



CONTRATO DE MEDIACIÓN, SITUACIONES FÁCTICAS Y PRONUNCIAMIENTO POR EL DERECHO AL COBRO (O NO) DE LA COMISIÓN, CON REFERENCIA A CASOS DE JURISPRUDENCIA

Por Gustavo Acevedo Fagúndez Rosa

I) Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad ahondar en lo que refiere al contrato de Mediación, especialmente en lo que atañe al momento en que se genera el derecho al cobro de la comisión por parte del mediador, analizando la jurisprudencia de los últimos años. Debe señalarse que, a diferencia de otras legislaciones, nuestro ordenamiento presenta un vacío en lo que refiere al negocio de mediación, pues el contrato no está regulado en forma específica. Ante esta situación, es trascendental la labor armonizadora de los jueces.

Los fallos, en este tema, han tenido decisiones antagónicas para situaciones similares e incluso los jueces han identificado la naturaleza jurídica del negocio de mediación de forma diversa, algunos como arrendamiento de servicios, otros como arrendamiento de obra, contrato innominado y otros lo asimilan al corretaje mercantil.

II) Concepto



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

En primer lugar, para comenzar con el análisis referido, debemos conceptualizar al contrato de mediación. Así Messineo enseña que “existe una mediación toda vez que exista una labor que consista en poner en relación a dos o más personas para la conclusión de un negocio” (Messineo, Tratado de Derecho Civil y Comercial, T. VI, pág. 65). Carnelli, siguiendo a Messineo, lo define como la convención por la cual se comete a una de las partes llamada mediador, para poner en relación a dos o más personas para la concertación de un negocio. Según Carnelli, dicho contrato se tipifica como contrato de resultado porque, mira a la producción de un resultado, no a la actividad destinada a producirlo.

En cuanto a la denominación, las sentencias de la primera mitad del siglo hacían referencia al “corretaje inmobiliario” como sub-especie del corretaje, estableciéndose que “el corretaje es en sí especial y objetivamente autónomo, tiene vida propia, su carácter civil o comercial resultará de la propia operación a que el mismo se refiera” (LJU. T.18 caso 2827; y jurisprudencia T. 21, pág 66, caso 5128).

A partir de la década del “50” las sentencias comienzan a referirse al negocio como “mediación”, denominación que se generalizó luego bajo la influencia de de la doctrina italiana, recogida en nuestro país por Carnelli y Gamarra, y la jurisprudencia nacional a partir de 1969.

III) Naturaleza Jurídica

Todos estamos de acuerdo en que el contrato de mediación, es un contrato que trae aparejado un negocio civil. Pero hay quienes lo consideran (como se dijo en la Introducción) que es un arrendamiento de servicios, basándose en los fallos más antiguos, donde se sostenía que el corredor de bienes inmuebles es un locador de servicios, y que por tanto regula sus funciones conforme a los artículos 1831 y siguientes del Código Civil (LJU T. 18 caso 2827, LJU T. 19 caso 2940 y 2987; T. 68 caso 8124; etc.). Pero esta teoría sería refutable ya que, el mediador no se obliga a un hacer (actividad), ni asume obligación alguna, y lo que importa es el resultado de esa actividad y no la actividad por si



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

misma (aunque esto es uno de los puntos de discusión más importantes que tiene este contrato y tiene que ver con el momento en que se hace exigible por parte del mediador, el derecho al cobro de la comisión, tema a ser tratado más adelante). Otros lo consideran, entre los que se incluye Carnelli, como un arrendamiento de obra, ya que sostienen que es el resultado de un trabajo y no el trabajo mismo, es decir, mira a la producción de un resultado, no a la actividad destinada a producirlo (LJU T.28 caso 3903; T.48 caso 6076; T. 67 caso 8037 y 8041; etc.).

Parte de la doctrina, a la que me adhiero (quizás sea la posición más cautelosa) entiende que es un contrato innominado, que tiene características propias, que hacen que sea de aplicación en algunos casos las normas del Código Civil, y en otras situaciones y por analogía las disposiciones del Código de Comercio aplicables al corretaje.

IV) ¿Cuándo se debe el pago de la Comisión?

Con este cuestionamiento, se plantean las mayores discusiones dentro del contrato que estamos analizando. Parte de la corriente jurisprudencial entiende que para tener derecho a la comisión, alcanza con que el mediador logre el *acercamiento de las partes*. En cambio, la doctrina mayoritaria ha entendido necesaria la existencia de dos requisitos esenciales para dar nacimiento al derecho del mediador al cobro de su comisión: a) la efectiva conclusión del negocio final, y b) que dicha conclusión del negocio, haya sido consecuencia de la mediación, es decir que exista una relación de causalidad entre el actuar del mediador y la conclusión del negocio. Así Messineo entiende que, “la comisión no se debe sin más; la misma queda (doblemente) subordinada a la efectiva conclusión del negocio y al hecho de que tal conclusión haya estado en relación de efecto a causa (nexo de causalidad), respecto de la intervención del mediador” (Messineo, Francisco; “La Mediación” en Manual de Derecho Civil y Comercial; T. VI; pág. 70; Buenos Aires).

De esta forma procedemos a analizar cada una de las posiciones expuestas anteriormente.



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

a) Posición que considera que basta con el mero acercamiento de las partes para generar el derecho al cobro de la comisión

El TAC 2° en sentencia número 293 del 24 de noviembre de 2004, manifestó: "... existen múltiples grados o matices en la labor de intermediación que van desde una actividad máxima, que además del mero acercamiento de las partes se incluye la colaboración para establecer las condiciones finales de la contratación, hasta aquella mínima en que la tarea solo se confina meramente a poner en contacto las partes... la celebración de éste (el contrato) no integra la actividad específica de aquel (el mediador), que se agota en el mero acercamiento, en la concordancia de los futuros contratantes" (Anuario de Derecho Civil Uruguayo; T. XXXV; c. 481; pág. 220).

El primer antecedente de este criterio se ubica en la sentencia del Dr. Berro Oribe (LJU c. 4834; el que se trataba de la mediación en un préstamo con garantía hipotecaria), al considerar que "la comisión se debe, prestados los servicios, aunque la operación no se verifique". En materia inmobiliaria, la referencia más remota corresponde al Dr. Pereira, para quien "con el acercamiento se cumple la efectividad de la mediación, dado que con ello se obtuvo el resultado" (LJU c. 7236; Civ. 6°; 24/10/63). Esta postura también la adopta el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno (LJU caso 11.674; T. 102; pág. 216 a 218), cuando establece que "Para el Tribunal, en cambio, lo relevante es el logro del resultado que se propuso el mediador, resultado que puede expresarse a través de una muy variada gama de modalidades contractuales, según lo dicte el interés y la conveniencia de los contratantes, destinatarios de la labor de aproximación. En este sentido ha decidido en forma reiterada (sentencias 64/87, 125/87 y 317/88, entre otras) que el derecho a cobrar comisión surge desde que el mediador logra el acercamiento de las partes que se transforman en contratantes en función de su labor de acercamiento activa, con abstracción de la naturaleza jurídica (contrato preliminar o definitivo) del vínculo



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

negocial y de las ulteriores vicisitudes del contrato: retractación, anulación, rescisión o actuación de cualquier medio extintivo extraño a la gestión mediadora”.

En sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 18° Turno (LJU caso 9624; T. 83; Año: 1981), también se optó por la misma posición, fundándose en que “la celebración del negocio no integra la actividad específica del mediador, que se agota en el acercamiento, en la coincidencia de los futuros contratantes, por lo que la desinteligencia inesperada, la retractación sobrevenida después de haberse logrado la coincidencia de las partes no puede privar al mediador de la prestación que le es debida por haberle logrado”.

Asimismo, en un caso citado en la Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (Revista AEU; vol. 81 N°1-6; enero-junio 1994; pág. 133 a 138), la Sede participó de la referida corriente jurisprudencial, estableciendo que si el mediador obtiene el resultado esperado de su gestión (el acuerdo para la celebración del negocio que motivó la mediación), adquiere el derecho al cobro de la comisión, siendo irrelevante que después de logrado el concierto o coincidencias de voluntades, una o ambas partes desistan de la negociación programada por obra del mediador. En segunda instancia, se mantuvo la misma posición, fundándose en lo que sostuvo el Dr. Hugo Lorenzo, en sentencia N° 106/87 del Juzgado Letrado en lo Civil de 5° turno, estableciendo: “... lo esencial de la obligación del comisionista consiste en poner en relación a las partes del negocio principal, lo que en el caso de autos aconteció; por el contrario, no es de esencia de la mediación que el intermediario participe de las tratativas ni menos en la instrumentación del contrato porque ésta ya es tarea notarial”. Sostienen que en el contrato de mediación, el mediador alcanza el resultado cuando obtiene que las partes se pongan de acuerdo sobre los extremos negociales, siendo indiferente, respecto al derecho a comisión del mediador que después de ese acuerdo se retracten o dejen de aplicarlo por culpa o dolo de alguna de las partes. En comentario realizado por el Escribano Enrique Jorge Rivera, acerca del caso referido, sugiere que se haga



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

comparecer al intermediario en los “boletos de reserva” y que se preste su conformidad en el sentido de que notifique de si no se lleva a cabo la negociación definitiva, por problemas de documentación, o por inscripciones en los certificados que afecten a la misma, etc., el negocio (la reserva de venta) se rescindirá, y no tendrá derecho alguno al cobro de su comisión. Aconseja esto el Escribano, ya que considera que pueden darse casos de injusticia total, donde muchas veces, las reservas de venta se otorgan sin un análisis exhaustivo de la documentación, o sin certificados registrales, que impiden saber por ejemplo la existencia de embargos, etc., lo que como sucede en el caso planteado, no importaría, ya que el intermediario podría cobrar igualmente la comisión, pues terminó su actuación con el acercamiento de las partes; cosa que según el Escribano nombrado acarrearía un supuesto de injusticia total.

Sostienen Raúl Gamarra y Luis Larrañaga, en uno de sus artículos publicados, denominado “El negocio de Mediación o Corretaje Inmobiliario”, que si el acercamiento fuera el generador de la comisión se estaría desvirtuando no sólo la función y finalidad del negocio de mediación, sino incluso su naturaleza jurídica, ya que en tal sentido habría que sostener que el crédito nace con la actividad, lo que implica someterlo a la disciplina del arrendamiento de servicios. Jorge Gamarra en uno de sus artículos (Gamarra, Jorge; “Derecho del Mediador a la comisión y conclusión del negocio”; Anuario de Derecho Civil Uruguayo T. XVII) establece que existe muy numerosos pronunciamientos que afirman el derecho a la comisión, cuando el mediador logró el “acuerdo de partes”. A raíz de esto se pregunta, ¿qué se entiende por negocio concluido? A esto se responde que, hay negocio concluido cuando existe acuerdo de partes (con esa afirmación, se estaría afirmando la existencia del derecho del mediador en situaciones donde el negocio no está perfeccionado). Comúnmente, el consentimiento es definido como acuerdo de partes, y podría entenderse entonces que, cuando existe acuerdo de partes siempre habría contrato. **Pero el equívoco, sostiene Gamarra, proviene de que si bien el acuerdo de partes equivale a contrato perfeccionado, cuando**



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

éste es consensual, no sucede lo mismo tratándose de contratos solemnes, ya que en ellos el acuerdo de voluntades, sin la forma solemne exigida por el legislador, no perfecciona el negocio. Más aún, ni siquiera puede decirse que haya acuerdo de partes, en tanto este acuerdo no sea exteriorizado a través de la forma requerida.

Esto nos da el pie para pasar a analizar la segunda postura con respecto al momento en que es exigible el derecho al cobro de la comisión por parte del mediador.

b) Posición que exige la conclusión del negocio y la relación causal (por la intervención del mediador) como presupuestos para el cobro de la comisión.

La otra corriente jurisprudencial exige el cumplimiento de los dos requisitos supeditados por la doctrina, para generar el derecho a la comisión, esto es, la necesidad de conclusión del negocio y un nexo causal entre el actuar del mediador y el perfeccionamiento del negocio final. Para fundamentar esta posición, Gamarra entiende que debemos definir qué se entiende por “resultado”, ya que es un lugar común hablar de “resultado” en la mediación: es menester que en la mediación, el mediador alcance un resultado, pero, ¿cuál es ese resultado? Sostiene Gamarra que, el sujeto que acude al mediador no le basta con que lo ponga en contacto con otro sujeto para desarrollar una mera relación de tratativas. **Por consiguiente, sostiene el maestro uruguayo, el único resultado útil que puede producir la mediación es la conclusión (en el sentido de perfeccionamiento) del negocio final, y la retribución que se debe al mediador, recompensa a éste por la obtención del mismo.** Sólo la conclusión del negocio beneficia a las partes, porque realiza el interés perseguido por éstas con el contrato de mediación.

Ahora bien, se destaca como requisito de esta posición, no sólo la conclusión del negocio sino, que el mismo sea obra y gracia de la intervención del mediador, es decir la existencia de un nexo causal entre el



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

acto del mediador y el perfeccionamiento del negocio final. La trascendencia del nexo causal quedó asentada en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en cuanto aseguró que “si no hubo relación de causalidad entre el trabajo del mediador y la venta operada, aquel no produjo el resultado que pudiera dar causa a su retribución (Anuario de Derecho Comercial; T. 4; c. 91). En este sentido, ¿cuál doctrina sobre la relación de causalidad es la que corresponde aplicar para los casos de mediación? Analizando jurisprudencia vemos que si bien existe alguna sentencia que hace hincapié en la causalidad eficiente, indagando en el valor que corresponde a cada circunstancia e individualizando aquella que se considere la más eficaz, prima la doctrina de la *causalidad adecuada*, es decir aquella que mira a aquel o aquellos acontecimientos que producen normalmente la conclusión del negocio, las que sin la existencia de las mismas, el negocio no se habría llevado a cabo.

Realizando un estudio pormenorizado de la jurisprudencia acerca del contrato de mediación encontramos que en la actualidad, la gran mayoría de las sentencias tienen una gran inclinación hacia esta posición analizada (así tenemos las siguientes sentencias: LJU vol. 112, pág. 213-216; LJU vol. 102, pág. 225-227; LJU CASO 15026, vol. 131, pág. 225-226; LJU SUMA 137091, T. 139, Año 2009; LJU CASO 15097, T. 132, Año 2005; LJU 116015; LJU CASO 10741, T. 94, Año 1987; LJU CASO 10822, T. 95, Año 1987). **En todas ellas, se establece que la “comisión” queda doblemente subordinada a la efectiva conclusión del negocio y al hecho de que tal conclusión haya estado en relación de “efecto a causa” (nexo de causalidad), respecto de la intervención del mediador.** Se observa así, la influencia de Messineo (“Tratado Civil y Comercial”, T. VI, pág. 70 y ss.), quien establece que la “comisión”, viene a ser la compensación de la actividad prestada por el mediador, en cuanto la misma se resuelva en un resultado ventajoso para las partes. Citan al autor en las sentencias de LJU CASO 10822 y LJU CASO 11677, donde Messineo entiende que “el mediador no debe limitarse a indicar a uno de los futuros contratantes, la existencia de persona que puede convertirse en la eventual



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

contraparte, sino que debe ejecutar obra activa de aproximación entre los interesados, colaborando con ellos para reducir y eliminar divergencias que, de ordinario existen entre las pretensiones y las posiciones iniciales de la una y de la otra, de manera que la conclusión del negocio sea el efecto directo de su actividad”.

Un aspecto interesante, y que está relacionado con lo antedicho, es el tema del fraude al mediador. Con respecto a esto, Gamarra sigue la postura de Azzolina, quien establece que no habiéndose concluido el negocio el mediador no tiene derecho a la comisión, porque no es concebible el fraude, esto es, el propósito doloso de eludir el derecho ajeno, si este derecho no existe. Sostiene Gamarra, en su artículo “Derecho del Mediador a la Comisión y conclusión del negocio”, que el hecho de que “las partes prescindan luego, del mediador y celebren “directamente” el contrato, no es, en puridad, una maniobra fraudulenta, puesto que lograda la causalidad, el mediador no tiene por qué participar en la etapa final del perfeccionamiento negocial”. En cambio, son típicas maniobras fraudulentas, aquellas en las cuales se pretenden simular un aparente desistimiento, para efectuar después la negociación, o dilatar la conclusión del contrato hasta luego de expirado el plazo de exclusividad, o rescindir de mala fe la mediación encomendada, etc.

Concluyendo, del relevamiento de los casos analizados se desprende que la tendencia mayoritaria en nuestra jurisprudencia, a la que me adhiero sin lugar a dudas, es la de exigir como presupuestos para el cobro de la comisión, la conclusión del negocio y la relación causal.

V) Derecho a la comisión en contratos sujetos a condición

El derecho del mediador a la comisión se regula de manera particular si el negocio final está sometido a condición suspensiva o resolutoria.

a) Condición suspensiva



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

Si la condición es suspensiva, sostiene Gamarra, el estado de pendencia de la misma se comunica a la comisión y si la condición no llega a realizarse, la comisión no es debida. El mediador, en ese caso, sufre el álea o asume el riesgo de verificarse el evento dispuesto como condición.

En suma, si el negocio final está sujeto a una o más condiciones suspensivas, si no se cumple la misma, no sólo no habrá resultado, sino que tampoco habrá crédito exigible del mediador.

b) Condición resolutoria

En lo que respecta al contrato sometido a condición resolutoria, es importante citar lo establecido por el Dr. Piatniza, quien destacó certeramente que en tales casos, la comisión se debe en razón que “la obra del mediador ha dado una utilidad inmediata a las partes y estas deben la comisión aunque después por efecto de la retroactividad de la condición resolutoria verificada, tal utilidad se manifieste como absolutamente precaria y llegue a disiparse”. (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XVII, pág. 205)

VI) Derecho a la comisión y otras vicisitudes del negocio

a) Negocio inexistente

El negocio es inexistente cuando carece de los presupuestos esenciales para la existencia del contrato, esto es, capacidad jurídica y/o poder normativo negocial. La capacidad jurídica, la tienen todos los individuos de la especie humana. La falta de poder normativo negocial importa que en determinadas situaciones exista una prohibición legal dirigida a los sujetos de derecho para crear normas jurídicas. Por consiguiente, en esos supuestos, el negocio no ha nacido, es inexistente y en consecuencia la comisión no se debe.

b) Negocio absoluto o relativamente nulo



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

Nuestra jurisprudencia optó en estos casos por el derecho del mediador al cobro de su comisión. Sin embargo, y a raíz de lo antedicho con respecto al momento en que es exigible el derecho al cobro de la comisión en la mediación, considero que los requisitos necesarios para generar el derecho a dicho cobro no se han cumplido, consecuentemente no sería exigible el mismo, ya que el negocio no se ha perfeccionado. En efecto, no estamos ante el incumplimiento de las obligaciones que supone un negocio perfeccionado y por ende inoponible al crédito del mediador, sino ante un negocio nulo con ineficacia originaria o superviniente.

Cabe agregar que, para una parte de la doctrina, los efectos de la nulidad absoluta o los de la relativa declarada judicialmente, se igualan a los de la inexistencia negocial. Y dado que el negocio inexistente no hace nacer el derecho al cobro de la comisión por parte del mediador, la misma conclusión debería colegirse en caso de negocio nulo.

c) Resolución por incumplimiento y receso unilateral

La jurisprudencia nacional, está de acuerdo en cuanto a que la cesación de eficacia del negocio como consecuencia de la resolución por incumplimiento, no obstaculiza el cobro de la comisión. El fundamento para ello se encontraría en la circunstancia de que la causa de resolución, nada tiene que ver con el perfeccionamiento del negocio, lo que si ocurría con la inexistencia y/o la nulidad. (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XVI, c. 391 y T. XVII c. 540)

Finalmente, cabe señalar (como ya se expresó anteriormente, cuando nos referimos al fraude al mediador) que si el negocio no estuviera perfeccionado, los interesados pueden dejar sin efecto las tratativas (en forma unilateral o de común acuerdo) sin que ello genere derecho a la comisión.



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

Así estaríamos finalizando lo que refiere al análisis e investigación realizada en el presente trabajo, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, del *Contrato de Mediación*, el cual como se dijo, presenta grandes particularidades principalmente en lo que respecta al derecho a hacer exigible el cobro de la comisión por parte del mediador, y el momento en que puede hacerse exigible la misma.

BIBLIOGRAFÍA:

- “El Negocio de Mediación o Corretaje Inmobiliario” Raúl Gamarra-Luis Larrañaga.
- “Contrato de Mediación ¿Cuándo se debe el pago de la comisión?” Raúl Gamarra Santa Cruz-Laura Araujo Lodeiros. ADCU vol. 37. Año 2007.
- “Derecho del mediador a la comisión y conclusión del negocio” Jorge Gamarra.
- LJU Vol. 104 pág. 333 a 336.
- LJU SUMA 137091. Tomo 139. Año 2009
- LJU caso 15097. Tomo 132. Año 2005
- LJU caso 116015.
- LJU caso 10741. Tomo 94. Año 1987
- LJU caso 10736. Tomo 94. Año 1987
- LJU caso 10822. Tomo 95. Año 1987
- LJU caso 9624. Tomo 83. Año 1981
- “Naturaleza jurídica de la inmobiliaria”. Juan Manuel Gimenez.
- “Contrato de Mediación” ADCU vol.17, pág. 159. Año 1996
- LJU vol. 102, pág 216 a 218
- LJU vol 102, pág 225 a 227
- LJU caso 15026. Vol 131 (Mayo/Junio 2005). Pág 225 a 226
- LJU vol. 112. Pág 213 a 216
- LJU vol. 99. Pág 208 a 213
- Revista AEU. Vol. 81. N°1-6 (enero/junio 1995). P ág. 133 a 138