económica, DOMÍNGUEZ LUELMO, «(...) el TS ha sustituido el argumento de la inversión de la carga de la prueba por el de la facilidad probatoria a que se refiere el art. 217.7 LEC, que no es lo mismo, pero que puede conducir a resultados similares. (...) Consiste esta doctrina en repartir la carga de la prueba, de manera que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Es decir, en cada fase del período probatorio cada parte deberá aportar aquellas pruebas que le resulten más accesibles. (...) Esto en parte responde a los esquemas del análisis económico del Derecho: está en mejores condiciones probatorias aquel sujeto procesal que puede aportar las pruebas de manera más eficiente, ya sea por tener la información o el soporte documental de ésta; aquél que es capaz de acceder a dicha prueba con el coste más barato posible. (...) Ello tiene enorme importancia a la hora de probar los hechos negativos, pues resulta de todo punto más fácil probar los hechos positivos», “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras”, *XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, A Coruña, 2011, p. 10. Vid. nota 739.

<sup>787</sup> Como ya se trató, «La disposizione di cui all’art. 1218 c.c., pone a carico del debitore l’onere della prova di non aver potuto adempiere l’obbligazione (...) per cause a lui non imputabili. La prova della non imputabilità dell’inademimento –la quale non può consistere nella semplice difficoltà o nella sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione- deve essere piena e completa (...) devendosi, in mancanza, presumere nel medesimo la sussistenza di tale elemento soggettivo», CENDON e BALDASSARI, *Codice annotato con la giurisprudenza*, Utet, Torino, 2005, p. 1319.

El contenido de estos índices podría pactarse o consolidarse en la práctica<sup>788</sup>. En todo caso, partiendo de la información al propio comitente, implicarían, al menos y conforme a al objeto de la mediación que se tratara, la publicidad de la situación y el contacto y negociación con terceros interesados durante toda la duración de la relación.

Además, la información procontractual podría funcionar, en la mayoría de los casos, como el propio índice de efectividad debida<sup>789</sup>. De esta forma, si el mediador informó de la dificultad de mediar un determinado negocio, es posible que desincentive su propio contrato de mediación –y quede en mero asesoramiento–.

Por el contrario, una información optimista, incentivará el propio contrato, pero implicará una suerte de resultados intermedios y mediatos susceptibles de ser probados. De no existir éstos, el incumplimiento podría venir dado tanto por la falta de prueba o, de no haberse dado, como por defecto en la información aportada y, con ello, también por contravención de la confianza contractual.

La relación información-prueba implica, por tanto, un sistema de cierre al control y estímulo, así como un marco inicial que ayude a delimitar el contenido exacto de la prestación, salvo ulterior, expresa y consentida concreción.

Aunque pudieran buscarse mayores sistemas de optimización contractual, y hasta una mayor concreción dentro de los límites del tratamiento genérico de la categoría, los **problemas relativos a la complejidad** del contrato aconsejan buscar la forma eficiente más sencilla posible<sup>790</sup>.

---

<sup>788</sup> En última instancia no se trata de hacer una teoría de la prueba suficiente, pues el criterio de la razonabilidad y suficiencia, conforme a la diligencia que informe la prestación contractual será, a la postre, valorada por los tribunales, como en cualquier otro supuesto. *Vid.* nota 739.

<sup>789</sup> Trasunto, *mutatis mutandi*, de lo referido a la declaración inicial del riesgo como referencia contractual del mismo, para el contrato de seguro. *Vid.* nota 576.

<sup>790</sup> En principio cabría pensar en la ventaja intrínseca de la complejidad del contrato pues concreta la causa del contrato y puede estar más próxima a la voluntad, e intereses, de las partes. «Contracts should be complex because of uncertainty about the contractual environment» y «complexity in a contract is often an appropriate response to asymmetry of information and

Los principios de reparto remuneratorio del riesgo y deber de prueba de la diligencia han de mantenerse como principios enunciados, susceptibles de individualización contractual o, sencillamente, de utilización consuetudinaria. Con todo, unos mínimos habrán de fijarse, empezando por la determinación del porcentaje mínimo del precio que no desnaturalizaría el contrato (porcentaje que puede ser progresivo, respecto a distintas magnitudes de precio).

No se pretende, en fin, hacer comprender a las partes el recorrido sistemático y la reducción categórica que del contrato complejo se propone. Tampoco crear una figura contractual compleja explícita, con pactos remuneratorios y distribución del riesgo. Se trata, sencillamente, de crear una herramienta jurídica adecuada para poder canalizar, de forma efectiva e idónea, la causa del contrato al tiempo que se reducen al mínimo los costes de transacción<sup>791</sup>.

Así, aunque la aplicación propuesta fuese teóricamente aplicable incluso desde la atipicidad (basada en la sistemática del Código, la analogía con las categorías referidas, y los Principios Generales), sólo la tipificación del modelo propuesto vendría a consolidar y completar la óptima simplicidad del contrato<sup>792</sup>.

---

monitoring difficulties», recogen EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, *Simplicity and complexity in contracts*, Chicago John M. Olin Law & Economic working paper nº. 93 (2d series).2000, p. 13. Opinan, por el contrario que «Certain doctrines of contract law may penalize sophisticated parties that draft complex contracts. The unconscionability doctrine and related doctrines are used to strike down contracts that are too complicated for consumers to understand», p. 14. Concluyendo, respecto a la realidad, que «(...) contracts [are] in general simpler than the discussion of uncertainty, asymmetry of information, and political economy above suggests they should be», p. 15.

<sup>791</sup> «(...) las partes gustarán en actividades de supervisión o garantía hasta que el coste marginal de tales actividades sea igual a la reducción marginal que ocasionan en la pérdida residual. Por otro lado, las partes irán ajustando su reparto del gasto óptimo de salvaguardia entre actividades distintas de supervisión o garantía hasta que las reducciones marginales en la pérdida residual ocasionadas por cada una de ellas sean iguales.» ARRUÑADA, *Economía de la empresa...op. cit.*, p. 12.

<sup>792</sup> El tipo, además de crear una base referencial de conciencia jurídica de las partes, aun para las legas, y dar estabilidad a una figura ponderada, elimina gran parte de los costes de negociación y, si contiene los mecanismos expuestos, también parte de los costes de información asimétrica, costes de control de efectividad de lo pactado y costes de indeterminación interpretativa de las condiciones típicas, homogeneizables, además, jurisprudencialmente. Todo ello motivos que desaconsejan la complejidad, conforme a lo expuesto por EGGLESTON, POSNER, ZECKHAUSER, *Simplicity and complexity in contracts*, Chicago John M. Olin Law & Economic working paper nº. 93 (2d series). 2000, pp 16-26; así como en las conclusiones de la

Finalmente subsistirían **los problemas de fraude** de los principios rectores del sistema expuesto. Habría que contemplarlos únicamente en la medida que se entendiese que, el marco propuesto, hubiera de resultar imperativo. De otra forma, la libre autonomía de las partes no supondría un fraude, sino opción.

En este sentido, en la medida que se ha entendido la configuración habitual de la obligación de resultado no sólo como inidónea sino, en rigor, contraria a las normas estructurales del Derecho patrimonial, al menos en un plano teórico, podría convenir una cierta base normativa. Esta base podría cambiarse pero con el límite de dicha causa contractual, que define y delimita el contenido de la mediación.

Sobre el mercado mismo, la dificultad general del comitente de obtener información previa respecto de las aptitudes y actitudes del mediador hará que tienda hacia estas ofertas en las que la retribución resulte más dependiente del riesgo, impulsado por su aversión al mismo.

En fin, estos problemas de fraude no son distintos a los ordinarios, proyectados sobre cualquier contrato; ya sean simulaciones ya meros errores, intencionados o no, de nominación contractual. Procederá en dichos casos, una vez reconocida la causa, bien reconducir los efectos del contrato al tipo que le sea propio, bien avanzar hacia una nueva figura atípica, si es que acaso resultara pertinente.

Se propone, en **conclusión**, un modelo teórico de idoneidad<sup>793</sup>. No se invita a su directa aplicación, ni, en realidad, a nada más allá de su sencilla consideración.

---

página 37. Neutralizados la mayor parte de inconvenientes de la complejidad; nada impediría utilizar un tipo de construcción científica compleja –no necesariamente visible– que, además, podría ser simple en sus efectos y uso.

<sup>793</sup> «If there were no agency costs, the efficient or first-best outcome can be obtained; because of agency costs, it cannot. But if we figure out ways to reduce agency costs, we increase efficiency (...) principal [and the agent] want to minimize agency cost (...) there are two main ways of doing this. The first is (...) designing a contract that makes compensation depend on the output of the agent (...) the second way is invest in monitoring», EGGLESTON, POSNER,



Entre tanto es claro que no se puede presumir la reducción dogmática expuesta para ningún contrato actual. Al menos de momento.

---

ZECKHAUSER, "Simplicity and complexity in contracts", *op. cit.*, p. 5. Concluye, de forma asumible por la alternativa expuesta, que «even as we take into account the complications, the basic lessons of the model hold. In any agency relationship there will be potential agency costs, which can be minimized through clever monitoring and clever desing of the contract that trades of incentives, on the one hand, and insurance, on the other». p. 6. Simplificando la localización de las claves propuestas por el autor, "monitoring" reforzado en la prueba de la diligencia; "incentives" reforzados en el sobrepago por resultados; "insurance" en cuanto a la remuneración por acción diligente, al margen del azar.

## 9. LA MEDIACIÓN COMO UN “CONTRATO DE SERVICIOS”

9.1. El contrato de servicios como categoría general.- 9.2. Efectos.- 9.3. Derecho europeo para el contrato de servicios.- 9.4. Distinción de otras figuras o categorías contractuales afines

### 9.1. El contrato de servicios como categoría general.

Una vez tratados todos los aspectos particulares relativos a la naturaleza jurídica del contrato de mediación, cabe incardinar a la figura, bajo las premisas aceptadas, en una categoría general de contratos. Así, de la misma forma que, desde el principio, se ha optado por partir de las estructuras más básicas hasta integrar las más complejas; sólo después de aceptada la naturaleza contractual de la mediación puede proponerse una concreta tipología de contratos como conjunto superior, general, de la misma.

Si bien, en principio, podría dudarse de la utilidad de una clasificación eminentemente dogmática, ésta toma fuerza y sentido en el caso de la mediación toda vez que, siendo escasa su regulación, la remisión a normas generales que la ordenen tendrá una utilidad especial.

Con todo, también encuentra la mediación obstáculos específicos en su inclusión en una categoría contractual general, puesto que aquélla que se propone sufre, a su vez, un defecto de tipificación y regulación muy parecido al de la propia mediación, sobre todo en España. Asimismo persisten algunos de los problemas ya tratados, como la imputación del riesgo, en la categoría general; a la que se suman otros distintos, empezando por la neta distinción entre obra y servicio.

Lejos de suponer únicamente una dificultad añadida, puede servir el estudio realizado, como base extensible a la categoría, de modo que, a rasgos generales, lo predicado del riesgo para la mediación, al margen de las especialidades citadas, aproveche también para los contratos de servicios. En suma, la aproximación desde lo concreto puede también ofrecer respuestas para la categoría general.

Aunque se pueda adelantar que la categoría propuesta es la del contrato de servicios, es necesario justificar tanto la existencia de la misma, como su adecuación para abarcar la especialidad de la mediación. Pues bien, como ya se advirtió, en España la categoría adolece de una regulación legal pobre, apenas existente, que además resulta anacrónica, parcial y prácticamente inaplicada<sup>794</sup>.

Nada de lo anterior obsta a su idoneidad conceptual, al margen de la vertiente práctica de su aplicación, que se tratará al final. Es por ello que, al margen de las deficientes normativas al respecto del sistema español (o, quizá, sobre todo por ello mismo); y apoyándose tanto en el sistema italiano como en los principios generales de los contratos, se hace preciso identificar el objeto jurídico del contrato de servicios antes de discutir su concreto contenido.

De esta forma, se ha de entender, en sentido lato, la consideración de “contrato de servicios” como todo aquel contrato que obligue a la prestación de un servicio a cambio de un precio<sup>795</sup>. Se parte así de las bases del contrato bilateral, naturalmente oneroso, que encaja con la naturaleza hasta ahora propuesta para la

---

<sup>794</sup> «La regulación del arrendamiento de servicios resulta anacrónica e insuficiente hasta el punto que, según opinión extendida, el contrato de servicios es un contrato nominado pero atípico, es decir, carente de regulación legal, sin perjuicio de su tipicidad social». “Arrendamiento de servicios (...)”, VAQUERO PINTO, *op. cit.*, pp 19-20. En el mismo sentido CAPILLA RONCERO, “Voz arrendamiento de servicios”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol I, Civitas Madrid, 1995, p 576: «se someten a la aplicación del Código civil los servicios prestados por profesionales (liberales o no), artistas, artesanos, etc., y los prestados por empresas, cuando por la naturaleza de la prestación asumida merezcan esta calificación de contrato de servicios. Mas su no contemplación específica por el CC, obliga a reconstruir su régimen sobre normas distintas de las contenidas en la Sección 1ª del Capítulo III del Libro IV CC».

<sup>795</sup> «El arrendamiento de servicios como contrato de simple intercambio de “servicio” y “precio”, según el concepto proporcionado por el codificador (1544 cc) puede ser considerado como el tipo general de la contratación onerosa de servicios» “Arrendamiento de servicios (...)”, VAQUERO PINTO, *op. cit.*, pp. 23-24; o, en la misma obra, “contratos de servicios son todos aquellos en que una de las partes asume libremente la obligación de realizar una actividad o trabajo en servicio o interés de otro” pp. 36-37. Para MORENO QUESADA, “Contratos de prestación de actividad en servicio ajeno”, *Curso de Derecho civil*, T. II, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 361-266. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009, entiende que «el arrendamiento de servicios comprende la prestación de cualesquiera servicios, en general, salvo aquéllos que tradicionalmente tienen una disciplina específica y figura propia», p. 208. Ahora bien, más que no comprenda los servicios específicos, entiendo que sí los comprenderá, pero que no será aplicable la regulación de la *lex generalis* en cuanto contradiga a la *lex specialis*.

mediación.

Nótese, por tanto, que si se pretendiera la naturaleza unilateral para la mediación, por no ser obligatorio el pago –o tampoco la actividad mediadora-, no se trataría de un contrato de servicios. Esta afirmación no sólo implica descartar dicha categoría, sino que obliga a encontrar otra que, seguramente, no exista, por lo que sólo quedaría invocar, en defensa de la unilateralidad, la absoluta especialidad de la mediación como categoría autónoma, lo que no parece justificado ni por su realidad fáctica ni por su regulación jurídica. Por lo demás, podría reconducirse dicha unilateralidad al resultado, a la obra pero, al margen de la propia adecuación de dicha postura, no se trataría de unilateralidad, sino de bilateralidad “condicionada”, como se expresó respecto al riesgo<sup>796</sup>.

Volviendo a la definición, parece claro tanto el concepto de contrato bilateral como el de la retribución mediante pago. Sin embargo, es tautológico definir el contrato de servicios como aquél en el que se retribuye un servicio, por lo que ha de identificarse éste como toda actividad humana de “hacer”<sup>797</sup> (excluyendo, por tanto, los actos<sup>798</sup> principales<sup>799</sup> de “dar”<sup>800</sup>) en provecho de la contraparte<sup>801</sup> frente a

---

<sup>796</sup> Vid. epígrafe 5.

<sup>797</sup> Identificado con el *facere* del artículo 1174 del Codice Civile: «La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore» Así lo entiende ALPA, G., "Dalle professione liberali alle imprese di servizi", *Economia e diritto del terziario*, n° 2, 1990, pp. 282 y ss. En el Código civil español se puede ver esta equivalencia, entre otros, en los arts. 1100, 1135, 11501254, 1271, 1272 o 1274.

<sup>798</sup> Pues el dar es, en sí mismo, también un acto, pese a la distinción del artículo 1088 del Código civil: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.». De ahí que se haya propuesto, como categoría común al “dare” y al “facere” el “prestare”, sirviendo la “prestación” para ambos supuestos. Así «La mayor parte de la doctrina considera como objeto de la obligación a la prestación. Las cosas o los servicios sólo de una manera indirecta constituyen el objeto de la obligación. El objeto de la obligación es aquello debido por el deudor y aquello que el deudor está facultado para reclamar y recibir. El objeto de la obligación es, por tanto, siempre un comportamiento o una conducta del deudor: el llamado comportamiento o conducta de prestación, o más simplemente, prestación». DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, *Fundamentos, op. cit.*, vol. 2. Pp. 235 y 236. En el mismo sentido, aunque variando la incidencia de la principalidad del objeto, VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, La Ley, 2009, «el servicio es el objeto de la actividad que el deudor se compromete a realizar, de modo que no tiene existencia material en el momento de determinar el programa obligacional. Sólo tras la efectiva ejecución y cumplimiento de la prestación, la conducta del deudor se traduce en el servicio que, de este modo, asume entidad objetiva y material o inmaterial» p. 149.

la que el acreedor se haya obligado. De ahí, a su vez, que necesite los requisitos propios de los objetos de la obligación, esto es: licitud, posibilidad y determinabilidad<sup>802</sup>.

Concretado así el significado de servicio y puesto en relación con los demás elementos de la categoría, se relaciona dicho servicio con el interés del comitente en un doble sentido: de un lado equilibra la contraprestación que supone la retribución económica, tanto en el sentido oneroso como en el sinalagmático; de otra, informa el interés del comitente tanto el contenido del servicio, como su desarrollo y fin. Ello, unido a su posibilidad y riesgo, habrán de determinar los parámetros aplicables de diligencia o resultado.

---

También VERDERA SERVER, en *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 271. En contra SOLÉ RESINA, «el término “servicio” implica, pues, por sí sólo, prestación y por este motivo nos parece reiterativo hablar de “prestación de servicios”», *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 101.

<sup>799</sup> En la medida en que, cuando sean accesorios o, sencillamente, no principales, «La consideración como principal y determinante de la actividad creadora, en la satisfacción de los intereses del comitente, resuelve la cuestión a favor de la calificación del contrato como de “servicios”», con especial referencia al arrendamiento de obra, VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 38.

<sup>800</sup> «Cuando el trabajo de una persona aparece contemplado específicamente como objeto de la prestación en la previsión de los sujetos contratantes comienzan a plantearse los problemas propios de la obligación de hacer, aun cuando pueda intervenir la presencia de una cosa (...) la genuina obligación hacer, aun cuando aparezca acompañada de una obligación de entrega, sitúa automáticamente el contrato en que se integra en un ámbito específico de problemas, que deben resolverse tomando como primer punto de referencia la conducta del obligado», *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 657 y ss.

<sup>801</sup>«Servicio, en puridad de conceptos, es el desarrollo de una actividad con la finalidad primordial de proporcionar a otra persona las ventajas o los resultados de esa actividad», MONTES PENADES, “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, *Contratos de gestión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, p.24. También se entiende como servicio, en el mismo sentido, a la «actividad en sí misma considerada, susceptible de valoración económica y objeto de un derecho de carácter meramente obligatorio”, CAPPONI, “Responsabilità oggettiva del prestatore di servizi”, *Rivista de diritto commerciale*, Piccin, Padova, 1989, p. 569. Del mismo modo SANTINI, *Commercio e servizi, Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 418. También VAQUERO PINTO «la consideración del objeto de la obligación permite identificar los contratos de servicios caracterizados porque la prestación o comportamiento que debe realizar uno de los contratantes consiste, fundamentalmente, en el despliegue de cierta actividad, material o intelectual; es decir, los contratos de servicios se identifican en el plano de los compromisos asumidos con la obligación de hacer», *op. cit.*, p. 33.

<sup>802</sup> Como disponen los artículos 1271-1273 del Código civil; o el artículo 1346 del Codice civile.

Remitiendo a páginas previas las consideraciones en torno al riesgo y los resultados que puedan ser objeto de obligación<sup>803</sup>, sí interesa referir, someramente, la relación entre la categoría propuesta de contrato de servicios y el contrato de obra (o arrendamiento de obra), operando el primero como general del segundo<sup>804</sup>. De esta forma no sólo sería el contrato de obra una especialidad del contrato de servicios, como categoría general, sino una especialidad distinta, alternativa, y no aplicable a la mediación. Dicha afirmación no es ni pacífica ni sencilla y, si bien no procede su reconstrucción, se apuntarán los principales pilares sobre los que se basa la premisa.

Cabe dudar de la diferencia real del objeto del contrato, del ejercicio de la prestación, entre contratos genéricos de servicios y específicos de obra<sup>805</sup>. Si bien estos últimos pudieran tener alguna especialidad, no parece exclusiva de su objeto sino, en su caso, típica del mismo. Con todo, se han señalado diferentes criterios sobre los que basar las diferencias.

En primer lugar suele acudir a la naturaleza “de resultados” del contrato de obra<sup>806</sup>, opuesto al de servicios<sup>807</sup>, inaplicable conforme a la posición defendida,

---

<sup>803</sup> Vid. epígrafe 6.

<sup>804</sup> Así también lo entiende VILLANUEVA LUPIÓN «los contratos de servicios, en cuanto a categoría, se pueden clasificar atendiendo a la naturaleza de la actividad en que consiste la prestación de hacer, que es la que caracteriza la prestación contractual (...) así se distinguen dos tipos genéricos, que son los contratos de obra y de servicios, admitiéndose también la general del contrato de servicios frente a la especialidad del contrato de obra, en *Los contratos de servicios*, La Ley, Madrid, 2009, p. 43

<sup>805</sup> Así para LÓPEZ LÓPEZ, «la lectura de los arts. 1538 a 1600 del Código civil, dejan la duda (...) sobre la existencia de una neta distinción entre obras y servicios, más allá de los supuestos típicos que el Código contempla», “La proyectada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 31. Puedo predicarse esencialmente lo mismo del artículo 1463 del Codice civile italiano. En el mismo sentido, ver BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor...op. cit.* 197-212, *periculum rei* o *periculum obligationis* (*res perit domino*): « (...) en contra de toda apriencia, la obligación de obra está constituida jurídicamente como una obligación de actividad del deudor quien realizándola cumple, y no como una obligación de resultado (...)»(»), p. 191.

<sup>806</sup> Discutible por cuanto «Parece claro que los artículos 1589 y 1590 cc se refieren a un supuesto muy concreto (pérdida total de la cosa) y deben coordinarse con otras reglas que para un caso similar proporciona el Código civil (arts. 1182 y 1452). Por otro lado, en la regulación del arrendamiento de obra se guarda silencio sobre la imposibilidad que pueda afectar a la

en concreto, respecto a la propia categoría de “resultado”<sup>808</sup>. Lo que, por otra parte sí resulta siempre aplicable el criterio de la diligencia (hasta en la hipótesis de las obligaciones de resultados, para evitar la inimputabilidad del resultado por fuerza mayor) a ambas categorías<sup>809</sup>, no ocurre lo mismo con el resultado<sup>810</sup>.

Además, la imputación de los riesgos, excepto para los contratos aleatorios, habría de ser una circunstancia accesoria que pudiera variarse<sup>811</sup> y que, por tanto, resultaría un débil criterio de clasificación. Por ende, no es tampoco una consecuencia –o característica- que afecte a la categorización de la mediación, sobre todo bajo las consideraciones advertidas de su particular riesgo.

En segundo lugar, también se puede negar como criterio la subordinación<sup>812</sup>

---

actividad prometida por el contratista, de modo que, en este caso, las consecuencias deben articularse, al igual que ocurre respecto del arrendamiento de servicios, recurriendo a las normas generales que rigen esta materia, y al art. 1595 que contempla un supuesto muy particular de imposibilidad» VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 91.

<sup>807</sup> De nuevo, para LÓPEZ LÓPEZ « Una prestación configurada al servicio de un intento o propósito contractual único, está compuesta de obligaciones, de medios y de resultados, que se encadenan funcionalmente e inescindiblemente a ese único intento», “La proyectada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>808</sup> *Vid.* epígrafe 7.

<sup>809</sup> En ambos casos se pueden plantear distintos modelos de riesgo y satisfacción subjetiva del interés del acreedor, pero siempre en relación a un determinado criterio de diligencia. En ese sentido, MUSOLINO, *L’opera intellettuale. Obbligazioni e responsabilità professionali*, Cedam, Padova, 1995, p. 103.

<sup>810</sup> Ni siquiera desde un punto de vista genético, pues en las fuentes romanas si bien podría considerarse que la obra parte de la materialidad como resultado, ello no llevaría sin más a que dicho resultado fuera el objeto del contrato. Esto es: podrían coincidir el interés subjetivo pleno del acreedor con el resultado material, o no. Al respecto YÁGUEZ, “El “resultado” en la obligación del médico, ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?”, *Estudios del Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2006, p. 435. Sin embargo, y partiendo del art. 1544 del Código civil, «en los contratos de servicios o de obra cuyo objeto ha delimitado la doctrina y la jurisprudencia sobre una pretendida distinción en el Derecho romano entre *locatio operarum* y *locatio operis*, mezclada con la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, La Ley, 2009, pp. 90 y ss. No ha sido el único criterio, pues se han dado distintas acepciones que, sin ser ninguna legal ni tampoco absolutamente técnica, resultan pocas veces claras y rara vez unívocas, que desbordan el acercamiento presente.

<sup>811</sup> La imputación de los riesgos puede «regularse de otra manera si las partes lo quieren, sin que se altere por ello la esencia de los contratos» ENNECERUS, *op. cit.*, II-2, 1º, p. 434.

<sup>812</sup> Subordinación que, en su origen, llega a confundirse con la dependencia de la que parte el ahora autónomo contrato de trabajo. Puede verse un tratamiento temprano del

de la actividad de prestación de servicios frente a la independencia activa del acreedor de la prestación de obra. Por el contrario, sí se puede afirmar que existe una subordinación, en ambos casos, del objeto del contrato respecto del interés del comitente. No se trata, por tanto, subordinación técnica<sup>813</sup> de la acción del prestador del servicio, ni tampoco posibilidad de variación del objeto pactado, sino del efecto indirecto del interés del comitente como elemento informador del servicio. Consecuencia de ello sería tanto el posible desistimiento unilateral del comitente<sup>814</sup>, como la posibilidad de este de limitar o interrumpir el servicio<sup>815</sup>. Sin perjuicio, esto último, de la conservación total o parcial de su propia prestación –el pago-, no subordinada a otra cosa que al cumplimiento, como efecto de la sinalagmaticidad.

En tercer lugar, se ha tratado el grado de determinación del objeto, en el entendido de que para el servicio se pacta simplemente una prestación genérica, que se determinará, dentro de ciertos límites; mientras que en la obra se promete un resultado específico y concreto (al margen de la imputación del riesgo de la no consecución)<sup>816</sup>.

Sin embargo, ni siempre la determinabilidad del objeto operará conforme a esa descripción, ni lo será así para cada una de las categorías. Nada impide, de hecho, la variación de una obra<sup>817</sup>, aunque implique otros efectos; ni tampoco la concreción de un servicio totalmente determinado encaminado a un interés específico.

En cuarto lugar, si bien la discusión y diferencia pudiera tener cierto sentido

---

concepto, prelaboral en muchos sentidos, en BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, pp. 600 y ss.

<sup>813</sup> «La subordinación (técnica) del arrendador no constituye una característica natural ni del arrendamiento de servicios ni del de obra. Precisamente (...) la regla general en la contratación de servicios es la arbitrariedad del prestador (o independencia prestacional)». VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>814</sup> *Vid.* epígrafes 4.5 y 4.6.

<sup>815</sup> Baste referirse al artículo 1594 del Código civil: «El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella».

<sup>816</sup> *Vid.* ENNECERUS, *op. cit.*, II-2º, 1º, p. 436.

<sup>817</sup> Tanto es así que existe previsión expresa en el art. 1593 del Código civil respecto a la retribución por los cambios en la obra, respecto del objeto pactado en el contrato.



en el Ordenamiento jurídico español, tanto por los defectos de su regulación como por las tendencias autónomas y consolidadas de la jurisprudencia, vuelve a ser especialmente interesante observar otro Ordenamiento como el italiano. En el mismo, aunque efectivamente se regule de forma decidida y contemporánea el contrato de servicios<sup>818</sup>, y se haga como una categoría general<sup>819</sup>, de definición<sup>820</sup> y tendencia<sup>821</sup> omnicomprendiva; sigue diferenciándose en el Código<sup>822</sup> y parte de la doctrina<sup>823</sup> del contrato de obra. Con todo, podría aducirse que no se distingue por

---

<sup>818</sup> Asimilando a tal categoría al Appalto. Art. 1655 Nozione L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro. Nótese que, al tratar la categoría general como de "contrato de servicios", el puro arrendamiento de servicios simple podría convertirse en un subtipo de la anterior (a pesar de que coincidan en su mayor parte). Al respecto «può dirse che l'appalto di servizi costituisce un sottotipo, o una sottospecie generale, dell'appalto di opere(...)» MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Cedam, Padova, 1996, p. 145, que luego llega a concretar, respecto a los "arrendamientos de servicios" también las prestaciones profesionales (entre otras como la gestión informática en la gestión de datos contables; contrato de edición; de catering, etc.).

<sup>819</sup> «Sebbene l'appalto sia un tipo contrattuale a struttura unitaria, tuttavia l'oggetto della sua prestazione caratteristica non è típicamente determinato, e pu`comprenderé qualsiasi possibile opera o servizio (...) In questo senso, dunque, l'appalto è un contratto-madre, fornito di una forza di proliferazione". RUBINO, *L'Appalto*, Trattato de diritto civile italiano, Torino, 1980, p. 13.

<sup>820</sup> «(...) lo schema causale del contratto d'appalto e la sua struttura siano molto ampie e comprensive di tipologie diverse (...) per cui sarà possibile far rientrare in tale figura tutti quei contratti che, pur presentando aspetti differenziali, corrisponderanno alla descrizione della suddetta fattispecie, e solo quelli», MARINELLI, *op. cit.*, p. 51. Si bien se refiere, principalmente, a contratos atípicos, nada impide, con los mismos argumentos, la compleción de los atípicos, no ya ex art. 12 in fine del Codice civile sino de forma directa (ver nota siguiente). También «(...) in línea generale, l'oggetto dell'appalto presenta un'approssimazione minima, potendo abbracciare qualsiasi genere di opera o di servizio e con qualsiasi genere di lavoro compiuti (...)» RUBINO, *L'appalto, op. cit.*, p. 91.

<sup>821</sup> Tendencia también doctrinal y hasta positiva, aunque mayormente indirecta. «La capacità dello schema dell'appalto a ricomprendere l'intera operazione económica può desumersi (...) dalla ormai precisa previsione legislativa della direttiva 89/440/CEE che fa confluire nell'appalto equinde nela sua disciplina e la progettazione e la concessione di opere e servizi» MARINELLI, *op. cit.*, p. 204, concluyendo el autor que «Si verifica in tal modo una undubbia espansione dell'oggetto del contratto di appalto (...) non soltanto a tutti i grandi appalti di opere (...)ma anche, almeno in via generale, alle figure descritte nei capitoli precedenti. Di qui la rilevante conseguenza di rendere applicabili a detti contratti le norme dettate dal legislatore sull'appalto, non già in via analógica, bensì in via diretta», p. 205.

<sup>822</sup> Arts. 2222 a 2228 del Codice civile.

<sup>823</sup> Así MOROZZO DELLA ROCCA «Né il contratto d'opera, né il contratto d'appalto possono essere esattamente individuati attraverso il tipo di opera o di servizio che vi sono in concreto dedotti (...) il problema della loro differenziazione non presenta tuttavia difficoltà particolari (...)» y sigue, sobre Cass. 8-10-1969 3217 «l'appalto presuppone nell'appaltatore una

causas sistemáticas<sup>824</sup>, naturales a las figuras contractuales, ni tampoco con una clara nitidez<sup>825</sup>.

Así pues, aunque la construcción del contrato de servicios sea más adecuada, aún queda una separación, que fuerza a una caracterización en gran medida dependiente no sólo de la tendencia jurídico-social del momento, sino también de los conceptos económicos y empresariales de la obligación de resultado. A todo ello aprovecha la crítica del mismo, así como, en su caso, la coherencia de una categoría unificada, sin perjuicio de las especialidades adecuadas en cada caso.

En suma, y sin ánimo de agotar los posibles criterios, entre los que restan la, la forma de fijar la retribución<sup>826</sup>, el tracto del contrato<sup>827</sup>, la materialidad del

---

organizzazione ad impresa, in modo che egli possa valersi del lavoro subordinato di altre persone, mentre nel contratto d'opera il contraente, la cui figura típica è quella dell'artigiano, impiega il lavoro proprio e di membri della famiglia», *L'Appalto nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1971, p. 7. En contra de este último criterio, MANGINI, «non ha infatti senso assumere come criterio distintivo fra i due negozi in esame la presenza o meno di un'impresa organizzata, chè invero anche il lavoratore autónomo, in quanto appunto imprenditore, 'è titolare di impresa (anch'essa, eventualmente, "organizzata")» *L'Appalto, op. cit.*, p. 22. Sobre el argumento de BIGIAMI, «il lavoratore autónomo (cioè colui che assume professionalmente contratti d'opera) è sempre un imprenditore (piccolo) quando la natura della sua attività non gli preclude l'acquisto di tale qualità», *La piccola impresa*, A. Giuffrè, Milano, 1947, p. 96.

<sup>824</sup> «L'anzidetto criterio di distinzione fra appalto e contratto d'opera non poggia sull'essenza e sulla natura delle due figure, ma è una mera creazione del diritto positivo (...)», RUBINO, *L'appalto, op. cit.*, p. 10.

<sup>825</sup> Los artículos 2222 a 2228 del Codice civile italiano, que tienen como objeto, no sólo las obras en un sentido material, sino «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo (1351) un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo Capo (...)»; no resultan claramente diferenciables de la definición contenida en el artículo 1655, que se refiere, como se dijo, a las obras o servicios «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio». Además, en sede de obra, se guarda una reserva normativa al appalto en el art. 2228: «salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel Libro IV (1655 e seguenti)». Al respecto de la diferencia entre los mismos establecida por la doctrina jurisprudencial, «Non ci sembra che la giurisprudenza abbia sempre fatto una puntuale e precisa applicazione dei principi sin qui esposti», sobre los criterios tradicionales de distinción, MANGINI, *L'appalto* p. 22.

<sup>826</sup> Que parte del artículo 1779 del Código civil francés, referido a los contratistas de obras a presupuesto o ajuste respecto del arrendamiento de obra e industria (recogido también en el nomen de la Sección Segunda del capítulo III del Título VI del libro IV del Código civil español); y pretende una distinción entre remuneración por tiempo para los servicios, y por

resultado<sup>828</sup> u otras; se llega a la categoría de contratos de servicios como general<sup>829</sup>

---

resultado en las obras. También rechaza el criterio, TRIGO, *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, a forma de calcular la contraprestación no constituye la nota esencial del tipo contractual, ya que puede pactarse un contrato de obra cuya retribución se fije en función del tiempo empleado en ella y a la inversa (...) aunque ello no sea lo más habitual» pp. 180-181. Tampoco VAQUERO PINTO, *op. cit.*, «en la actualidad el criterio estudiado [forma de fijar la retribución] no goza de demasiada aceptación», p. 83.. SÁNCHEZ ROMÁN explica que la distinción tenía sentido y operaba respecto de los servicios de los trabajadores asalariados, hoy laborales, Artículo 1588, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990, p. 692-693. e ahí que haya perdido el valor como criterio para el resto de servicios y, de hecho, fuera más bien un criterio relacionado con el riesgo.

<sup>827</sup> Pretendidamente sucesivo para los servicios y único para la obra. Argumento defendido por SARGADOY BENGOCHEA, “Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra”, *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1964, pp 43-46. No compartido por SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, t. II, art. 1588, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1181; así como para la mayoría de la doctrina actual, al menos en su acepción más absoluta (cuestión distinta puede ser la discusión sobre la habitualidad práctica de determinados contratos de obra, o de servicios).

<sup>828</sup> «Si se atiende a la regulación del arrendamiento de obra, se constata, enseguida, que la misma aparece concebida para disciplinar un supuesto muy concreto cual es el de la creación o transformación de una cosa corporal, mueble o inmueble», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, pp. 158-159. A este respecto, tampoco interesa profundizar en la distinción pues, aun de ser operativa, quedaría el contrato de obra también fuera del ámbito de la mediación, que nunca crea o transforma una “cosa”. Por otra parte, si bien el concepto de bien es diferente, y más amplio, que el de cosa, la materialidad del mismo, su posibilidad de apropiación, ha sido también tenido en cuenta a la hora de definir negativamente el “servicio”. En Italia, siguiendo el art. 810 del Codice civile, CAPPONI, “Responsabilità oggettiva dei prestatore di servizi”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1989, p. 568. En todo caso, esta última diferenciación serviría tanto para los servicios como para las obras –cuestión lógica por cuanto tienen una consideración casi conjunta, pese a las especialidades, en el Ordenamiento italiano-, resultando el arrendamiento de unos u otros, en todo caso, un derecho de crédito.

<sup>829</sup> «El ámbito en el que puede desempeñar el arrendamiento de servicios su función modélica aparece constituido por todos los contratos de servicios (...) tales contratos se identifican, exclusivamente, por la idea de “servicio como prestación”», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 32. De forma mucho más restrictiva TRIGO: «La proximidad respecto de los otros contratos de prestación de servicios explica las dificultades de distinción y la existencia de un buen número de casos dudosos (...) a su vez, la tendencia a la especialización y el propio desarrollo comercial dan lugar al surgimiento de figuras contractuales nuevas que van desgajándose del contrato de servicios a medida que adquieren una entidad propia», *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, p. No parece plantearlo tanto una categoría general con especialidades, como un grupo homogéneo de contratos, teniendo en cuenta además que los restringe la autora a las obligaciones de medios. Con todo, antecede a lo citado «el contrato de servicios no puede calificarse de residual (...) al contrario, cuenta con entidad propia en parámetros jurídicos y económicos, sin que la diversidad de supuestos comprendidos en su ámbito contractual difumine la figura», p. 146; y si tiene entidad suficiente lo menos, habrá de tenerlo también lo más (la categoría comprensiva de medios y los supuestos resultados).

y apta<sup>830</sup> para la incardinación de la mediación<sup>831</sup>. Ello sin perjuicio de la existencia de categorías generales más amplias, como es la propia de los contratos; o la particular aplicación analógica de otras normas contractuales, dependiendo de la concreta mediación que se trate<sup>832</sup>.

En suma, la mediación supone un comportamiento consciente positivo consistente en *hacer*, desempeñar una actividad debida al comitente, cuya ejecución implica un interés objetivo para éste último, quien mantiene una relación de confianza con el prestador del servicio, que, en conjunción con las circunstancias del objeto, conforma una previsibilidad razonable de alcanzar un resultado apto para satisfacer, al tiempo, el interés subjetivo del comitente<sup>833</sup>. Por tanto, su objeto es un servicio y la categoría contractual general de referencia la del contrato de servicios.

---

<sup>830</sup> Contraria a la aptitud de los contratos de servicios como categoría de referencia de los contratos de prestación de servicios, propone, en cambio, el paradigma del contrato de mandato CERVILLA «Así, desde el arrendamiento de servicios, volvemos nuestra mirada al contrato de mandato (...) Por ello, la hipótesis de trabajo no es otra que intentar justificar o argumentar cómo las normas que nuestro Código civil dedica al contrato de mandato son las que nos ayudan a resolver las cuestiones que las relaciones de servicios que nos ocupan plantean, y que mal se resuelven aplicando unos pocos preceptos que originariamente fueron pensados para unas relaciones distintas totalmente (...)». CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 92. Con todo, la ineptitud referida no se entiende tanto como categoría dogmática como en cuanto al pobre desarrollo normativo español de la misma.

<sup>831</sup> «En el significado propio, jurídico o técnico, en una noción amplia, contemplamos los servicios como obligación de hacer en los contratos de prestación de servicios en cuenta categoría, en la que se incluyen: los contratos de servicios y obra, el mandato, la sociedad, el depósito y la mediación (...)», VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios...op. cit.*, p. 39.

<sup>832</sup> Así, por ejemplo, «hay prestaciones de servicios que en su tipicidad social son fuentes de representación, y ello no autorizaría tampoco a calificarlas como mandato; pero como esa actividad representativa conduce ineludiblemente a la aplicación de las normas del mandato, habría que decir que su esencia consisten en la tipicidad de la prestación, y no en el hecho de que como consecuencia de la ejecución de la misma se despliegue una actividad representativa». LÓPEZ LÓPEZ, «La Proyectoada nueva regulación...», *op. cit.*, p. 37.

<sup>833</sup> Bien de forma directa, como ocurre en el caso de perfección del negocio mediado; bien de forma indirecta, incompleta por lo demás, en los casos en los que la imposibilidad de llegar a tal perfección, dentro de la diligencia adecuada y circunstancias previstas, informen al comitente de la dificultad –o imposibilidad razonable– de su interés primero; pudiendo actuar en consecuencia.

## 9.2. Efectos.

Circunscrito el contrato de mediación en el ámbito de los contratos de servicios, más allá del mero ejercicio teórico, cabría esperar consecuencias jurídicas. Fundamentalmente, la extensión, en defecto de regulación específica, de las normas generales que pudieran ser aplicables. Como además, la mediación es un contrato infraregulado hasta la atipicidad, parecía este efecto más útil aún.

Sin embargo, puede no resultar tan sencillo<sup>834</sup>. En España, como se ha advertido, el problema de la categoría general como supletoria de la específica viene dado porque su regulación es apenas mayor a la atipicidad; anacrónica por lo demás; y claramente insuficiente<sup>835</sup>.

Si bien en Italia es más sencillo, toda vez que la mediación es contrato típico y por ello se hace menos necesario acudir a normas generales de compleción, nada impide acudir analógicamente a las normas aplicables de dicha categoría, como bien puede ocurrir en los supuestos no previstos de subcontrato<sup>836</sup> o desistimiento del comitente<sup>837</sup>. Tampoco la categoría general de servicios es absolutamente completa, puesto que su desarrollo histórico adolece de las mismas circunstancias, tanto originarias como devenidas, sobre todo lo referido al ámbito ahora laboral. Quizá por ello también se establece sus propios medios de integración<sup>838</sup>, acumulables a los generales.

---

<sup>834</sup> “[el arrendamiento de servicios] puede traducirse en dos importantes consecuencias prácticas. En primer término, está llamado a cumplir una función residual en la labor calificadora (...) En segundo lugar, el arrendamiento de servicios se identifica con el régimen jurídico común de la contratación onerosa de la actividad (...) Hoy el arrendamiento de servicios no puede cumplir adecuadamente ninguna de las funciones apuntadas, y ello es debido tanto a la insuficiencia normativa del arrendamiento de servicios, como a la deficiente configuración legal de los otros contratos básicos de servicios: el arrendamiento de obra y el contrato de mandato” VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>835</sup> «La configuración del contrato de servicios como un contrato tipo se enfrenta con la parquedad legal de su regulación como contrato nominado en el Código Civil», VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios, op. cit.*, p. 61.

<sup>836</sup> Art. 1656 Subappalto.

<sup>837</sup> Art. 1671 Recesso unilaterale dal contratto.

<sup>838</sup> Así remite el contrato de appalto a las normas que fuesen aplicables, del contrato de suministro, para los contratos de servicios de tracto sucesivo o continuado, Art. 1677 Prestazione continuativa o periodica di servizi. Entre otras remisiones internas del Codice.

En todo caso, y principalmente en el supuesto español, es distinta la existencia de la categoría del contenido de la misma, al menos desde un punto de vista dogmático, no exento de proyección práctica. Esto es: aunque la categoría de referencia tenga una utilidad limitada, el reconocimiento de la misma sirve, en primer lugar, como llamada a efectos de dotarla de contenido<sup>839</sup>. Un contenido que podrá encontrar además en los principios inferidos de su regulación, por parca que sea.

Así, puede ser más adecuado, una vez aceptada la naturaleza de la mediación y clasificada ésta como un tipo de contrato de servicios, antes de tratar el derecho especial aplicable, establecer las bases generales. Ello tanto de un punto de vista dogmático como también, fundamentalmente, desde una perspectiva legislativa.

Actuar de forma distinta, bien buscando otras categorías que dogmáticamente se entendieran menos adecuadas pero que aporten un contenido más amplio; bien pretiriendo toda categorías en aras de una especialidad compartimentada y discorde con el resto del sistema contractual, podría dar resultados más inmediatos y satisfactorios a corto plazo (de ahí las tendencias de la doctrina jurisprudencial al respecto) pero no más adecuados. Esta adecuación ha de primar si se tiene en cuenta que el uso y aplicación de la mediación parece una realidad económica, jurídica y social firmemente establecida.

De todas formas, que no exista una regulación suficiente, no implica que no se desprenda consecuencia alguna de la inclusión en la categoría. Al contrario, existen efectos propios de todos los contratos de servicios que se darán también en la mediación.

Aunque puedan tratarse estos efectos como requisitos a efectos de considerarse contrato de servicios, dentro del círculo lógico de causa y efectos que suele darse en las categorías jurídicas, parece más razonable atribuirlos,

---

<sup>839</sup> Como ya se intentó, en cierto modo, con el Proyecto 121/43 de 12 de abril de 1994.

principalmente, a la consecuencia de ser contratos de servicios, toda vez que estos se definen por el objeto y causa del contrato, que es anterior a unos efectos que son reflejos de lo primero<sup>840</sup>. Las partes siempre tendrán una representación del objeto y la causa, tanto objetiva como subjetiva, pero no siempre conocerán –ni resulta necesario que lo hagan- todas las concretas consecuencias jurídicas de su negocio.

Así pues, se puede afirmar que los efectos jurídicos comunes a los contratos de servicios, que afectan como régimen general también a la mediación, además de la acción humana que constituye el elemento nuclear del servicio, son: la **prohibición de vinculaciones perpetuas**<sup>841</sup>; la existencia de una **concreta confianza entre las partes**<sup>842</sup>; un régimen especial de vinculaciones indefinidas regido por el **desistimiento posible**, aunque responsable<sup>843</sup>; la **diligencia como criterio informador** del contenido dinámico de la actividad debida<sup>844</sup>; cierta

---

<sup>840</sup> De esta forma sí sería elemento cualificadorio y no un efecto de la categoría, la propia obligación de hacer. «los contratos de servicios se identifican en el plano de los compromisos asumidos con la obligación de hacer», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>841</sup> «La temporalidad el arrendamiento de servicios es una nota característica de esta figura contractual, consagrada a nivel legal en el artículo 1583 de nuestro Código civil» CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 89. Es muy posible que dicha temporalidad encuentre mejor asiento en la propia confianza que inspira el intuitus personae del contrato, así como en los principios generales que informan a ambas, pues la redacción del artículo invocado hubo de ser, históricamente, mucho más limitada. Así lo entiende MANRESA «el precepto se refiere tan sólo al servicio de criados y trabajadores asalariados; pero no al arrendamiento de servicios de las profesiones liberales», *Comentarios al Código civil*, T. X, Reus, Madrid, 1931, p. 678. Su extensión bien puede aceptarse, pero no tanto a través de una interpretación extensiva de la literalidad, como una interpretación integradora del sistema.

<sup>842</sup> Si bien todos los contratos implican consentimiento y este, en principio, confianza; para los contratos de servicios la confianza viene dada no sólo por la representación de que la otra parte pretenda cumplir, sino de que tiene los elementos objetivos necesarios para poder hacerlo. Podrían darse contratos de servicios en los que la prestación estuviera tan estandarizada y fuese tan asequible que se tratara de obligaciones de hacer fungibles, si bien no parece el caso de la mediación. DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil II*, Tecnos, Madrid, 2000, afirman la generalidad de la relación de confianza en las prestaciones de hacer, aunque quepan excepciones. p. 450. Asimismo CAPILLA RONCERO, en *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 672.

<sup>843</sup> *Vid.* epígrafe 4.5.

<sup>844</sup> «El criterio de diligencia parece correcto, pues permite una apreciación super casum, que es posiblemente la más adecuada» p. 39, después de haber establecido, a cerca de la distinción entre obligaciones de medios y resultado para los servicios –que tiene no poca trascendencia en cuanto a esta característica- que «Puestos a no negar la virtualidad de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones d resultado, lo que si resulta evidente es

**discrecionalidad técnica del prestador**<sup>845</sup>, dentro de los márgenes de la diligencia, para el ejercicio de la actividad; capacidad de **disposición del objeto por parte del acreedor**, si bien de forma limitada o responsable<sup>846</sup>; e **inejecutabilidad forzosa de la prestación personal de servicio incumplida**<sup>847</sup>.

---

que ella no es necesaria para definir determinados tipos de prestaciones, entre ellas las profesiones prestadas en régimen de no dependencia, que son el núcleo del arrendamientos e servicios actual; ni especialmente útil, por razones como que las prestaciones de medios incluyen instrumentalmente prestaciones de resultado (aparte del hecho evidente de que la obtención del resultado implica una cierta diligencia); y como que la tipicidad social de las prestaciones de servicios incluye en los contratos prestaciones de medios y prestaciones de resultado, dirigidas a la realización de un único fin del contrato, con lo cual nos encontraríamos, de seguir en el esquema proyectado, con una disgregación de la normativa a aplicar en el mismo contrato, sin que se sepa muy bien cuál sería la justificación.», LÓPEZ LÓPEZ, “La Proyectada nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>845</sup> «(...) dentro del espectro de opciones de actuación que describe el modelo de conducta vinculante, la elección corresponde, como regla, al arbitrio del prestador, aunque deba éste conciliarse siempre con un cierto margen de discrecionalidad del otro contratante (instrucciones) (...) la regla puede apoyarse en la profesionalidad del prestador. En este sentido se han definido últimamente las profesiones como “espacios de discrecionalidad técnica enmarcados en responsabilidad», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, pp. 517, 518, citando, in fine a LÓPEZ JACOISTE, “La profesión, condición civil de la persona”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 52, Nº3, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, Madrid, 1999, pp. 930-931.

<sup>846</sup> Característica heredera de la relación de dependencia, mayormente emancipada del contrato de servicios con el contrato de trabajo. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), art. 1544, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990, opina que el criterio de la dependencia, respecto al arrendamiento de servicios, «no tienen un valor decisivo y si muy relativos». Ello concretado, primeramente, en la facultad de transmitir instrucciones al comitente, aun de forma posterior a la perfección del contrato, Vid. GARCÍA-PITA LASTRES, “El contrato mercantil de servicios”, Nº1, A Coruña, p. 333. El cierto *ius variandi*, para, SALVADOR CODERCH, «se justifica por las mismas razones que la facultad legal de desistimiento de la obra (...) el comitente es, literalmente, el dueño de la obra y si puede desistir de ella, aun comenzada, podrá también exigir la introducción, al menos en cierta medida, de cambios en su realización» Artículo 1593, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Edersa), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990; y, finalmente, en la renuncia (a la prestación, que también podría considerarse desistimiento del contrato, si bien la responsabilidad remanente, que englobaría la totalidad de la contraprestación de estar el servicio perfeccionado, lo acercan quizá más a esta última figura) – en la que se concreta este poder de disposición- que si bien es, en términos generales, una facultad ínsita en todo derecho subjetivo (con los límites de daño a tercero o interés público); en este tipo de contratos adquieren una relevancia especial, característica, que, formando parte de su causa, permite diferenciarlos de renunciaciones simulativas (renunciar al precio en una compraventa, disimulando una donación, por ejemplo); además de tener efectos singulares (fundamentalmente la sustitución, en su caso, de la totalidad de la contraprestación por una indemnización de los costes, incluido el beneficio industrial proporcional a la inversión del mediador).

<sup>847</sup> «*Nemo ad factum praecise cogi potest*, es decir, se prescinde del uso de la violencia para imponer el cumplimiento de deberes aun cuando éstos fueron libremente asumidos, de manera



Además de las anteriores, emancipado del deber genérico de la buena fe, podría señalarse hoy también como efecto del contrato de servicios la obligación accesoria para el prestador de servicios de **informar respecto a la prestación al comitente**<sup>848</sup>. Información que, entre su contenido, habrá de tratar de la aptitud y posibilidad de la misma de satisfacer el interés subjetivo hacia el que se encamina la acción. Ello emanado, además de dicha buena fe, no sólo de la propia relación de confianza, o como contrapeso de la discrecionalidad técnica, sino, también, de la necesidad de fijar el objeto del contrato<sup>849</sup>.

Sólo en atención al conocimiento compartido de la aptitud y posibilidad del servicio para alcanzar el resultado querido puede alcanzarse un verdadero consentimiento sobre el mismo objeto y, a su vez, fijar el modelo de diligencia que informe la prestación<sup>850</sup>. La obligación genérica será del prestador<sup>851</sup>, toda vez que

---

que, el interés del acreedor en el cumplimiento, que no encuentra la colaboración del deudor, se ve necesariamente sustituido por el interés a la indemnidad, imponiéndose al deudor la obligación de reparar el daño causado por la infracción de su deber», VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 340.

<sup>848</sup> «Es unánimemente admitido que la obligación de informar surge del principio de Buena fe que informa toda relación contractual en su función integrativa de la relación jurídica, tal y como dispone el artículo 1258 del CC», CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 249. También GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, 1ª edición, Madrid, 1994, pp. 12 a 18.

<sup>849</sup> En el Codice civile italiano queda positivada tal obligación, en los términos expuestos, respecto al contrato de agencia, próximo –aunque distinto– a la mediación, por los mismos motivos e intereses en el art. 1746« L'agente deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute (1711) e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari.». Asimismo, en España se prevé, para los consumidores, en el artículo 60.1 del TRLGDCU, que «Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo». De la misma forma aparece recogido en el art. 57 del Codice del consumo: «In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni: (...) b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; (...)»

<sup>850</sup> Así entiende CERVILLA GARZÓN que «a la hora de apreciar la diligencia exigible al profesional, ésta se concretará según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de tiempo y lugar (...) a mayor diligencia exigible porque así lo demande el criterio de la *lex artis ad hoc*, mayor será la asunción de riesgos por partes del profesional» antecediendo que «la *lex artis ad hoc* (...) también es el parámetro para determinar el grado de previsibilidad exigible para apreciar la concurrencia de caso fortuito o fuera mayor, que eximan al profesional de responsabilidad», todo en *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001,

es su capacidad y ciencia el elemento subjetivo de dicha aptitud, sin perjuicio de que el deber de colaboración del comitente se extienda a la información necesaria sobre el objeto del contrato.

Consecuencia de lo anterior deviene una situación en la que, generalmente, sólo serán posibles dos escenarios: o bien la probabilidad de conseguir satisfacer el interés subjetivo del comitente con determinado modelo de diligencia es conocido y aceptado por las partes; o bien se ha producido un incumplimiento por parte del prestatario. Todo ello con las implicaciones obvias que surgen de lo mismo en relación con las obligaciones de medio o resultado, y la imputación general de riesgos en el contrato de servicios.

Así, concurrirían en la mediación todas las características y efectos aludidos. De hecho, ya se han tratado, aun de forma indirecta, la mayoría de los mismos. El hecho de que se dedujesen de la propia naturaleza básica de la mediación, antes de situarlo en la categoría propuesta, refuerza la idoneidad de la pertentencia. Con todo, el desarrollo de aquéllos y otros efectos correspondería al estudio de la dinámica prestacional del contrato de mediación, desbordando el estricto estudio sobre su naturaleza, que plantea las bases pero no puede desarrollar todas sus consecuencias.

---

p. 258. Opina, más adelante, que «se puede afirmar que a mayor diligencia debida, mayor asunción d riesgos y un contenido más amplio, en cuanto a sus límites, de la obligación de informar», p. 259. Esta última afirmación puede ser discutible, por cuanto al comitente, precisamente, le interesará conocer fundamente su riesgo; y si bien el “riesgo” es común, la situación en la que la diligencia exigible sea menor y, por ende, el riesgo esté en su contra, supondrá la información más relevante a efectos de valorar la relación entre el servicio y su interés subjetivo. Sólo así puede comprender el servicio y, por ende, asignarle una contraprestación en forma de determinado precio, correspondiente no sólo al valor del interés, sino a la posibilidad de conseguirlo.

<sup>851</sup> «(...) es característica común a todas las modalidades mencionadas que la información (su extensión y restricción, forma, contenido, nivel de comprensión, información vicarial... etc) debe adaptarse a cada situación concreta, sobre todo a la naturaleza de la prestación profesional, y a las condiciones personales del cliente», ROMEO CASABONA, “Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas” *La Ley*, Madrid, 1993-3, p. 993.

### 9.3. Derecho europeo para el contrato de servicios.

Al no existir, en Derecho español, una categoría actual y útil de contrato de servicios en el Ordenamiento positivo, puede ser especialmente útil estudiar la creación de la misma categoría en el DCFR. Dicho estudio parte de la circunstancia actual de los servicios, totalmente separado de la antigua vinculación laboral.

Además, teniendo en cuenta la relevancia normativa indirecta de la Unión, al margen de la virtualidad no normativa del texto; su posible influencia cara a la legislación comunitaria<sup>852</sup>, aunque sea sectorial; así como los efectos reflejos en la doctrina científica y jurisprudencial de los Estados<sup>853</sup>; no es meramente un ejercicio teórico.

Así, el DCFR, lejos de intentar diferenciar las prestaciones de obra o servicio, dedica el apartado C del libro IV, a todos los contratos de hacer, bajo la denominación “contratos de servicios”<sup>854</sup>. Principia, a su vez, con una parte especial que continúa tratando las especialidades de seis tipos de contratos de servicio (construcción, mantenimiento y reparación, depósito y custodia, elaboración y diseño, información y asesoramiento, y tratamientos médicos). Asimismo excluye de la regulación el contrato de transporte, seguro, garantía, financieros y el contrato

---

<sup>852</sup> No en vano el Derecho europeo de los contratos de servicios ya ha impuesto, en forma de conceptos y definiciones, determinados contenidos, aun en ámbitos reducidos. Así, desde la Directiva 89/665/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras; hasta normas mucho más recientes y directas, como la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información; la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior; o otras tantas.

<sup>853</sup> Al respecto PERALES VISCASILLAS, “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3, Madrid, 2007, pp. 1-18.

<sup>854</sup> IV. C. – 1:101: Scope (1) This Part of Book IV applies: (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and (b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price. (2) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

laboral<sup>855</sup>.

Se trata de un concepto único de servicio<sup>856</sup>, que integra los elementos discutidos para las diferenciaciones clásicas tratadas, bajo un criterio general de diligencia<sup>857</sup>. Además, funciona expresamente como categoría general respecto de otros contratos no regulados en el mismo apartado. Así por ejemplo, del mandato o la franquicia, entre otros<sup>858</sup>. Se fija de este modo la categoría del contrato de servicios como preferente a la del mandato para la regulación de su objeto (cuestión en ocasiones discutida<sup>859</sup>); del mismo modo que se establece también la relación de generalidad-especialidad entre el mandato y el contrato de servicios en general.

---

<sup>855</sup> IV. C. – 1:102: Exclusions This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service.

<sup>856</sup> «The work will require in any event the supply of a labour and may also involve the input of materials and components. The outcome of a service can be, but need not be, a tangible immovable structure, a corporeal movable or an incorporeal thing (...) for instance, [services] provided by architects, banks, building and civil engineering contractors, carpenters, consultants, doctors (...) lawyers, plumbers, researchers, soters, trainers and may others» AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition*, op. cit., pp. 1597-1598.

<sup>857</sup> Al respecto de la misma categoría del DCFR, VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto...op. cit.* «La categoría contractual genérica se nomina “contratos de servicios”, en los que tienen cabida todas las prestaciones profesionales, tanto aquellas en las que el profesional concreto resultado, como aquellas otras en las que se cumple prestando un servicio útil al cliente con la diligencia o “estándar de cuidado” exigible». p. 466.

<sup>858</sup> IV. C. – 1:103: Priority rules In the case of any conflict: (a) the rules in Part IV. D. (Mandate) and Part IV. E. (Commercial agency, franchise and distributorship) prevail over the rules in this Part; and (b) the rules in Chapters 3 to 8 of this Part prevail over the rules in Chapter 2 of this Part. Se reconoce además que «A significant feature of the present Part, compared to many national laws, is its generality (...)» AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition*, op. cit., p. 1598.

<sup>859</sup> Ya se comentó la preferencia de CERVILLA GARZÓN por la regulación del mandato como marco normativo para la regulación de las prestaciones de servicios profesionales. Afirma, también, cuando se le atribuyen a determinados arrendamientos de servicios (singularmente los del abogado) la posibilidad de desistimiento unilateral ad nutum, basado en la confianza, carácter de «tímidos intentos de calificar las relaciones, en este caso del abogado con su cliente, como unas relaciones que se parecen al mandato», *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 92. Sin embargo, sería posible interpretar dicho fenómeno no como que dichas prestaciones de servicios se parecen al mandato, sino que comparten categoría general. De hecho, entre los efectos propuestos para los contratos de servicios en general, estaría tanto la confianza como el desistimiento al que se ha hecho referencia.

Naturalmente oneroso<sup>860</sup>, en el contrato de servicios del DCFR efectivamente recaen los efectos propuestos como generales para la categoría:

En cuanto a la **prohibición de vinculaciones perpetuas** y la posibilidad de **desistimiento** de las relaciones de duración indefinida, de forma general establece el texto la capacidad de las partes de terminar, con el preaviso debido, toda relación perpetua, para todo tipo de contratos<sup>861</sup>. No obstante la generalidad del precepto, habida cuenta la ejecución instantánea de las obligaciones de dar, se está refiriendo a las prestaciones de hacer.

Respecto a la **discrecionalidad técnica del prestador**, informa distintos preceptos, desde aquéllos que permiten la subcontratación o la obligación por defecto de aportar materiales y herramientas que fueran necesarios<sup>862</sup>; hasta la capacidad de variación del servicio para adaptarlo a nuevas circunstancias en aras de alcanzar el interés propuesto<sup>863</sup>. Sin embargo, puede llegar a estar muy matizada, por el deber del prestador del servicio debe seguir las instrucciones del comitente<sup>864</sup>. Ello aunque fueran contrarias o incompatibles con el fin hacia el que se tienda<sup>865</sup>, si bien resultaría el prestador irresponsable por las consecuencias de dichas instrucciones, si resultan ser perniciosas, siempre que el prestador hubiera informado de ello con anterioridad<sup>866</sup>.

---

<sup>860</sup> IV. C. – 2:101: Price Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise.

<sup>861</sup> III. – 1:109: Variation or termination by notice (...) (2) Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances.

<sup>862</sup> IV. C. – 2:104: Subcontractors, tools and materials.

<sup>863</sup> IV. C. – 2:109: Unilateral variation of the service contract. Si bien dicha facultad es compartida por ambas partes, la discrecionalidad del comitente podrá ser subjetiva –tanto como su interés–; mientras que la del prestador de servicio deberá ser siempre técnica.

<sup>864</sup> IV. C. – 2:107: Directions of the client.

<sup>865</sup> IV. C. – 2:107 (1) The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions: (a) are part of the contract itself or are specified in any document to which the contract refers; or (b) result from the realisation of choices left to the client by the contract; or (c) result from the realisation of choices initially left open by the parties.

<sup>866</sup> IV. C. – 2:107 (2) If non-performance of one or more of the obligations of the service

Por lo que se refiere a **disponibilidad del objeto del contrato por el comitente**, además de las instrucciones referidas en el párrafo anterior; o la también citada capacidad de variación unilateral del contrato; el comitente puede efectivamente desistir del contrato, si bien con los efectos previstos en sede de restitución<sup>867</sup>, concretados en el pago del beneficio recibido por el servicio ejecutado hasta el momento del desistimiento<sup>868</sup>.

La **confianza entre las partes**, a la que se ha hecho referencia, informa el resto de las disposiciones comentadas, y se concreta en la obligación de cooperación<sup>869</sup>, así como en el límite a la subcontratación<sup>870</sup>. Respecto a esto último, es llamativo observar como se toma el servicio, por norma general, como fungible.

---

provider under IV. C. – 2:105 (Obligation of skill and care) or IV. C. – 2:106 (Obligation to achieve result) is the consequence of following a

direction which the service provider is obliged to follow under paragraph (1), the service provider is not liable under those Articles, provided that the client was duly warned under IV. C. – 2:108.

<sup>867</sup> El art. IV. C. – 2:111 (2) lleva al III. – 1:109 que remite, en su apartado (3) (c) al III. – 3:510: Restitution of benefits received by performance.

<sup>868</sup> Conforme a lo previsto en el art. III. – 3:512 Llamado por el II. – 3:510 (4), se tratará del precio del servicio en proporción a la parte del mismo que, hasta el momento, se hubiera ejecutado. Cuestión esta no exenta de problemas, por cuanto determinados servicios no tienen un punto de referencia como “servicio completado”, ya que las mismas acciones pueden o no conseguir, dependiendo del tiempo y factores externos, satisfacer el interés subjetivo de la parte, o requerir de actuaciones complementarias, dentro del mismo objeto pactado. Por lo demás, en caso de que el desistimiento no fuera justificado, conforme a lo previsto en el art. IV. C. – 2:111, además deberá indemnizarse todo daño causado al prestador.

<sup>869</sup> IV. C. – 2:103: Obligation to co-operate; En un sentido amplio de la confianza, distinto del *intuitus personae*, que si bien impone obligaciones más concretas que la confianza, hace que ésta, fruto de aquellas, sea un elemento presumible para los contratantes, que da sentido a obligaciones más genéricas como (e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this may reasonably be considered necessary to perform their respective obligations under the contract. De hecho, tal es el elemento de confianza que está reiterada y desarrollada lo que, por lo demás, es la norma general de cooperación contractual III.- 1:104 (Co-operation). «This is an argument in favor of stating an intense obligation to co-operate actively and loyally in order to achieve the objectives in view of which the contract was concluded» AAVV Draft Common Frame of Ref...op. cit., p. 1629. Continúa «What is essential to many service contracts is that the client has an interest in determining whether these particular wishes are being fulfilled. The client will not always be able to check this once the service has achieved a particular result. And even if this were possible, it would be a waste of money (...)» p. 1630, dando una idea de que el control responde, también, a esa necesidad –económica- de confianza.

<sup>870</sup> AAVV, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, op. cit.*, IV. C. – 2:104: Subcontractors, tools and materials (1) The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is required by the contract.

Opción razonable para una regulación abstracta del servicio en general, que incluye las prestaciones profesionales a los consumidores y que puede ser concretada para los casos particulares.

En relación con la **inejecutabilidad forzosa de la prestación de servicio incumplida**, lo cierto es que el sistema de cumplimiento forzoso en el DCFR puede parecer lo suficientemente distinto como para merecer un comentario singularizado<sup>871</sup>. Sin embargo, baste con apuntar que también se recoge, como límite al mismo, la circunstancia que ahora se trata<sup>872</sup>, si bien de una forma residual<sup>873</sup>, optando, como en los sistemas continentales, por la posibilidad de exigir cumplimiento específico siempre que sea posible.

En lo referido a la obligación de **informar respecto a la prestación al comitente**, queda ampliamente desarrollado tanto en la obligación genérica de

---

<sup>871</sup> Aunque incluya el cumplimiento específico, intenta conciliar, de algún modo, su carácter excepcional en el Derecho británico, con su generalidad en el continental (que también incluiría en este aspecto a Escocia). De todas formas, respecto ambos sistemas «There is no reason to believe, however, that results in practice are rather similar under both theories. The Article takes a pragmatic approach. A right to enforce specific performance is admitted in general (...) but excluded in several special situations (...) also operates (...) a restriction in casis in wieth the creditor could have avoided losses by making a substitute transaction instead of insisting upon enforcing specific performance». AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Editicion, op. cit.*, Vol I, p. 829.

<sup>872</sup> III. – 3:302: Enforcement of non-monetary obligations (...) (3) Specific performance cannot, however, be enforced where: (...) (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.

<sup>873</sup> No dentro de una previsión específica para el contrato de servicios, los términos en los que tacha de irrazonable las prestaciones por personales, parecen netamente relativas a las obligaciones de hacer infungibles en las que hubiera de forzarse físicamente al deudor como única forma de compelerle a cumplir. Al respecto la explicación es ciertamente restrictiva «To exclude enforcement of specific performance of all obligations to provide work or services of a personal carácter would be far too broad (...)», AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Editicion, op. cit.*, Vol 1. p. 832. Con todo, de la misma explicación puede deducirse la conclusión antes propuesta (además de los límites claros, de la infracción de derechos humanos en la compulsión): «(...) a provision in a contracta that work may not be delegated does not necessarily make the work of a personal character. If the contract does not need the personal attention of the contracting party but could be performed by employees, the term prohibiting delegation may be interpreted as preventing only delegation to another enterprise» p. 832. Por tanto, cuando no pueda interpretarse así, sí sera personal en el sentido del art. III.- 3:302.3.c. También puede observarse del ejemplo propuesto respecto a la sustitubilidad del acto –no la compulsión del mismo- en la obligación de firmar un documento: «An obligation so sing a document can mostly be enforced since the debtor’s act can often be replaced by a court decree», p. 832.

información precontractual<sup>874</sup>; como en las obligaciones de información, también una durante la ejecución de la prestación<sup>875</sup>; además de la información que debe aportar, recíprocamente, el comitente<sup>876</sup>. Todo ello con los referidos efectos sobre la obligación “de resultado”<sup>877</sup>.

La **diligencia como criterio informador** queda recogida de forma expresa como una obligación general para todos los contratos de servicio<sup>878</sup>, sin más distinción o límites que la propia determinación del modelo de diligencia, dependiendo de las circunstancias de cada contrato. Ciertamente es que también se regula la obligación de alcanzar un resultado<sup>879</sup>, pero, por una parte, no es incompatible con la diligencia; y por otra y sobre todo, dicha obligación es no es

---

<sup>874</sup> IV. C. – 2:102: Pre-contractual duties to warn (1) The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested: (a) may not achieve the result stated or envisaged by the client; (b) may damage other interests of the client; or (c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client (...) tras lo que sigue una detallada regulación, centrada, sobre todo, en los avatars del riesgo (así como la posibilidad de su “evidencia”, de forma que no pueda ser ignorado por el comitente y pueda destruir, de esta forma, también la obligación de resultados para obligaciones de naturaleza contraria a las mismas.

<sup>875</sup> IV. C. – 2:108: Contractual obligation of the service provider to warn.

<sup>876</sup> IV. C. – 2:110: Client’s obligation to notify anticipated non-conformity; o también la ya tratada IV. C. – 2:103: Obligation to co-operate.

<sup>877</sup> De forma literal lo reconoce el AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition, op. cit.*, «If the service provider’s pre-contractual failure to warn causes the service not to achieve the result stated or envisaged by the client (...) the latter will probably seek resort to a remedy under Book III, Chapter 3 on the basis of the service provider’s non-performance of the main obligation under IV.C – 2:106 (obligation to achieve result) (...)», VOL 3, p. 1620. A contrario sensu, de haber advertido tales circunstancias sobre la naturaleza de la acción en relación con el fin propuesto (la naturaleza del servicio), no serían, en principio, de aplicación, los remedios a un incumplimiento no producido en atención a los resultados.

<sup>878</sup> IV. C. – 2:105: Obligation of skill and care (1) The service provider must perform the service: (a) with the care and skill which a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and (b) in conformity with any statutory or other binding legal rules which are applicable to the service (...). Se insiste en esta generalidad indiscutida: «It is undisputed that an obligation should be imposed on the service provider to carry out the service with the care and skill generally to be observed in the circumstances of the case and that it must at least be the intention of the service provider to achieve a result stated or envisaged by the client (...)» AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition, op. cit.*, Vol. 3, pp.1648-1649.

<sup>879</sup> IV. C. – 2:106: Obligation to achieve result (1) The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated: (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.



general, sino que sólo se da en determinados supuestos.

Supuestos que, en conjunción con los deberes de información establecidos – siempre que se cumplan-, sólo podrán coincidir con aquéllos en los que la naturaleza del asunto elimine todo riesgo que no fuera imprevisible. En dichos supuestos, de darse dicho riesgo imprevisible, se aplicarían las normas que lo regulan; y de no darse, habida cuenta la inexistencia de un riesgo relevante, se presumiría la culpa del prestador en la no consecución del resultado<sup>880</sup>.

Por otra parte, y en cuanto a la consideración del propio DCFR como fuente de inspiración en el ámbito de los servicios, es directa la influencia de los **Principios de Derecho Europeo en los Contratos de Servicios**<sup>881</sup>, que también se ocupa de forma general del contrato de servicios<sup>882</sup>, sin distinción fundamental con la obra en ese ámbito de generalidad, sin perjuicio de una regulación específica de la misma<sup>883</sup>. De hecho, a rasgos generales, los PEL SC proponen una regulación sustancialmente asimilable a la del DCFR<sup>884</sup> que prepara, aunque algo más

---

<sup>880</sup> Vid. epígrafe 8.2.2.

<sup>881</sup> A partir de ahora PEL SC, BARENDRECHT, *Service Contracts: (PEL SC). Principles of European Law: Study Group on a European Civil Series*, Sellier European Law Publ., 2007.

<sup>882</sup> Article 1:101: Scope of Application (1) This Chapter applies to contracts whereby one party, the service provider, is to supply a service to the other party, the client (...)

<sup>883</sup> Pues, al igual que ocurría en el DCFR, después del capítulo de disposiciones generales, pasa a regular, de forma especial, algunos de los posibles contratos de servicios, tipificándolos.

<sup>884</sup> Una diferencia que se ha hecho notar es la profesionalización del servicio, de modo que «El servicio se desarrolla en el marco de una actividad profesional o empresarial (...) El servicio en este marco general es una obligación de hacer que consiste en una actividad profesional (...)» VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como...op. cit.*, pp. 134,135. Sin embargo, de la lectura del artículo utilizado para esa conclusión podría extraerse no tanto una regla, ni siquiera una presunción de profesionalidad (aunque sea lo más normal), sino una presunción, en el caso de que se trate de un profesional o empresario: Article 1:102: Price (1) Unless agreed otherwise, a service provider who has entered into the contract in the course of a profession or business is entitled to a price. Más claro aún en el AAVV *Draft Common Frame of Ref..Full Edition, op. cit.*: IV. C. – 2:101: Price Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise. En lo que respecta a la mediación, el prestador será, de forma natural, un profesional, sin perjuicio de otras posibilidades residuales. En el mismo sentido que la autora citada se pronuncia DE BARRÓN ARNICHEs, “Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR”, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*. Coord. por Esteve Bosch Capdevilla, Bosch, Barcelona, 2009, «De ahí se pueden inferir una serie de rasgos

desarrollada<sup>885</sup>.

#### **9.4. Distinción de otras figuras o categorías contractuales afines.**

Establecida ya la concreta naturaleza contractual de la mediación y su categoría negocial de referencia, puede ser conveniente incidir en los motivos que la separan de otras instituciones afines; así como como de pertenecer a las categorías de éstas. En efecto, se dan relaciones de analogía entre la mediación y cualquier otra institución de intermediación, lo que subraya similitudes y diferencias, tanto en presupuesto como en efectos, así como en la naturaleza de las mismas.

A su vez, es muy probable que, aunque alguna de las figuras a estudiar tenga la suficiente regulación como para ser tratada como una categoría contractual en sí misma, la mayoría pudieran referirse, en extremo, a la misma tipología de contrato de servicios en la que ha sido incluida la mediación.

Mientras que la mayoría de las características relativas a la naturaleza de la mediación son discutidas doctrinalmente, la autonomía de la misma, así como la independencia respecto a figuras asimilables en su momento germinal, es pacífica. No se trata, por tanto, de aportar nueva luz sobre lo que sigue, sino de reseñarlo a efectos de completación. Aunque quizá sea especialmente necesario, toda vez que gran parte de las diferencias tradicionalmente apuntadas se sostenían en la unilateralidad del contrato de mediación, considerado aquí como sinalagmático.

---

esenciales del contrato, a saber, estamos ante un contrato oneroso y sinalagmático, en el que el servicio se realiza en el desarrollo de un negocio profesional o empresarial » pp. 475-490; si bien de nuevo pueden reconsiderarse los elementos de onerosidad y profesionalidad como naturales, no como esenciales, sobre todo conforme al tenor literal del texto, que permite dicha gratuidad.

<sup>885</sup> Mayor desarrollo que, sin embargo, en muchos casos puede ser subsumido en la regulación resultante del DCFR. De este modo, Article 1:105: Circumstances in which the Service Is to Be Performed podría incluirse en los deberes de información y diligencia del prestador del servicio; y, en cuanto a los remedios del incumplimiento y la responsabilidad derivada del mismo, bien puede remitirse el DCFR a la parte general del mismo que regula dichos institutos para todo contrato.

El contrato de mediación no sólo tiene similitudes con el **mandato** sino que, muy probablemente, surgió como especificación del mismo, respondiendo a unos intereses diferentes a los actuales, en las relaciones comerciales de la Edad Media<sup>886</sup>. De ahí que, en un primer momento, fuera general la asunción de una relación de especialidad entre la mediación y el mandato<sup>887</sup>.

Entre las diferencias más importantes que separan a las figuras pueden mencionarse la concreta tendencia finalista de la acción mediadora frente a la finalidad contingente del mandato<sup>888</sup>; la independencia o imparcialidad del mediador<sup>889</sup> frente a la relación de estricta subordinación del mandatario<sup>890</sup>; o la propia función de la mediación, que da lugar a su expresión fáctica, distinta causalmente de la mediación, fruto de las diferencias anteriores<sup>891</sup>.

Más discutibles son otras diferencias, como la onerosidad natural de la

---

<sup>886</sup> *Vid.* epígrafe 1.3.

<sup>887</sup> «Esta postura que asimila el contrato de mediación con el mandato, tiene precedentes en toda la doctrina europea» GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de..., op. cit.* p. 114.

<sup>888</sup> Toda acción es siempre finalista y, negocialmente, tendente a satisfacer los intereses subjetivos de las partes –sobre todo para el acreedor de la prestación característica-. La diferencia, por tanto, viene dada porque en la mediación la finalidad se conoce ex ante y es fija –lo que no le resta toda flexibilidad-, en cuanto a la conclusión de un concreto negocio o negocios. En el mandato, el mandatario debe seguir, en general, cualquier instrucción del mandante en todo momento, conforme a la comunicación e instrucciones del mismo. De esta forma un mandato dirigido a la conclusión de un negocio podría, al minuto siguiente, dirigirse, precisamente, a impedir tal negocio. Dicha transformación no variaría el contrato de mandato; mientras que destruiría, en su caso, el de mediación.

<sup>889</sup> *Vid.* epígrafe 4.7.

<sup>890</sup> Arts. 1714 « El mandatario no puede traspasar los límites del mandato» y 1719 «En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante» del Código civil, entre otros; así como el art. 1711 del Codice civile « Il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario, se il mandante non lo ratifica. Il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possono essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione».

<sup>891</sup> Así, entre otros ejemplos, cuando se encarga la actividad de mediación a alguien imperativamente imparcial –esto es, responsable de su acción interesada para con alguna de las partes-, la percepción de la actuación de la misma por los terceros, cuyo consentimiento se pretende sobre el negocio mediado, es diferente –y más positiva-.

mediación frente a la aparente gratuidad natural del mandato<sup>892</sup>. Baste pensar que en Italia el mandato se presume oneroso<sup>893</sup>. Al compartir la causa y esencia con el contrato regulado en España, podría concluirse que no se trata de una circunstancia verdaderamente esencial.

Por lo demás y como se adelantó, en Italia la relación entre mandato y mediación ha persistido más tiempo, toda vez que, en aras de salvaguardar la independencia del mediador, se ha propuesto bien la superposición de negocios (mediación y mandato)<sup>894</sup>, bien un género atípico de mediación, para justificar el encargo vinculante realizado al mediador.

La **agencia** no sólo ha sustraído la denominación de mediación de no pocos supuestos, sino que su regulación actual y suficiente<sup>895</sup> se sitúa en paralelo a la misma, amenazando una función que, sin embargo, no puede suplir.

Así, frente a la independencia e imparcialidad del mediador, el agente actúa, esencialmente, en nombre y por cuenta del empresario<sup>896</sup>. También el interés

---

<sup>892</sup> Así GÁZQUEZ SERRANO, «La cuarta diferencia que existe entre ambas figuras radica en el hecho que el mandato es naturalmente gratuito (...) la mediación es esencialmente onerosa», *El contrato de mediación o corretaje, op. cit.*, p. 118. Como modalidad de este argumento abunda la autora, como base de la diferencia en que «el mandatario tiene derecho al reembolso de las cantidades anticipadas, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté ausente de culpa (...) mientras que el mediador asume una obligación de resultado que se encuentra sometida a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido», p. 119. Sin embargo, a dicho argumento puede oponerse tanto que la eventual obligación de resultado atañe únicamente a la contraprestación, no necesariamente al régimen de riesgo y, por ende, el reembolso de determinados costes como, en la misma línea, que, el Codice civile italiano, partiendo de la misma relevancia del resultado, sí concede dicho reembolso expresamente en el art. 1756. Si hablamos de la naturaleza esencial del contrato, habría de bastar dicho reconocimiento –accidental-, para que no tratarlo como una diferencia real.

<sup>893</sup> En España, en el que el mandato se presume legalmente gratuito, ex art. 1711 Código civil, a pesar de la inversión de la presunción en muchos casos –siempre que se trate de profesional- sustentada en el mismo art., in fine. En Italia, al contrario, se presume oneroso, ex art. 1709 Codice civile.

<sup>894</sup> *Vid.* epígrafe 1.4.

<sup>895</sup> Derivada, tanto en España como en Italia, de la Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, que ha dado como resultado la Ley española 12/1992, de contrato de agencia; y la reforma del Codice civile italiano, en sede de agencia, por el Decreto Legislativo n. 65 de 1999.

<sup>896</sup> En la propia definición de agente, en el art. 1.2 de la Directiva, se trata «a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la

jurídico cubierto por el contrato es diverso, y no sólo por las diferencias apuntadas ya en la contraposición con el mandato –respecto al elemento diferencial que aporta la imparcialidad-, sino también en el objeto más amplio de la agencia, que incluye, además de la intermediación, la mera promoción general de los productos de la empresa<sup>897</sup>.

Quizá la diferencia más importante venga dada por el carácter estable de la relación de agencia, configurada como un contrato de tracto sucesivo, frente al tracto único –que no instantáneo- de la mediación<sup>898</sup>. De ello se derivan, a su vez, las diferentes formas de retribución así como las formas de extinción del contrato y el régimen de competencia establecido.

En cuanto a la retribución, en el ámbito de una relación continuada, el tomar determinados resultados objetivos como parámetro posible de la retribución<sup>899</sup> no otorga a la obligación naturaleza “de resultado”, pues no se trata de ningún resultado exigible, sino de una referencia objetiva para cuantificar la retribución<sup>900</sup>.

---

compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario». La independencia a la que se refiere, será técnica y laboral, quedando limitado el agente en la medida que actúe “en nombre y por cuenta del empresario”.

<sup>897</sup> « la actividad de promoción del agente posee una mayor amplitud que la intermediación que realiza el corredor. Basta con analizar el contenido del artículo 9 de la L.C.A. que impone al agente una serie de obligaciones sin diferenciar si la actividad de éste es de promoción o abarca también la conclusión de contratos (...)» QUINTÁNS EIRAS, *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Cuadernos mercantiles, Madrid, 2000. Abunda sobre el diferente tipo de “promoción” para la agencia, «entendida no sólo como actividad tendente a la realización de contratos, sino también de captación de clientela o, más concretamente, de difusión y colocación del producto o servicio en el mercado. Por el contrario, la actividad promotora del corredor no posee este contenido, pues se reduce a la búsqueda de una contraparte idónea para la realización de un contrato».

<sup>898</sup> «Mentre l’agente è incaricato (...) sulla base di un rapporto stabile e continuativo (...) il mediatore può attivarsi per favorire o meno la conclusione di un affare in una posizione occasionale e non continuativa (...)» GRASSI, *Il contratto di mediazione*, op. cit, pp. 120-121.

<sup>899</sup> Cabe también pago ordinario, que no varíe en razón al número o valor de las operaciones. De hecho, la circunstancia de que cuando la comisión pudiera ser aleatoria se establezca, precisamente, un régimen de cautelas y reparto del riesgo (art. 6.3 de la Directiva: «Los artículos 7 a 12 no se aplicarán cuando el agente comercial no sea remunerado, en todo o en parte, mediante comisión») apoya lo propuesto respecto a la naturaleza de la contraprestación de la intermediación, aplicable a la mediación en la misma medida.

<sup>900</sup> De hecho, el agente tiene derecho a contraprestación más allá de la causalidad natural, pues se establecen mecanismos para la determinación de su comisión, al margen de la mera acción diligente, pero también de los meros resultados. Así, por ejemplo, los arts. 12 y 13

Aunque pueda parecer el mismo supuesto, la repetición de la prestación elimina la hipótesis de riesgo único y balancea el resultado, moderando la aleatoriedad, repartiéndola entre ambas partes. Puede llevarla incluso a una previsibilidad mayor que la de muchos contratos conmutativos de tracto instantáneo.

En cuanto a las formas no pactadas de terminación del contrato, aunque ambos partan de una relación especial de confianza así como la posibilidad de desvinculación *ad nutum* del comitente, se establecen una suerte de indemnizaciones que van más allá de la razonabilidad del preaviso indemne<sup>901</sup> que se proponía para la mediación. Indemnizaciones que, además, completan el sistema retributivo aludido, restringiendo aún más el riesgo real del agente.

Finalmente, y también derivado de la misma diferencia fundamental, aunque con menor intensidad que las dos circunstancias anteriores, resta el régimen de no competencia del agente<sup>902</sup> que no sólo se diferencia sino que se opone a una mediación cuya imparcialidad, llegado el caso, podría hacer no sólo posible hasta necesaria dicha competencia.

Al compartir la **comisión**<sup>903</sup> la mayoría de los elementos del mandato, incorporando la onerosidad esencial a la misma, cabe reproducir los argumentos dados con anterioridad. Ello sin perjuicio de que, si resultaba similar el mandato, más cercana estará aún la regulación de la comisión, cuya *ratio* es bien distinta del mandato -aunque parta de la misma naturaleza- y mucho más próxima a la mediación<sup>904</sup>.

---

de la Ley española, o art. 1748 del Codice civile (el art. 1749, por su parte, refuerza la consideración de la obligación no como de resultado).

<sup>901</sup> Así el art. 1751 del Codice civile; o arts. 28 y ss. de la Ley española.

<sup>902</sup> Fundamentalmente art. 1743, aunque también art. 1751 bis, del Codice civile; y art. 7 de la Ley española, aunque también los arts. 20, 21 y 12.2 de la misma norma.

<sup>903</sup> Regulada en los arts. 244 y ss. del Código de Comercio

<sup>904</sup> Tanto es así que el art. 29.2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, establece sobre el régimen jurídico de los corredores de seguros –mediación especial- que «las relaciones de mediación de seguros entre los corredores de seguros y su clientela se regirán por los pactos que las partes acuerden libremente y supletoriamente por los preceptos que el Código de comercio dedica a la comisión mercantil».

En cuanto al *procacciatore d'affari*<sup>905</sup>, resulta una figura tan similar que quizá pueda explicarse como una respuesta a la insuficiencia anacrónica propia de la mediación y, por ende, un tipo de ésta, en la que debería reconducirse<sup>906</sup>. De hecho, gran parte de las diferencias posibles o bien parten de elementos aquí contradichos de la naturaleza de la mediación<sup>907</sup>; o bien no son diferencias verdaderamente sustanciales<sup>908</sup>.

Finalmente se diferencia por relación de especialidad de otras **figuras especiales** de contratos de mediación que, por sus concretas características, tengan –o puedan tener– una regulación autónoma, contractual o administrativa. Así, entre otros, la mediación de seguros; la mediación de crédito; el corretaje laboral o, incluso, la mediación matrimonial.

---

<sup>905</sup> Figura negocial atípica italiana, de creación jurisprudencial, entre la agencia y la mediación, también relacionada con la comisión (y, seguramente, subsumible en alguna de dichas categorías, dependiendo del concreto negocio de que se trate).

<sup>906</sup> «Si tende a ritenere che il procacciatore di affari, nella sua configurazione di rapporto atípico, debba, in ogni caso, ricondursi, lato sensu, ai rapporti rientranti nell'area della mediazione (...) Altra parte de la dottrina (Perfetti 1996, 274) ritiene invece che la figura del procacciatore di affari vada identificata con la mediazione unilaterale o difuciaria, laddove, cioè, vi sia l'incarico di una parte» GRASSI, *Il contratto di mediazione, op. cit.* p. 122.

<sup>907</sup> «La mediazione típica ed il contratto atípico di procacciamento di affari si distinguono sotto il profilo della posizione di imparzialità del mediatore rispetto a quella di procacciatore di affari, il quale agisce su incarico di una delle parti interessate alla conclusione dell'affare e dalla quale, pur non essendo a questa legato da un rapporto stabile ed organico (a differenza dell'agente) può pretendere il compenso» Cass. N. 43279/2000.

<sup>908</sup> «Non vi è tra il mediatore e le parti nessun rapporto di collaborazione "costante". Il procacciatore, invece, può essere un collaboratore costante, anche se limitatamente a un affare o a più affari» BALDUCCI, *Il procacciatore d'affari*, FAG, Milano, 2006, p. 35. Sigue el mismo autor «il mediatore può essere incaricato di trovare il venditore o l'acquirente di volta in volta, per ogni affare. Il procacciatore d'affari, pur ponendo in essere un rapporto "occasionale", può ricevere una sola volta l'incarico, più o meno duraturo, di procacciare affari» pp. 35-36. Sí parece diferencial «il procacciatore poiché agisce per l'interesse precipuo della parte che ne ha sollecitato l'intervento non gode del requisito-principio del mediatore quale è, appunto, la "imparzialità"» p. 36. No obstante, ni la imparcialidad se debe entender por la falta de vínculos obligatorios, ni ganaría autonomía negocial esta figura que, cuando no fuese imparcial, bien podría aproximarse a la comisión. En todo caso, reconoce el autor citado la proximidad referida «Le figure del procacciatore d'affari e del mediatore presentano caratteri largamente coincidenti(...)», p. 35.

## 10. CONCLUSIONI

Una volta portato a termine lo studio sulla natura contrattuale della mediazione, la conclusione che possiamo trarre non differisce dalle progressive conclusioni che, passo dopo passo, si sono avanzate nel corso del lavoro; non resta, dunque, che ricapitolarne i contenuti principali esponendoli in modo coerente con il risultato complessivo della ricerca: un'unica mediazione come contratto di natura giuridica concreta.

Non si tratta propriamente di una novità, giacché il contratto è il medesimo, ma piuttosto di un'applicazione ordinata delle categorie idonee ad esprimere e rappresentare una natura che risponde ad una causa e ad un oggetto originari, benché a lungo nascosti sotto la stratificazione di soluzioni parziali a specifici problemi concreti. Difficoltà a cui, all'inizio del XX secolo, non sarebbe stato semplice applicare le soluzioni oggi proposte, ragione che non giustifica che rimangano arenate a causa di limitazioni attualmente superabili.

Anche se le conclusioni saranno presentate in termini positivi, altrettanto importante è la vertente negativa dei risultati, vale a dire, il rifiuto di figure incapaci di trattare il rapporto mediatorio in tutta la sua complessità, destinate quindi a decadere in favore della proposta contrattuale concreta.

Per quanto concerne la struttura di base dell'istituzione, la complessità fattuale dell'atto di mediazione non può cogliersi pienamente se non attraverso l'applicazione di un procedura di azione che presupponga il consenso di, almeno, due soggetti, orientato a una finalità comune. Finalità che difficilmente si potrà raggiungere se non attraverso un'organizzazione razionale e un'attuazione diligente, in virtù di un'informazione reciproca, e basata su altri comportamenti accessori, quest'ultimi ispirati alla buona fede e alla lealtà tra committente e mediatore.



Il consenso, dal canto proprio, si presta a negozi sinallagmatici. Benché sia possibile pensare in un negozio unilaterale, in cui soltanto una parte si obbliga, questo sarebbe contrario all'interesse della parte priva di posizione attiva nella relazione, ma anche all'interesse dello stesso soggetto attivo, a causa dei meccanismi che il mercato introdurrebbe per correggere la disfunzione.

In questo modo, tanto la complessità dell'azione che compete al mediatore, la quale comporta obbligazioni strumentali diverse dalla pura mediazione, ma altrettanto esigibili, così come l'idoneità di un rapporto equilibrato ed ulteriormente garantito dalla fiducia *inter partes*, che implica l'obbligatorietà correlativa, danno impulso alla sinallagmaticità come motore e, al contempo, direzione del rapporto giuridico di mediazione.

Riguardo alle principali caratteristiche del contratto di mediazione, riconosciuto come l'unica entità negoziale nel suo ambito specifico, è lecito ribadire l'autonomia e l'indipendenza rispetto ad altre figure affini, ed in questo modo dare risposta a un interesse concreto, personale e sociale, a cui si può far fronte soltanto tenendo direttamente presente questa prospettiva.

Si tratta inoltre di un contratto oneroso. Aspetto che non si deve all'impossibilità di concepire una replica della medesima struttura basata sulla premessa di un mero atto di liberalità del mediatore, bensì al fatto che ciò altererebbe la causa, la dinamica dell'obbligazione e il regime di responsabilità, con un allontanamento dall'istituto contrattuale a favore di altre forme di intervento assistenziale.

Un'altra caratteristica è che ci troviamo di fronte a un contratto basato sulla fiducia e che, al contempo, esige la piena indipendenza del mediatore, necessaria per realizzare un tipo concreto di attività che questi non potrebbe svolgere, rispetto a terzi, se le sue azioni si vedessero limitate dalla necessità di dover tenere conto di istruzioni e interessi diretti del committente.

Strettamente legato al punto anteriore, è la durata limitata del contratto,

benché non si accordi una durata determinata. Le parti potranno porvi fine entro un termine ragionevole e in modo responsabile.

Lo speciale rischio che riguarda la soddisfazione dell'interesse soggettivo del committente, in relazione di causalità con l'attività diligente del mediatore, è la principale caratteristica della mediazione, oltre ad essere la ragione che ne ha regolato il trattamento giuridico che finora ha ricevuto.

Difatti, la difficoltà di valutare l'effettiva diligenza del mediatore nello svolgimento di un'attività tecnica indipendente e difficilmente controllabile da parte del creditore, così come l'impossibilità di garantire un risultato, prefigura una situazione di incertezza per il committente e di mancanza di stimolo nel mediatore.

In questo senso, a causa dell'eccessiva complicazione che suppone stabilire criteri di prova esaustivi, il cui costo scompenserebbe l'utilità della mediazione, la configurazione tradizionale della mediazione ha optato per un'oggettivazione dell'adempimento, la quale, benché non arrivi mai ad essere perfettamente equilibrata né totalmente idonea, è in grado di correggere la deviazione eccessiva dell'interesse contrattuale a favore di uno squilibrio controllato. La scelta è ricaduta, insomma, sul male minore.

L'antecedente criterio utilitaristico è stato corredato con l'uso di una categoria come quella dell'"obbligazione di risultati". Con la medesima giustificazione di certezza oggettiva, la suddetta categoria è in contraddizione con principi basilari della struttura dei contratti, ciò che implica una variazione nel vero oggetto della prestazione, una deviazione nella responsabilità imputabile, una forzatura delle considerazioni generali riferite al caso fortuito e, infine, la creazione di situazioni di garanzia estranee ai contratti commutativi su cui si impone.

I risultati della dinamica appena descritta possono considerarsi accettabili, nel senso che non risultano intollerabili nella pratica. Ciononostante, continuano a non potersi giustificare pienamente a livello scientifico, al di là dell'estensione del dogma volontaristico al di sopra della causa contrattuale.

Si propone un'alternativa migliore. Un'opzione che, facilitata dal traffico di massa e dalle rispettive linee di normalizzazione, così come dall'omogeneizzazione delle attività di mediazione nella maggior parte dei settori, conservi lo stimolo, mantenga la fiducia e permetta di non rinunciare alla responsabilità soggettiva delle parti.

Ciò che si propone, in definitiva, è di tenere conto tanto della diligenza nell'esecuzione della mediazione così come della natura concreta dell'attività mediata, oltre che della sua idoneità per favorire la soddisfazione del committente.

I doveri precontrattuali ed accessori del mediatore conducono ad un'attività dinamica la quale, regolata dalla diligenza nei confronti dello scopo contrattuale, tende al risultato previsto dal committente. Affinché questa tendenza sia effettiva ed affidabile, la prestazione può vincolarsi ad una presunzione di causalità nell'inadempimento, qualora non si raggiunga il risultato, in base all'informazione tecnica rimessa dal mediatore alla controparte, con la creazione di aspettative giuridiche legittime, responsabili rispetto al suo inadempimento.

In questo modo, quanto più diretta sia la relazione di causalità presentata dal mediatore tra la propria azione e il risultato atteso dal committente, più difficile sarà per questi dare prova del suo adempimento nel caso in cui non si raggiunga il risultato previsto.

Tutto questo completato, in modo non essenziale né naturale però sì opportuno, con un compenso che combini la retribuzione sinallagmatica per la prestazione realizzata con l'aggiunta di una provvigione per i risultati raggiunti.

Una mediazione sinallagmatica e commutativa, basata sulle obbligazioni reciproche, sempre in relazione a un modello concreto di diligenza, e subordinata a un regime generale di responsabilità per inadempimento imputabile. Un contratto che, sebbene non può propriamente considerarsi nuovo, neppure riproduce il modo tradizionale di comprendere né di utilizzare, in termini dogmatici o giurisprudenziali, la mediazione.

Infine, rispetto all'utilità concreta dei risultati presentati, questi possono proiettarsi in una triplice direzione:

In primo luogo, se si accettano le conclusioni, possono offrire una nuova base di indagine solida ai fini dell'elaborazione di un contratto attuale e rilevante, che deve essere provvisto di una struttura dogmatica stabile e utile. In questo senso, è imprescindibile dare seguito a questi risultati con uno studio adeguato della dinamica della mediazione in termini di prestazione, sulla base contrattuale proposta.

In secondo luogo, è possibile che la dottrina giurisprudenziale, così come modificò alcuni dei suoi criteri in materia di mediazione un secolo fa -quando si optò per il principio della perfezione a scapito di quello della consumazione per informare del risultato rilevante- possa aggiornare conclusioni e concetti ancorati più alla ripetizione che alla consapevolezza della loro idoneità. Inoltre, ciò potrebbe realizzarsi su una struttura normativa più solida dell'attuale regolazione, non su circostanze riferite a casi specifici, bensì su categorie di riferimento che ne consolidino o completino gli effetti.

In terzo luogo, e con il sostegno dei due fronti anteriori, i risultati della presente ricerca -così come di qualsiasi altro studio sulla mediazione, concomitante o meno nelle sue conclusioni concrete- possono e devono stimolare la creazione normativa. Soprattutto di fronte alla passività di un legislatore indolente il quale, per forza consapevole dell'esistenza di dibattiti dottrinali centenari così come delle lacune insanabili delle norme in vigore, da tempo avrebbe dovuto affrontare, in modo diretto e sostanziale, l'aggiornamento normativo del contratto di mediazione.

Come ultimo punto, per quanto concerne la figura del mediatore e del committente, parti del contratto ed autentici protagonisti dello stesso, sarebbero coloro che trarrebbero maggiore beneficio dal perfezionamento della figura contrattuale. Il cambiamento di criterio proposto potrebbe applicarsi, in buona parte, come un'interpretazione più conveniente di quanto consentito dalle parti,

che dovrebbero soltanto essere consapevoli, in relazione alla rappresentazione intellettuale della loro posizione, delle inequivoche obbligazioni reciproche, così come della relazione diretta tra prestazione e controprestazione.

Nonostante lo spessore dei cambiamenti, la loro integrazione nella vera natura del contratto permetterà che risultino altrettanto naturali rispetto alla sua causa e, di conseguenza, più affini alle parti e ai loro interessi di quanto lo sono la maggior parte delle convenzioni attuali.

L'effetto che tutto ciò avrà sul mercato, dal canto suo, se realmente si ottimizza la funzione economico-sociale del contratto, sarà altrettanto positivo, con un costo di adattamento anche inferiore.

Il contratto di mediazione esiste, e la sua utilità ed importanza sono tali da esigere che gli sia riconosciuta un'esistenza superiore.

## BIBLIOGRAFÍA

**AARNIO, A.**, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

**AAVV** *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009.

**AAVV**, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Real Academia Española, 2001.

**AAVV**, *Economic Analysis of the DCFR: The Work of the Economic Impact Group Within CoPECL*, Filomena Chirico (Editor), Pierre Larouche (Editor), Walter de Gruyter, 2010.

**AAVV**, *PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Partes I y II (Revisadas) Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando*. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, traducción del Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos

**AAVV**, *Principios del derecho contractual comunitario (Acquis principles)*, según la versión del Anexo en *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales Acquis Communautaire, principios de la Unión Europea y principios Unidroit: Pueden coexistir?*, Esther Arroyo Amayuelas, María Pilar Ferrer Vanrell (coord.), Anselmo Martínez Cañellas (coord.) Dykinson, Madrid, 2009. En adelante Principios ACQUIS

**AAVV**, *PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004*, Versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro en colaboración con Hernany Veytia Palomino (México) y juristas provenientes de diversos países de lengua española, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2004. En adelante Principios UNIDROIT.

**AAVV**, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, European Law Publishers GmbH, Munich., 2009.

**ALBADALEJO, M.**, *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1964.

**ALBADALEJO, M.**, "La causa", *Revista de Derecho Privado*, Abril, Reus, Madrid, 1958.

**ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, Bosch, Barcelona, 2002.

**ALONSO PÉREZ, M.**, *El riesgo en el contrato de compraventa*, ed. Montecorvo, Madrid, 1972.

**ALPA, G.**, "Dalle professione liberali alle imprese di servizi", *Economia e diritto del terziario*, n° 2, 1990.

**ÁLVAREZ VIGARAY, R.**, "Los contratos aleatorios", *Anuario de Derecho civil*, Tomo XXI, F. III, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1968.

**ÁLVAREZ VIGARAY, R.**, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003.

**ANGELICI, C., FERRI G., FERRI, G.B.**, *Manuale di diritto commerciale*, Utet Giuridica, Edizione: XIII, 2010.

**ARRUÑADA, B.**, *Economía de la empresa*, Ariel, Barcelona 2011.

**ATAZ, J.**, Artículo 1254, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*

- Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- AYRES, I. y GERTNER, R.**, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules" (1989). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1545. The Yale Law Journal, Vol. 99: 87.
- AZZOLINA, U.**, *La mediazione*, vol II. T.2, fasc 2. del Trattato di Diritto Civile Italiano, dirigido por Vasslli, Editorial Uniones Tipografico Editrice Tronese, Torino, 1957.
- BADOSA COLL, F.**, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BALDUCCI, D.**, *Il procacciatore d'affari*, FAG, Milano, 2006
- BALOSSINI, C. E.**, *Usi e tariffe della mediazione in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 1959.
- BARASSI, L.**, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1915.
- BARASSI, L.**, *La teoría generale delle obbligazionei*, vol. II, Le fonti, Milano, 1948.
- BARBERO, D.**, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, II, Marzorati, Como-Milano, 1946.
- BARENDRECHT, J.M.**, *Service Contracts: (PEL SC). Principles of European Law:Study Group on a European Civil Series*, Sellier European Law Publ., 2007.
- BARENDRECHT, J.M.**, *Service Contracts: (PEL SC). Principles of European Law:Study Group on a European Civil Series*, Sellier European Law Publ., 2007.
- BAYO RECUERO, N.**, *Pago del tercero: subrogación*, Dijusa Editorial, Madrid, 2004.
- BENEDETTI, G.** *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 170.
- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO**, "En torno a la Unificación del Derecho privado" *Estudios en homenaje al Prof. Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976.
- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO**, *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones*, Asociación de profesores de Derecho civil, Centenario del Código civil, Madrid, 1990.



- BETTI, E.**, *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BETTI, E.**, *Teoría general del negozio giuridico*, 2ª Ed, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
- BIANCA, M.**, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. N. Zanichelli, Bologna, 1967.
- BIGIAMI, W.**, *La piccola impresa*, A. Giuffrè, Milano, 1947.
- BLANCO CARRASCO M.**, "El contrato de corretaje", *Revista de Derecho privado*, Reus, Madrid, 1944.
- BLANCO CARRASCO, M.**, "El contrato de corretaje", *Revista de Derecho Privado* - Núm. 3-4/2005, Marzo – Abril, Reus, Madrid, 2005.
- BLANCO CARRASCO, M.**, *El contrato de corretaje*, Ed. Colegio de Registradores, de la Propiedad y mercantiles, Madrid, 2008.
- BOLAFFIO y ASCOLI** (coord.), *Il código di comercio comentato*, Utet, Torino, 1922-1929.
- BOLAFFIO, L.**, *Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale*, Utet, Torino, 1922.
- BOLAFFIO, L.**, Tratti caratteristici del rapporto Di mediazione, *Giurisp. It.*, 1915, I, 2.
- BONET CORREA, J.**, "El contrato de corretaje o mediación", *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1951.
- BONET CORREA, J.**, "La mediación. (A propósito de la obra de Luigi Carraro)" en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo V, 3, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1952.
- BONET CORREA, J.**, "Sentencia anotada del TS de 3 de junio de 1950", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IV, oct-dic, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1951.
- BONET CORREA, J.**, *Código civil concordado y con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1993.
- BOSELLI, M.**, "Eccessiva onerosità", *Il novissimo digesto italiano, vol. Iv*, Utet, Torino, 1960.

**BROSETA PONT, M.**, “La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 453, Marzo-Abril, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1966.

**BROSETA PONT, M.**, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1985.

**BUSTO LAGO**, *Tratado de contratos, Tomo II*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

**CABANILLAS SÁNCHEZ, A.**, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.

**CABAÑAS GARCÍA, J.C.**, “Premisas básicas sobre una posible redefinición de la teoría procesal del hecho notorio”, *Justicia: revista de Derecho procesal*, N.3, Bosch, Barcelona, 1991.

**CABELLA PISU, L.**, *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, Studi in honore di Pietro Rescigno III, Diritto privato, 2, Milano, 1998.

**CAMACHO, F.**, *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Universidad de Granada, Granada, 1962.

**CANDIAN, A.**, “Caso fortuito e forza Maggiore”, *Novissimo Digesto Italiano. II*, Utet, Torino, 1958.

**CAPILLA RONCERO, F.**, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

**CAPILLA RONCERO, F.**, *Voz arrendamiento de servicios*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol I, Civitas Madrid, 1995.

**CAPPONI, M.**, “Responsabilità oggettiva del prestatore di servizi”, *Rivista de diritto commerciale*, Piccin, Padova, 1989.

**CAPPONI. M.**, “Responsabilità oggettiva dei prestatore di servizi”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1989.

**CARIOTA FERRARA, L.**, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.

**CARNELUTTI, F.**, *Sistema del diritto processuale: Atti del processo*, Volumen 2, Cedam, Padova, 1938.

- CARRARO, L.**, *La mediazione*, Cedam, Padova, 1960.
- CARRASCO PERERA, A.**, Arts. 1101 y 1102, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- CARTA**, “Mediazione di contrato no contratto di mediazione”, *Il Foro italiano*, Zanichelli, Bologna, 1947.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.**, *Derecho Civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1957.
- CASTILLA BAREA, M.**, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- CASTRO LUCINI, F.**, “Los negocios jurídicos atípicos”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, Madrid, 1974.
- CATTANEO, G.**, “Della mora del creditore”, *Commentario del Codice civile*, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1973.
- CENDON, P.**, e **BALDASSARI, A.**, *Codice annotato con la giurisprudenza*, Utet, Torino, 2005.
- CERVILLA GARZÓN, M.D.**, *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- CHIRONI, G. P.**, *La culpa en el Derecho civil moderno: Culpa contractual*, Hijos de Reus, Edit., Madrid, 1898.
- CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H.**, “La causa del contrato”, *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- COHEN, A.** y **SIEGELMAN P.**, “Testing for adverse selection in insurance markets”, *Working Paper, No. 15586*, National Bureau of Economic Research, MA, 2009.
- COOTER, R.** y **ULEN, T.**, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, Mexico DF, 2009.
- COOTER, R.**, y **ACCIARRI** (directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Madrid - Santiago de Chile, Civitas - Thomson Reuters, 2012.

**COTTINO, G.**, “L'impossibilità di ricevere o di coperare del creditore e l'impossibilità de la prestazione”, *Rivista de Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1948.

**COTTINO, G.**, “Questioni in materia di impossibilità della prestazione (Nota a Cass. 17/5/1949)”, *Rivista del Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1951.

**CREMADES GARCÍA, P.**, *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009.

**CRITÓBAL MONTES, A.**, “Momento de la elección en las obligaciones alternativas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 624 Septiembre-October, 1994.

**CUADRADO PÉREZ, C.**, “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año Nº 83, Nº 704, Madrid, 2007.

**DALMARTELLO, A.**, “Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici”, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Pavoda, 1955.

**DE BARRÓN ARNICHES, P.**, “Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR”, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*. Coord. por Esteve Bosch Capdevila, Bosch, Barcelona, 2009.

**DE BUEN, D.**, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Edit. Purrúa, México, 1977.

**DE CASTRO BRAVO, F.**, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

**DE CASTRO BRAVO, F.**, “La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio”, *Anuario de Derecho civil*, III, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1950.

**DE CASTRO BRAVO, F.**, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

**DE LOS MOZOS, J. L.**, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.

**DE NOVA, G.**, “Recesso”, *Digesto delle discipline Privatistiche*, XVI, Utet, Torino, 1997.

**DE ROBERTIS, F.**, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962.

**DE RUGGIERO, R.**, *Instituciones de Derecho Civil*, II-1º, Reus, Madrid, 1977.

De SIMONE,

**DELGADO ECHEVERRÍA, F.**, en (AAVV) *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2, 3 ed, Dykinson, Madrid, 1995.

**DEMOGUE, R.**, *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, 1925.

**D'ETTORE, F., MARASCIULO, D.**, », *La mediazione, tra modello normativo e prassi negli affari* (a cura de GALGANO, F), (Trattato diritto comm. pubbl. econ.), Cedam, Pavoda, 2011.

**DI MAJO, A.**, “Delle obbligazioni in generale”, *Commentario del Codice civile*. Scialoja-Branca. Libro quarto, Delle obbligazioni ; art. 1173-1176, Bologna: Zanichelli ; Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1988.

**DÍAZ GÓMEZ, M., J.**, “El riesgo en la doctrina de Pothier”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, vol 1, Universidad de Huelva, Huelva, 2001.

**DÍAZ PAIRÓ, A.**, *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed, vol. II, Librería Temis, Bogotá, 1948.

**DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C.**, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000.

**DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.**, *Instituciones de Derecho civil*, vol I, Tecnos, Madrid 1995.

**DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.**, *Sistema de Derecho civil II*, Tecnos, Madrid, 2000.

**DÍEZ PICAZO, L.**, *La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

**DÍEZ PICAZO, L.**, Prólogo a *El Principio General de la Buena fe*, de WIEACKER, F., *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1982.

**DÍEZ PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN, L.**, *Fundamentos del Derecho civil*

*patrimonial*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2008.

**DOMÍNGUEZ LUELMO, A.**, “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras”, *XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, A Coruña, 2011.

**DOWD, K.**, “Moral Hazard and the Financial Crisis”, *Cato Journal*, Vol. 29, No. 1 Winter, Washington DC, 2009.

**EGGLESTON, K, POSNER, E; ZECKHAUSER, R.**, “Simplicity and complexity in contracts”, *Chicago John M. Olin Law & Economic working paper n.º. 93 (2d series)*, The Law School, The University of Chicago, 18th January 2000.

**ENNECCERUS, L.**, *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1937.

**ESPIAU ESPIAU, S.**, La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial, *Aranzadi Civil*, junio, 1996.

**FADDA, C.**, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Imprenta: L. Alvano, Napoli, 1909.

**FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.**, “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, *Anales de Derecho civil de la Universidad de Murcia*, n.º20, Murcia, 2002.

**FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.**, *Fundamentos de Derecho mercantil*, EDERSA series, Editoriales De Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

**FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.**, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Año N.º 73, N.º 639, Núm. 453, Marzo-Abril, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.

**FERRI, G.**, *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 1950.

**FIGA FAURA, L.**, “Los civilistas y la evolución histórica del Derecho Mercantil”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. II, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1984.

**FINOCCHIARO, G.**, *Il contratto di mediazione*, N. Giannotta, Catania, 1922.

**FINOCCHIO, P.C.**, *La mediazione nel Diritto italiano*, S.A.I.G.A. Frateli Armanino Ed., Genova, 1915.

**FLORES MICHEO, R.**, *R.J.C.*, marzo-abril, vol. LXXIV, 1957

- FRANZONI, M.**, *La responsabilità oggettiva*, Cedam, Padova, 1995.
- GABRIELLI, G.**, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985.
- GALGANO, F.**, “La mediazione”, en *La disciplina della mediazione alla luce della legge n. 39 del 3 febbraio 1989*, Atti del Convegno di Verona 3-4 novembre 1989, Padova, 1991.
- GALGANO, F.**, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALGANO, F.**, *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1973.
- GALGANO, F.**, *Trattato di diritto civile: Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti. Fonte di obbligazioni. La tutela del credito. L'impresa*. Wolters Kluwer, Torino, 2010.
- GALLO, P.**, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Utet, Torino, 2008
- GAMBINO, F.**, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffrè, Milano, 1964.
- GARCÍA AMIGO, M.**, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965.
- GARCÍA CANTERO, G.**, “Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español”, *Anuario de Derecho civil*, Madrid, T. XVI, fasc. I, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1963.
- GARCÍA GOYENA, F.**, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, vol. III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA-PITA LASTRES, J.L.**, “El contrato mercantil de servicios”, *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 1, A Coruña, 1997.
- GARCÍA-RIPOLL, M.**, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J.**, *La mediación inmobiliaria*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1998.
- GARRIGUES, J.**, “Hacia un nuevo Derecho Mercantil”, *Revista de Estudios políticos*, Vol II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1942.

**GARRIGUES, J.**, "La crisis del Derecho Mercantil contemporáneo", *Revista de Derecho mercantil*, nº 57, Civitas, Madrid, 1955.

**GARRIGUES, J.**, "Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil", *Revista de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1959.

**GARRIGUES, J.**, *Curso de Derecho Mercantil*, S. Aguirre Torre, impresor, 1966.

**GARRIGUES, J.**, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

**GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.**, "Presuposición y riesgo contractual", *Anuario de Derecho civil*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

**GÁZQUEZ SERRANO, L.**, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007.

**GAZQUEZ SERRANO, L.**, *Estudios de derecho de obligaciones, homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Tomo I. Madrid, 2006.

**GETE-ALONSO Y CALERA, M.**, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

**GHEZZI, G.**, *La mora del creditore nel rapporto dilavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.

**GÓMEZ CALLE, E.**, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 1994.

**GORLA, G.**, *Del rischio a pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934.

**GRASSI, N.**, *Il contratto di mediazione*, Cedam, Padova, 2009.

**GUILARTE ZAPATERO, V.**, Artículo 1790, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

**GUILARTE ZAPATERO, V.**, Artículo 1798, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

**GULLÓN BALLESTEROS, A.**, *Curso de Derecho civil (Contratos en especial)*, Tecnos, Madrid, 1968.

**HARTKAMP, A., VON BAR, C.**, "Principles of Contract Law", *Towards a European*



*Civil Code*, Kluwer Law International, 1998.

**HOENIGER** –aunque no completamente-

**HOLMSTRÖM, B.**, “Moral hazard and observability”, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, N. 1, The RAND Corporation, Santa Monica, CA, 1979.

**HORVAT, M.**, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano*, Studi Arangio-Ruiz I, Milano, 1952.

**HUME, D.**, *De la obligación de las promesas*, Libro III, Parte primera, *Tratado de la Naturaleza Humana*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1984.

**IRTI, N.**, *La età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1986.

**JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.**, *Derecho Mercantil I*, Ariel, Barcelona, 2009.

**JORDANO BAREA, J.B.**, “Los contratos atípicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

**JORDANO FRAGA, F.**, “Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático (Comentario a la S.T.S. de 13 de marzo de 1987)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 13, Madrid, 1987.

**JORDANO FRAGA, F.**, “Obligaciones de medio y resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

**KELSEN, H.**, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1960.

**KNIGHT, F.H.**, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Co., Boston MA, 1921.

**KRONMAN, T.**, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1, The University of Chicago Press, Chicago ILL, 1978.

**LACRUZ BERDEJO, J.L.**, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009.

**LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.**, *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- LAMARCA MARQUÉS, A.**, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Studia albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001.
- LARENZ, K.**, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- LARENZ, K.**, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Reus, Madrid, 1958.
- LASARTE, C.**, *Principios del Derecho civil III*, Marcial Pons, 14ª Ed, Madrid, 2011.
- LIPARI, N.**, *Derecho Privado* (Traducción por colegas del Real Colegio de España), Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, 1980.
- LISERRE, A.**, *Lezioni di Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J.**, “La profesión, condición civil de la persona”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 52, Nº3, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, Madrid, 1999.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M.** “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, *Contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M.**, Artículos 1281 a 1314 en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- LOURIDO RICO, A.M.**, “La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: “la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, La Coruña, 2003.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.**, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, art. 1544, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- LUZZATTO, G.**, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I., Milano, Giuffrè, 1938.
- MANCINI, F.**, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962.
- MANGINI, BRICOLA**, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, Utet, Torino, 1972.

- MANGINI, IACUANIELLO BRUGGI**, *Il Contratto d'appalto*. Aggiornato da M. Iacuaniello Bruggi, Utet, Torino, 1997.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.**, *Comentarios al Código civil*, Reus, Madrid, 1931.
- MANTOVANI, F.**, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padova, 2007.
- MARCORA, G.**, *La mediazione*, n. 13. Milano, 1943.
- MARINELLI, F.**, *Il tipo e l'appalto*, Cedam, Padova, 1996.
- MARINI, A.**, *La mediazione, comm. delle art. 1754-1765, Il Codice Civile. Commentario*. Giuffrè, Milano, 1992.
- MARTÍN PÉREZ, J.A.**, "La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)", *Estudios de Derecho de obligaciones, homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 2006.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M.A.**, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.**, "Riesgo negocial v. cláusula "rebus sic stantibus", *InDret*, Vol. 1, 2011.
- MENGONI, L.**, "Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", *Rivista Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1954.
- MENGONI, L.**, "Responsabilità contrattuale", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988.
- MENGONI, L.**, *In tema di "mora credendi nel rapporto di lavoro*, Temi, 1954.
- MESSINEO, F.**, *Manuali di diritto civile e commerciale*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1958.
- MESSINEO, F.**, *Doctrina general del Contrato*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- MILLÁN GARRIDO, A.**, "Introducción al estudio del corretaje", *Revista general de derecho*, N° 510, Ed. Revista General del Derecho, 1987.
- MILLER, R., MEINER, R.**, *Microeconomía*, Mc. Graw-Hill, Bogotá 1989.
- MONTES PENADES, V.L.**, "Perfiles jurídicos de la relación de gestión", *Contratos de gestión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.
- MONTOYA MELGAR, A.**, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid,

2001.

**MORENO QUESADA, B.**, "Problemática de las obligaciones de hacer", *Revista de Derecho Privado*, Tomo LX, enero-diciembre, Reus, Madrid, 1976

**MORENO QUESADA, B.**, "Contratos de prestación de actividad en servicio ajeno", *Curso de Derecho civil*, T. II, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

**MOROZZO DELLA ROCCA, F.**, *L'Appalto nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1971.

**MORRIS, S.**, "The Financial Crisis: Lessons for Economic Theory" Paper at the University of Michigan November 2009.

**MOSCO, L.**, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Jovene, Napoli, 1950.

**MOSCO, L.**, *Onerosità y gratuità degli atti giuridici: con particolare riguardo ai contratti*, Francesco Vallardi, Milano, 1942.

**MUCIUS SCAEVOLA, Q.**, *Código civil*, tomo XIX, Reus, Madrid 1957.

**MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

**MUSOLINO, G.**, *L'opera intellettuale. Obbligazioni e responsabilità professionali*, Cedam, Padova, 1995.

**NATOLI, BIGLIAZZI, GERI**, *Mora accipiendi e mora debendi*, Giuffrè, Milano, 1975.

**NAVARRO VILARROCHA**, "El corretaje de los bienes inmuebles", *Revista General de Derecho*, nums. 442-443, julio-agosto, Editorial Revista General de Derecho, Madrid 1981.

**NEGRO, A.**, *Trattato dei nuovi danni. Volume VI: Danni da reato - Responsabilità processuale*, Aggiornamento "La vittoria delle tabelle milanesi", Cedam, Padova, 2011.

**NICOLÒ, A.**, *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958.

**NUÑEZ LAGOS, R.**, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.

**O'CALLAGHAN, X.**, *Compendio de Derecho civil*, Tomo 2, Dijusa, Madrid, 2009.

**ORDUÑA MORENO, F.J.**, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- OSCHI VESPASIANI, F.**, *La mediazione immobiliare. Attività, responsabilità del mediatore, tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2012
- OSTI, G.**, “La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico”, *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1912.
- PANZA, G.**, *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli, 1973.
- PERALES VISCASILLAS, M. P.**, “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3, Madrid, 2007.
- PÉREZ-CASTRILLO, D.**, “El Reparto del Botín”, *Un Paseo por la Geometría*, R. Ibáñez-Torres and. M. Macho-Stadler (eds.), Universidad del País Vasco, 2004.
- PERFETTI, U.**, *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Giuffrè, Milano, 1996
- PERLINGIERI, P.**, *I negozi su beni futuri*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- PINDICK R. S. y RUBINFELD D. L.**, *Microeconomía*, Ed. Prentice Hall, 1995.
- PLENTEDA, R.**, “La resolución per inadempimento”, *Il contratto: Validità, inadempimento, risarcimento* (a cura di Luigi Viola), Cedam, 2009.
- POSNER E.** *Agency models in Law and Economics*. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 92 (2D series), 2000.
- POZZI, M.**, “Mediazione e mediatore”, *Nuevo Digesto italiano*, Torino, 1940.
- PUGLIESE, N.**, *Il contratto di mediazione*, F.lli Lamagna, Roma, 1934.
- PUIG BRUTAU, J.**, *Fundamentos de Derecho civil II*, Bosch, Barcelona, 1977.
- PUIG PEÑA, F.**, *Compendio de Derecho civil, Tomo I*, Nauta, 1966, Barcelona.
- PUIG PEÑA, F.**, *Derecho civil. vol. III*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971.
- QUINTÁNS EIRAS, M.**, *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Cuadernos mercantiles, Madrid, 2000.
- RASMUSEN, E.**, *American law and economics review*, v6 n2, Agency Law and Contract Formation Agency Law and Contract Formation, Indiana University, 2004.

**REVERTE NAVARRO, A.**, "Comentario al artículo 1255 del Código Civil", en **ALBALADEJO, M.**, y **DIAZ ALABART, S.** (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º A, EDERSA, Madrid, 1993.

**ROCA SASTRE, R.M.** y **ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.M.**, Derecho hipotecario, 8ª ed., II, Bosch, Barcelona, 1995.

**ROCA SASTRE, R.M.**, "La causa en el negocio jurídico", *Estudios de Derecho Privado, I*, Bosch, Barcelona, 1948.

**RODRÍGUEZ CARDO**, "Los trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente", *Actualidad Laboral*, N.º 22, Quincena del 1 al 15 Dic. 2007, Tomo 2, Editorial LA LEY, Madrid, 2007.

**RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.**, *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2000.

**ROMEO CASABONA, C.M.**, "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas" *La Ley*, Madrid, 1993-3.

**ROZO SORDINI, P.E.**, "Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano" *Revista de Derecho Privado*, n4, Reus, Madrid, 1999.

**RUBINO, D.**, *L'Appalto*, Trattato de diritto civile italiano, Torino, 1980.

**RUBINO, D.**, *La compravendita*, A. Giuffrè, Milano, 1962.

**RUIZ DE VELASCO, A.**, *Manual de Derecho mercantil*, Universidad Pontificia de Comillas. ICADE, Madrid, 2003.

**SACCO, R.**, *Il contratto*, en *Trattato del diritto civile italiano, diretto da VASALLI*, Torino

**SALVADOR CODERCH, P.**, Artículo 1593, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

**SALVADOR CODERCH, P.**, Comentario del Código civil, t. II, art. 1588, Ministerio de Justicia, Madrid 1993.

**SÁNCHEZ CALERO, F.**, "Instituciones de Derecho Mercantil: Introducción, empresa y sociedades". Editorial Edersa. 18 edic. Madrid, 1995.

**SÁNCHEZ ROMÁN, F.**, Artículo 1588, en (AAVV) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Edersa)*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.

**SÁNCHEZ ROMÁN, F.**, *Estudios de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1899.

**SANDULLI, V.**, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989

**SANGIORGI, S.**, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè, Milano, 1965.

**SANPONS SALGADO, M.**, *El contrato de corretaje*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1965.

**SANTINI, G.**, *Commercio e servizi, Due saggi di economía del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988,

**SARGADOY BENGOCHEA, J.A.**, "Un contrato especial de trabajo: el *contrato* de ejecución de obra", *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1964.

**SCALFI, G.**, "Considerazioni sui contratti aleatori", *Rivista di Diritto Civile*, VI-1, Cedam, Padova, 1960,

**SCHÄFER, H. y OTT, C.**, *Manual de análisis económico del Derecho civil*", Tecnos, Madrid, 1991.

**SCHLESINGER, P.**, *La mediazione*, en *Il codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992.

**SCIALOJA, A.**, "Le fonti delle obbligazioni", *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1904.

**SCIALOJA/BRANCA**, *Commentario del Codice civile*, Roma-Bologna, 1988.

**SCOGNAMIGLIO, R.**, *Contratti in generale, Commentario del Codice Civile* (Dirigido por Scialoja, Branca, IV (arts . 1 .321-1 .352), Bologna, Roma, 1970.

**SIMONCELLI, V.**, *Istituzioni di Diritto privato italiano*, 3ª ed (riv. ed. aum. VASALLI), Roma, 1921.

**SMORTO, G.**, "Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in "civil law" e "common law", *Europa e diritto privato*, Nº2,

2008.

**SOLÉ RESINA, J.**, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

**SPINOZA, B.**, *Tratado político*, 2ª Ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985.

**STIGLITZ, J.**, *La Economía del Sector Público*, Antoni Bosch, Editor, Barcelona, 1988.

**STOLFI, M.**, "Mediazione", en *Comentario del código civile a cura di A. Scialoja e O. Branca, libro cuarto: "delle obbligazioni", arts. 1754-1812*, 2ªed. Del foro Italiano, Bologna-Roma, 1970.

**STOLFI, M.**, *Diritto civile III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919-1934.

**STORDEUR, E.**, *Análisis económico del derecho: sus elementos básicos*, Abeledo Perrot, 2010.

**TASENDE CALVO, J.J.**, "El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda", *Actualidad Civil*, Nº 21, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15, tomo 2, Editorial La Ley, Madrid, Dic. 2008.

**TOFFOLETTO, F.**, "Il recesso nel contratto d'opera en el contratto di lavoro autónomo di durata", *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994.

**TRAVIESAS, M.**, "El juego y la apuesta", *Revista de Derecho Privado*, IV, Reus, Madrid, 1917.

**TRIGO, M.B.**, *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

**TRIMARCHI, P.**, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009.

**TRIONI, G.**, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Torino, 1982

**TROPLONG, R.T.**, *Commentarie du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aleatoires*, Charles Hingray, ed., Paris, 1845.

**TRUJILLO DÍEZ**, *Comentarios al Código civil*, art. 1790, BERCOVIZT (Coord.), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.

**TUMEDEI, C.**, "Del contrato di mediazione", *Rivista di Diritto Commerciale*, Piccin, Padova, 1923.



- URÍA, R.**, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1958.
- VAQUERO PINTO, M.J.**, *El arrendamiento de servicios*, Comares, Granada, 2005.
- VARELLI, C.**, *La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953.
- VARIAN, H.R.**, *Microeconomía intermedia*, 8 ed, Antoni Bosch, Barcelona, 2011.
- VERDERA SERVER, R.**, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.
- VICENT CHULIÁ, F.**, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C.**, *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, La Ley, 2009.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C.**, *Los contratos de servicios*, La Ley, Madrid, 2009.
- VISALLI, N.**, *La mediazione* (I Libri dell'Istituto giuridici italiano), Cedam, Padova, 1992.
- VISINTINI, G.**, *Inadempimento e mora del debitore*, Artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano, 2006.
- VIVANTE, C.**, *Tratatto di diritto commerciale, vol I*, Fratelli Bocca, Milano, 1904.
- VON HAHN, F.**, *Kommentar zum allgemeinen deutsches Handelsgesetzbuch*, vol. I Braunschweig, 1894.
- WIEACKER, F.**, "El principio general de la buena fe", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1977.
- XIOL RÍOS, J.A.**, "La responsabilidad civil de los profesionales", *Anales de la Academia Matritense del notariado*, , tomo 49, Edersa, Madrid, 2009, pp. 561-584.
- YÁGUEZ, A.**, "El "resultado" en la obligación del médico. ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?", *Estudios del Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2006.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.**, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.
- ZACCARIA, A.**, *La incostituzionalità della riserva, ai soli mediatori iscritti, dell'esercizio anche occasionale dell'attività*, *Obbligazioni e contratti*, Vol. 6, Fasc. 12, Utet, Torino, 2010.

ZORRILLA RUIZ, M.M., DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medio y de resultado", *Anuario de Derecho civil*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp.185-211.