



INFORME SOBRE LA LICITUD DE LOS PACTOS DE EXCLUSIVA QUE ALGUNAS EMPRESAS INCLUYEN EN LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN INMOBILIARIA Y EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA CORRESPONDIENTE DEL CONTRATO, CUANDO UNA DE LAS PARTES SEA UN CONSUMIDOR.

I. Consulta planteada

La Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre la licitud desde el punto de vista de consumo de los pactos de exclusiva que algunas empresas incluyen en los contratos de mediación inmobiliaria, así como la condición de cláusula abusiva cuando una de las partes fuera un consumidor.

La consulta se refiere a la práctica que llevan a cabo algunas agencias inmobiliarias de incluir en los documentos contractuales con sus clientes un compromiso en virtud del cual el propietario del inmueble no realizará ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento de aquel, exigiendo, en caso de incumplimiento, el importe de la comisión pactada, aunque no intervenga en la operación o negocio.

Son por tanto dos las cuestiones planteadas. Por un lado, si la cláusula de exclusiva en el contrato de mediación puede establecer la obligación del propietario ofertante de no realizar ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento del inmueble, excluyendo su actuación personal y directa para la formalización de la venta. La segunda, si supuestamente aceptado este pacto de exclusiva, el mediador puede exigir, en caso de incumplimiento del mandante del indicado pacto, el importe íntegro de la comisión pactada, aunque no hubiera participado en el buen fin de la operación o negocio.

Examinada la consulta, y en función del interés general de la misma, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición considera oportuno proceder a su tramitación de conformidad con el procedimiento aprobado en la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo.

II. Observaciones sobre el fondo del asunto



En relación con la consulta planteada por la Junta de Andalucía se formulan las siguientes consideraciones:

La cláusula en cuestión se encuentra inserta en un contrato de corretaje en el que un particular realiza el encargo de venta o arrendamiento de su propiedad a una agencia inmobiliaria.

Dicho contrato es un modelo atípico de mediación inmobiliaria, cuya definición y perfiles han sido definidos jurisprudencialmente en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (4 de diciembre de 1953, 28 de febrero de 1957, 27 de diciembre de 1962, 22 de diciembre de 1992, 4 de julio de 1994 o 4 de noviembre de 1994). De igual modo, existe una amplia jurisprudencia respecto al derecho de cobro de los honorarios derivados de tales contratos, que de forma general queda supeditado a la condición suspensiva de la celebración del contrato o también si el oferente se ha aprovechado de la labor mediadora para celebrarlo directamente.

Relacionado con este derecho de cobro o devengo de honorarios aparece la cláusula sobre el pacto de exclusividad objeto de la consulta, en virtud de la cual la agencia se reserva el derecho a gestionar la venta o arrendamiento de inmuebles durante un plazo determinado, recogiendo el compromiso del oferente de no gestionarlo por sí mismo. La consecuencia de la falta de cumplimiento de ese compromiso es la exigencia al cliente de la comisión pactada.

Respecto a la primera cuestión planteada, en cuanto a si la cláusula de exclusiva en el contrato de mediación puede establecer la obligación del propietario ofertante de no realizar ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento del inmueble, excluyendo su actuación personal y directa para la formalización de la venta, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones en sentidos contradictorios, sin que en ningún caso las sentencias se hayan referido a una relación de consumo. Las Audiencias Provinciales también se han pronunciado al respecto en ambos sentidos, si bien, en este caso, una de las partes contratantes sí que era un consumidor. Entre las que han considerado abusiva dicha cláusula destacan las sentencias de las Audiencias Provinciales de Ciudad Real, sección 1ª, de 25 de junio de 2013, de Huelva, sección 1ª, de 5 de febrero de 2010, de Madrid, sección 20ª, de 23 de septiembre de 2009, de Córdoba, sección 3ª, de 2 de marzo de 2009 y de Granada, sección 5ª, de 18 de mayo de 2007.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia número de 10 de Santander, en su reciente Sentencia de 25 de febrero de 2015, aun reconociendo la disparidad de las sentencias existentes



al respecto, declara la nulidad por abusiva de una cláusula que impedía al demandado vender por sí su vivienda durante la vigencia del contrato, basándolo en la falta de reciprocidad (artículo 87 TRLGDCU), la imposición al consumidor de una limitación injustificada de sus derechos (artículo 86.7 TRLGDCU) y la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta (artículo 85.6 TRLGDCU). Señala esta sentencia que lo único cierto e indiscutible de la cláusula que nos ocupa es que el propietario queda en manos de la inmobiliaria porque ésta se asegura el cobro de la comisión, haya hecho mucho o poco para favorecer la venta.

En cuanto a la falta de reciprocidad el Juzgado afirma lo siguiente: *“no se advierte qué contraprestación añadida ofrece la inmobiliaria a cambio de renunciar el propietario a cerrar la venta por sí. Es cierto que la inmobiliaria, desde el momento en que recibe el encargo, realiza una serie de inversiones en medios materiales y humanos que no sabe si va a rentabilizar. Pero éste es precisamente el riesgo empresarial de tal actividad comercial, análogo al de cualquier corredor o agente”*.

Ahora bien, la existencia de sentencias contradictorias en caso de contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación cuando el adherente sea un consumidor y usuario, es un hecho que, sin embargo, no debe ni puede perjudicar sus intereses económicos. Cómo tiene declarada la jurisprudencia europea (a modo de ejemplo, las sentencias del TJUE de 30 mayo del 2013 o de 27 de febrero de 2014), el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. A este respecto, según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

En el ámbito procesal, el carácter imperativo de esa disposición, en caso de sentencias de nulidad de una condición general por abusiva, produce la extensión de sus efectos a contratos con consumidores y usuarios no litigantes. Es decir, su extensión *“ultra partes”* sólo se produce en beneficio del consumidor y usuario pero no en beneficio del profesional.

Esta característica se aprecia en el Derecho español en normas como el art. 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al señalar que siempre *“en todo caso en que hubiere*



prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales”, ordena su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación, de modo que, la persona consumidora o adherente que tenga en el contrato una cláusula idéntica o semejante a la declarada nula podrá invocar la sentencia anterior que le favorece. Sin embargo, esa misma sentencia no podrá ser invocada por el profesional predisponente respecto de otras personas consumidoras no litigantes, pero es que ni esa ni aquella otra que haya declarado la validez de una cláusula semejante siempre que la indicada cláusula hubiera accedido al registro de condiciones generales como cláusula abusiva.

Por tanto, a efectos de la competencia sancionadora de las CC.AA, a la hora de determinar si el consumidor y usuario puede alegar o no a su favor la nulidad de la cláusula de exclusiva en la mediación inmobiliaria, que para cláusulas semejantes ha sido declarada por numerosas Audiencias Provinciales, se puede concluir que, aunque existen sentencias contradictorias sobre la validez o el carácter abusivo de la cláusula de exclusiva en la mediación que impone al propietario del inmueble cuya venta o arrendamiento se persigue, la obligación de no realizar de manera personal y directa gestiones encaminadas a dicha venta o arrendamiento, debe prevalecer la posición de aquellas sentencias que se inclinan por el carácter abusivo de la cláusula, por razón del carácter semiimperativo de las normas de protección de los consumidores, que permiten, exclusivamente en interés de los mismos, la utilización “*ultra partes*” de las sentencias que las favorecen pero no de las que les perjudican.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, relativa al cobro de la comisión, la jurisprudencia es más uniforme en este caso, y el fallo del JPI Santander núm. 10 antes reseñado señala que “*en lo que están unánimemente conformes las Audiencias Provinciales, incluso las que no consideran que este tipo de pactos sean abusivos, es en que toda cláusula penal que, para el caso de incumplir el propietario el pacto de exclusiva, fije una cantidad superior al 50% de la que correspondería en concepto de honorarios de haber desempeñado satisfactoriamente la inmobiliaria el encargo, es una indemnización desproporcionadamente alta, injustificada, y abusiva a tenor del artículo 85.6 LGDCU (y así cabe citar las SSAP Burgos, sec. 3ª 7-II-12, y sec. 2ª, S 29-7-I1; Barcelona, sec. 13ª, S 31-5-11; y Madrid, sec.2ª,23-9- 09, y sec. 2ª,5-6-07)*”. En la hipotética cláusula que se estudia se establece una indemnización equivalente a la totalidad, 100%, de los honorarios estipulados. Se puede afirmar por tanto que resulta uniforme el tratamiento de la cláusula que impone la obligación de asumir el pago de la totalidad de la comisión cuando se vulnera dicho pacto de exclusiva, el cual ha recibido la consideración de cláusula claramente abusiva por desproporcionado.



Por otra parte, esta misma sentencia señala que la única posibilidad que le quedaría a la agencia para reclamar el cobro de una comisión sería la de probar que el comprador/arrendatario de la vivienda ha entrado en contacto con el propietario de la vivienda aprovechando las gestiones de su inmobiliaria, recayendo en este caso sobre ella la carga de la prueba. Al respecto la Sentencia establece que *“la inserción del anuncio de venta de la vivienda por internet, la colocación de un cartel de venta en la vivienda y la realización de cuatro visitas de potenciales clientes, y la inserción del anuncio en la plataforma llevada a cabo con ocho meses de retraso respecto a la firma del encargo [...] no parece un esfuerzo promocional que justifique ni el restrictivo pacto de exclusividad firmado en su día ni el devengo de honorario alguno por una venta en la que no intervino”*.

En función de las anteriores consideraciones, cabe concluir que la legalidad de la práctica a la que se hace referencia en la consulta, incorporada en este caso a las condiciones generales de diversos contratos de corretaje, debe examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGDCU.

De conformidad con las disposiciones del texto refundido, para que una cláusula de un contrato pueda ser considerada como abusiva se tienen que dar tres requisitos: que no exista negociación individual de las cláusulas del contrato, que se produzca en contra de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y que las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa, lleven a tal conclusión. Así se desprende del artículo 82 del TRLGDCU que establece la denominada cláusula general. El apartado 4 de este artículo está referido además a la denominada lista negra de cláusulas abusivas, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas:

“4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*



d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.”

Por otra parte, la declaración de nulidad por abusiva de una condición general corresponde, en principio, a los jueces (artículo 83 TRLGDCU), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores (artículo 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, artículo 84 del TRLGDCU y artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria).

A las autoridades de consumo les corresponde la potestad sancionadora en materia de cláusulas abusivas, quienes podrán sancionar al profesional que utiliza cláusulas abusivas en los contratos (artículo 49.1. letra i del TRLGDCU).

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, en la medida en que se otorga al mediador un derecho de cobro de honorarios con independencia de que sus gestiones hayan contribuido o no a la conclusión del contrato de compraventa o arrendamiento, otorgándole una posición jurídica mejorada frente al consumidor que no recibe ningún tipo de contrapartida sustancial a cambio.

En concreto, dicha cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 87 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas por falta de reciprocidad:

“**Artículo 87.** Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:



1. *La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.*

(...)

4. *La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.*

(...)

6. *Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.”*

Por otro lado, también se podría considerar abusiva desde la perspectiva de limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, como es la posibilidad de vender o arrendar su propiedad por sí mismo (artículo 86.7 del TRLGDCU):

“**Artículo 86.** *Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.*

[...]

7. *La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”*

Por último, igualmente podría ser abusiva, de acuerdo con lo establecido en apartado 6 del artículo 85 del TRLGDCU, el establecimiento de una indemnización para el caso de incumplimiento del propietario del pacto de exclusiva, consistente en el pago de los honorarios



que le hubieran correspondido al mediador en caso de haber desempeñado satisfactoriamente el encargo, lo que supondría una compensación desproporcionadamente alta e injustificada:

“Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

[...]

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.”

III. Conclusión:

En función de las consideraciones formuladas anteriormente, cabe responder a la consulta formulada por la Junta de Andalucía en los siguientes términos:

Se considera abusiva la cláusula incluida en un contrato de corretaje por medio de la cual el propietario de un inmueble se compromete a no realizar ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento del mismo, estableciéndose que en caso contrario la agencia inmobiliaria podrá exigir el importe de la comisión pactada, aunque no haya intervenido en la operación o negocio, así como la práctica de las agencias inmobiliarias de exigir el cobro de la totalidad de la comisión pactada en caso de que el oferente del inmueble realice de forma directa la venta o arrendamiento durante el período de exclusividad pactado.

Madrid, 9 de marzo de 2016