



Intermediación inmobiliaria y autonomía de la voluntad

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

El presente caso versa sobre los problemas nacidos de la inclusión en los contratos de intermediación inmobiliaria, de determinadas cláusulas que, aun habiendo sido integradas en el contrato por la autonomía de la voluntad de las partes, pueden verse las mismas afectadas por la doctrina vigente en materia de cláusulas abusivas, en los casos en que una de las partes (normalmente la parte que acude a la mediación como propietaria de los inmuebles) cuestiona su validez y rechaza su cumplimiento. El doble control de abusividad actualmente vigente no puede convertirse por sistema en un mecanismo impeditivo para la autonomía de la voluntad de las partes si estas manifestaron su deseo de incluir dentro del contrato determinados contenidos, pues de lo contrario dicha autonomía quedaría anulada sistemáticamente como principio esencial de las obligaciones y contratos. La voluntad de las partes, manifestada contractualmente, vincula a quienes negociaron un texto, no pudiendo negar ahora lo que antes reconocieron por pura conveniencia bajo la cobertura de una doctrina sobre cláusulas abusivas que no les era aplicable.

Palabras clave: intermediación inmobiliaria; autonomía de la voluntad; cláusulas abusivas; contratos de adhesión.

Fecha de entrada: 17-12-2018 / Fecha de aceptación: 27-12-2018

Enunciado

Una agencia inmobiliaria ha interpuesto una demanda contra una clienta que acudió a su agencia para encargar a la misma la venta de dos pisos. La agencia actora precisa que, con fecha 11 de enero de 2015, la demandada otorgó a su favor dos contratos de mediación para la venta de los inmuebles sitos en la calle del Desengaño n.º 100, pisos 1.º A y 1.º B, de Madrid, propiedad de la demandada. Los honorarios convenidos en cada uno de los encargos de venta fueron de 6.000 euros, más IVA y el precio establecido para la venta de cada uno de los inmuebles fue de 200.000 euros.

Además, la demandada autorizó a la agencia a recibir señales de cualquier posible cliente, tal y como resulta de los contratos de mediación suscritos. En ejecución del encargo la actora mostró los inmuebles en venta a don Manuel Pérez, manifestando este su intención de comprarlos. Con fecha 15 de enero de 2016 la actora firmó en nombre y representación de la demandada contrato de señal con don Manuel Pérez para garantizar la venta de la vivienda, recibiendo en ese acto del comprador, en concepto de señal, la cantidad de 30.000 euros.

En dicho documento se incluyó una cláusula anexa en la que la demandada reconocía un incremento en los honorarios pactados en los encargos de venta de 11 de enero de 2015, que se elevaron a un total de 18.000 euros más IVA, de los que 12.000 euros más IVA se abonarían con cargo a la señal entregada por el comprador a la firma del contrato privado de compraventa y los 6.000 euros restantes más IVA se abonarían por la propiedad en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa.

El 19 de enero de 2016, habiéndose formalizado en dicha fecha el contrato privado de compraventa de las viviendas propiedad de la demandada, los litigantes firmaron un nuevo documento en virtud del cual declaraban recibido por la agencia, en concepto de parte de honorarios, la cantidad de 14.520 euros, IVA incluido, y reconocían que quedaba pendiente la cantidad de 6.000 euros más IVA, a abonar en el momento de la firma de la escritura pública.

Por último, en fecha 31 de marzo de 2016 las partes suscribieron un nuevo documento en el que se hacía constar que habiéndose formalizado ese mismo día la escritura pública de compraventa de las viviendas de autos, la demandada se comprometía a abonar a la actora, en un plazo no superior al 5 abril 2016, el resto de honorarios pendientes de percibir por importe de 6.000 euros más el IVA correspondiente. La realidad es que la parte demandada no ha abonado los honorarios pendientes, lo que la ha obligado a interponer la demanda que comentamos en este caso.

La demandada propietaria y vendedora de los pisos rechaza las pretensiones deducidas de contrario y opone que los contratos de mediación suscritos son contratos de adhesión en los que la demandada únicamente negoció el precio de venta de las viviendas y los honorarios a percibir por la actora por su mediación en dicha venta, y en ellos no se contempló un posible incremento de los honorarios a percibir por la actora, no habiendo negociado las partes ningunos honorarios al margen de los fijados en el encargo de venta, que ya han quedado satisfechos. La parte opone que la actora únicamente hubo de enseñar tres veces las viviendas en venta, y ello por cuanto se ofertaban a un precio sensiblemente inferior a su valor de mercado por la premura en vender de la demandada, lo que propició que se encontrase comprador fácilmente.

La demandada reconoce que el 15 de enero de 2016 se firmó un contrato de señal para la venta de las viviendas y añade que al conseguir la actora un comprador para dichas viviendas impuso a la demandada, para proseguir con la operación, la firma de una cláusula anexa al documento de señal por la cual la vendedora reconocía adeudar a la agencia, además de los honorarios pactados en los contratos de mediación, otros 6.000 euros más IVA. La parte señala que dicha cláusula anexa no fue negociada individualmente entre las partes, sino que fue impuesta por la inmobiliaria que exigió unos honorarios abusivos sin que en dicha cláusula se hiciera constar la razón de dicho incremento.

Por tal motivo la parte entiende que la cláusula anexa es contraria a la buena fe y al principio de proporcionalidad y que causa, en perjuicio de la demandada, que tiene la condición de consumidora, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas de los contratos de mediación, solicitando por dicho motivo que la cláusula se declare nula por abusiva. Señala también la parte que en todo momento manifestó su disconformidad con dicha cláusula, habiéndose aprovechado la actora de su situación de prevalencia y de la urgencia en vender por parte de la demandada para imponer la misma. Además, alega que cuando firmó la debatida cláusula la actora le aseguró que correría con todos los gastos que pudiese conllevar la cancelación de las hipotecas, promesa que, sin embargo, incumplió.

La demandada precisa que existían discrepancias en cuanto a los honorarios a satisfacer a la actora por la cancelación de las hipotecas que gravaban las viviendas que se vendían. Por último, la parte señala que en todo caso el reconocimiento de deuda de la demanda tiene su origen en una cláusula nula por lo que carece de valor.

¿Debe estimarse esta demanda?

Cuestiones planteadas:

- Contrato de intermediación inmobiliaria como contrato de adhesión.
- Autonomía de la voluntad y cláusulas no negociadas abusivas.
- Jurisprudencia actual en esta materia.

Solución

Nos encontramos en presencia de dos contratos de intermediación inmobiliaria en los que la actora asumía el encargo de realizar las gestiones necesarias para la venta de dos inmuebles propiedad de la demandada. Los honorarios de la inmobiliaria estipulados en los contratos ascendieron a 6.000 euros más IVA por cada uno de los encargos. Ese precio, sin embargo, se vio incrementado en 6.000 euros más IVA, tal y como quedó reflejado en el contrato de señal suscrito con el comprador de los inmuebles en fecha 15 de enero de 2016, al que se añadió una cláusula anexa en la cual demandante y demandada acordaron elevar el importe de los honorarios de la inmobiliaria.

La demandada se opone al abono de dicho incremento alegando que nos encontramos ante contratos de adhesión y que la referida cláusula anexa no fue negociada individualmente entre las partes sino impuesta por la agencia, exigiendo unos honorarios abusivos y, por ello, nulos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC) a la que se añade que nos encontramos ante una relación de consumo sujeta, por tanto, a la Ley 1/2007, de 16 noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. La parte añade que tanto los contratos de mediación como la cláusula anexa al contrato de señal constituyen una condición general de la contratación que debe ser objeto de control de incorporación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la mencionada Ley 7/1998.

En relación con el control de transparencia de las cláusulas contractuales con base en lo dispuesto en la LCGC, conviene comenzar señalando que, conforme al artículo 1 de la citada ley, se entiende por condiciones generales de contratación [...] las cláusulas pre-dispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias.

Esta definición de condición general tiene como finalidad delimitar el ámbito de aplicación objetivo de la LCGC, es decir, establecer a qué cláusulas contractuales se aplicará el régimen jurídico especial contenido en la misma. Del precepto se desprende que la condición general de la contratación se caracteriza por las siguientes notas fundamentales: a) la predisposición o prerredacción de la cláusula con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos; y b) la imposición, pues la incorporación de las condiciones generales al contrato se produce por iniciativa exclusiva del predisponente frente a la que el adherente solo puede optar por tomarlas o dejarlas, es decir, por contratar sometiéndose a las condiciones generales preestablecidas o renunciar al contrato.

Por predisposición debe entenderse redacción de la cláusula previa a la fase de negociación y celebración del contrato, de forma que cuando las partes negocian el contrato en el

que se insertan las cláusulas, su contenido está «preparado». Este requisito es consecuencia del hecho de que este tipo de cláusulas se redactan para ser utilizadas en una pluralidad de contratos que se celebren por la misma entidad, lo que exige que las tenga «preparadas» antes de ofrecérselas a sus futuros clientes. Por ello, no cumplirán con el requisito de la prerredacción las cláusulas redactadas *ad hoc* para ser incorporadas a un único contrato.

Por otro lado, se alega, además, por la parte actora, que la cláusula controvertida es abusiva. A estos efectos, se ha de partir del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precepto que proclama que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que han de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Del tenor literal del artículo 4.2 se desprende que este tipo de cláusulas se excluyen del control de abusividad, si bien no con carácter absoluto, pues la exclusión se encuentra condicionada a una obligación de transparencia; en concreto, a su redacción clara y comprensible.

El mencionado precepto de la directiva no se incorporó a la entonces Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ello no obstante, la doctrina y la jurisprudencia (SSTS de 18 de junio de 2012, rec. núm. 46/2010 [NCJ057432] y 9 de mayo de 2013, rec. núm. 485/2012 [NCJ057740], entre otras) se han opuesto a la posibilidad de efectuar un control del contenido de los elementos esenciales del contrato sobre la base de una interpretación de la normativa española conforme a la directiva.

Sostener lo contrario equivaldría a otorgar al juez la potestad de controlar el precio, contraviniendo de esta forma el principio constitucional de libertad de mercado que proscribía que el derecho suplante a la competencia en la fijación del precio de los bienes y servicios.

Ahora bien, el hecho de que el juez no deba controlar el equilibrio de las contraprestaciones no veda el control de contenido de forma absoluta. Como se señala, la directiva sujeta a un límite la exclusión del control de contenido para las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato opera únicamente si las cláusulas han sido redactadas de manera clara y comprensible. Es por ello que la doctrina y jurisprudencia (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 y 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015) admiten que las condiciones generales reguladoras de los elementos esenciales del contrato pueden ser declaradas abusivas si incurrían en un defecto de transparencia.

Dicho control de transparencia supone, tal y como se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la superación de un doble filtro: un primer control de incorporación dirigido a garantizar que el adherente ha conocido –o al menos ha podido conocer– el contenido de la cláusula debatida, control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula. Y un segundo control de transparencia reforzado, dirigido a garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato, el cliente conocía las consecuencias económicas

que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran –o no– la cláusula en cuestión.

En este sentido, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Precisado lo anterior y volviendo al caso de autos, debe tenerse presente que la propia parte demandada ha reconocido en su contestación a la demanda que las cláusulas relativas a los honorarios de la entidad inmobiliaria contenidas en los dos contratos de mediación suscritos entre las partes sí fueron objeto de negociación entre las mismas.

A partir de aquí la discusión se centra exclusivamente en la cláusula anexa al contrato de señal. Pues bien, si se examina el contenido de la debatida cláusula, puede comprobarse que la misma se halla redactada y descrita en términos legibles y comprensibles, además su presencia resulta fácil de advertir, pues no se encuentra inmersa dentro de un conjunto extenso y abrumador de cláusulas, por el contrario, nos encontramos ante una única cláusula que aparece expresamente aceptada y rubricada por la demandada, por lo que resulta innegable que esta conoció y entendió el alcance de la misma.

De lo anterior se colige que la debatida cláusula cumple los requisitos contenidos en el artículo 5 de la LCGC y no adolece de oscuridad alguna en su redacción ni en su ubicación, no pudiendo pasar inadvertida para la demandada, pues es simple y concisa y no utiliza término técnico alguno, de manera que no permite la menor duda interpretativa para cualquier ciudadano medio con su simple lectura. Cumple así los requisitos de concreción y sencillez exigidos por el referido precepto, por lo que no es posible predicar de la misma ilegibilidad, oscuridad o incompreensión.

En cuanto a su ubicación, como ya se ha señalado, se encuentra en un epígrafe de un folio independiente, lo que permite localizarla, distinguirla e identificarla sin dificultad, de forma que su simple lectura permite conocer su alcance, contenido y sentido y la carga económica que implica para la demandada, disponiendo, por tanto, de la información necesaria para tomar una decisión fundada que posteriormente acepta con su firma, siendo las partes libres para fijar el precio que estimen oportuno para los servicios contratados. No debe olvidarse que la libertad de pacto entre las partes es principio de nuestro sistema contractual.

En este estado de cosas no es posible apreciar una falta de transparencia en la cláusula en debate, máxime cuando la demandada ha ratificado y confirmado dicha aceptación

en tres ocasiones, pues tras la firma de la debatida cláusula anexa el 15 de enero de 2016, suscribió un nuevo documento el 19 de enero de 2016 por el cual, después de declarar abonada una parte de los honorarios de la inmobiliaria, en concreto 12.000 euros con su correspondiente IVA (en total 14.520 euros), la demandada reconoce expresamente, y bajo su propia rúbrica, que queda aún pendiente de abonar, como resto de honorarios a percibir por la agencia, la suma de 6.000 euros más IVA que serán satisfechos en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa.

Por si esto fuera poco, la demandada suscribe un último documento en fecha 31 de marzo de 2016 en el que declara que, habiéndose formalizado en el mismo día la escritura pública de compraventa de las viviendas objeto de la litis, la misma se compromete a abonar a la entidad actora, en un plazo no superior al día 5 de abril de 2016, el resto de los honorarios pendientes de percibir por la agencia y acordados en el documento de fecha 19 de enero de 2016, es decir, 6.000 euros más el IVA correspondiente.

Resulta trascendental que este documento sea firmado después del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y, por tanto, una vez ultimado y consumado el encargo realizado a la inmobiliaria, siendo así que incluso en este momento la demandada sigue reconociendo la procedencia de los honorarios asumidos y la obligación de su abono. En este estado de cosas, no es posible aceptar la alegación de la parte demandada cuando señala que si la vendedora aceptó el incremento de honorarios verificado, fue porque así se lo impuso la inmobiliaria, que se aprovechó de su situación de prevalencia y de la urgencia en vender por parte de la demandada, alegación esta sobre la que no se aporta justificación ni acreditación alguna y que ha quedado desvirtuada por la propia actuación de la demandada, que de forma sucesiva reconoce y ratifica el incremento, incluso después de cerrada y culminada la operación de venta. Añadir que tampoco se acredita que el precio ofertado para la venta de los dos inmuebles fuera inferior a su precio de mercado, cuya justificación incumbía a la demandada, que es quien así lo alega.

En este estado de cosas no es posible aceptar y declarar una nulidad de la cláusula en debate por falta de transparencia. Por el contrario, y al haberla aceptado en tres ocasiones diferentes y sin poner reparos a la debatida cláusula, confirmó la misma y el contrato quedó perfeccionado, debiendo producir sus efectos. En este sentido cabe argumentar la prohibición del *venire factum proprium* (STC de 21 y 24 de octubre de 1988 y SSTs de 7 de diciembre de 2010, 15 de junio de 2012 y 8 de noviembre de 2012, entre otras muchas), especialmente cuando la misma ninguna impugnación y reclamación ha formulado en relación con dicha cláusula, y solo tras ser demandada por la entidad actora en reclamación de sus honorarios es cuando plantea la nulidad que ahora pretende obtener.

De lo anterior se desprende, sin ningún tipo de duda, que la demandada conoció, entendió y acordó con la parte actora el nuevo precio estipulado por la gestión de mediación asumida por la inmobiliaria, planteando a través de este correo electrónico la posibilidad de rechazar por su parte, y de forma unilateral, dicho precio, por considerarlo excesivo para el



trabajo realizado y por entender que se le ha hecho perder el tiempo a lo largo del proceso. Pero es más, con dicho correo se evidencia que el incremento respondió a un ajuste que la propia demandada estimó proporcionado a los servicios que de contrario estaba recibiendo, y reconociendo la demandada que existía una correlación entre ajuste y servicios, pretendió retractarse de manera injustificada.

Por último, y en relación con la supuesta situación de necesidad en la que se encontraba la demandada, lo que parece entroncar con la Ley de Represión de la Usura, señalar que la declaración de nulidad por usuraria de la clausura en debate exige cumplida prueba por parte de quien lo opone, en este caso la demandada, y la ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, acreditación que no ha existido, siendo así que de las circunstancias concurrentes lo que resulta es que la demandada se encontraba en una posición de igualdad en cuanto a la negociación de las condiciones y cláusulas del contrato con la agencia, hasta el punto de que incluso amenaza a esta con no avenirse a pagar el incremento de la comisión pactada.

Por otro lado, tampoco es aplicable al caso el artículo 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, no estando tampoco en presencia de ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 85, 86, 87 y 89 de la Ley de Consumidores y Usuarios 1/2007 vigente al tiempo del otorgamiento del contrato objeto de la litis, que por ello es la aplicable a nuestro supuesto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.255.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, art. 5.
- SSTS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013.