Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 52/2021 de 10 Mar. 2021, Rec. 250/2020

Ponente: Martínez Saiz, María Esther.
Nº de Sentencia: 52/2021
Nº de Recurso: 250/2020
Jurisdicción: CIVIL

Diario La Ley, Nº 9895, Sección Jurisprudencia, 20 de Julio de 2021, **Wolters Kluwer**
ECLI: *ES:APCA:2021:333*

Nulidad de la cláusula de honorarios de la agencia inmobiliaria incluida en la hoja de visita de la vivienda en cuya venta medió la agencia

CONTRATO DE CORRETAJE. Mediación inmobiliaria. Reclamación de honorarios. Desestimación de la demanda. La hoja de visita firmada por el demandado, en la que se recoge que, en caso de venta de la vivienda, debía pagar a la agencia unos honorarios del 3% del precio de la venta con un mínimo de 3.000 euros, es contraria a la normativa protectora de consumidores y usuarios. La cláusula de honorarios no cumple el filtro de transparencia ya que no consta acreditado que la inmobiliaria informara adecuadamente y con carácter previo a la suscripción del documento de la carga económica derivada de la visita de la vivienda en caso de que el cliente decidiera finalmente adquirirla. Dicha cláusula resulta, además, abusiva al no establecer obligación alguna de la agencia para con el comprador.

La AP Cádiz revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda de reclamación de honorarios por la agencia inmobiliaria.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

SECCION OCTAVA

Avd. Alvaro Domecq 1, 2º planta

Tlf: 956906163/956906177. Fax: 956033414

N.I.G: 1102042120190004811

SENTENCIA Nº 52/21

ILMA SRA. MAGISTRADA:

Dª ESTHER MARTINEZ SAIZ.

APELACIÓN CIVIL, ROLLO 250/20-A

Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jerez de la Frontera

Juicio verbal 701/19

En la Ciudad de Jerez de la Frontera, a diez de marzo de dos mil veintiuno.

Visto por la Magistrada de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz indicada al margen como Magistrada unipersonal, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de juicio verbal nº 701/19 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jerez de la Frontera, recurso que fue interpuesto por Don Eladio, representado por la Procuradora Doña Isabel Moreno Morejón y asistido del Letrado Don José Carlos Piñero Criado; siendo parte apelada la entidad Adarve Aparicio, S.L, representada por la Procuradora Doña Inmaculada Bermúdez Correro y asistida del Letrado Don Juan M. Pérez Dorao.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia recaída ante el Juzgado de instancia, de fecha 28 de septiembre de dos mil veinte, y que ha sido objeto de apelación es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando como estimo la demanda origen de estos autos interpuesta por Adarve Aparicio, S.L contra D. Eladio debo condenar y condeno a dicho demandado a que abone a la actora la suma de 3.630 euros, más el interés legal devengado desde la fecha de la interpelación judicial, y con expresa imposición al mismo de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada y admitido se dio traslado del mismo a la parte actora, que se opuso al recurso, y tras ello se elevaron los autos a este Tribunal.

TERCERO.- Recibido el procedimiento en esta Sección se acordó la formación de rollo, al que correspondió el nº 250/20, acordándose por la Sala se dictase la resolución correspondiente por la Magistrada Unipersonal reseñada al principio de la presente.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la agencia de la propiedad inmobiliaria, Adarve Aparicio, S.L, se ejercita una acción de reclamación de cantidad en demanda del pago de la comisión pactada con el demandado, quien solicitó sus servicios para la compra de una vivienda y que verificó dicha compra directamente con la propiedad al margen de la intervención de la agencia.

La sentencia de instancia estimó la demanda al considerar acreditada la conclusión por las partes de un contrato de mediación inmobiliaria para la compra o alquiler de una vivienda y la compra directa por el demandado del inmueble que visitó a través de la agencia.

Frente a este pronunciamiento se alza la representación procesal de la parte demandada alegando, en primer término, la nulidad de la nota de encargo suscrita por el demandado cuando visitó la vivienda, al amparo del artículo 80 del TR de la Ley de Consumidores y Usuarios, al considerar que de la misma no puede inferirse ningún vínculo contractual que le uniera a la actora sin plazo de vigencia alguno ya que en ningún momento firmó un contrato de prestación de servicios con la agencia, sino sólo una hoja de visita en el marco de unos tratos preliminares y, en segundo lugar, la falta de prestación efectiva del servicio ya que la actora no tuvo intervención en la compra ni prestó asesoramiento alguno al demandado sobre la situación jurídica del inmueble y no puede reclamar honorarios por una intervención profesional no realizada.

Por su parte, la parte demandante apelada solicita la confirmación de la sentencia recurrida mostrando, en síntesis, su conformidad con los argumentos expuestos por la Juzgadora de instancia.

SEGUNDO.- Sentados los términos del debate en la alzada *la cuestión litigiosa se centra, en esencia, en el examen de la naturaleza jurídica del documento suscrito por el demandado cuando, con fecha 18 de julio de 2018, visitó, a través de la agencia demandante, la vivienda que finalmente adquirió, rotulada "nota de encargo para compra o alquiler" (documento nº 5 de la demanda) y que viene a ser lo que se conoce en la doctrina como hoja de visita.*

En dicho documento, después de consignarse el inmueble que se visita y la identidad de quienes lo visitan, en concreto el demandado y su hermana, se hace constar que los mismos "encargan prestación de servicios profesionales a Adarve Aparicio, S.L, para que realice las gestiones de intermediación en orden a la compra o alquiler por parte de los mismos o de personas vinculadas, de la finca" y que las personas que visitan el inmueble y

suscriben el documento "reconocen y aceptan los siguientes honorarios (IVA no incluído) que estos abonarán a la agencia", especificándose que, en caso de venta, estos consistirán en el 3% del precio de la compraventa con un mínimo de 3.000 euros más IVA; documento todo él impreso rellenado sólo en cuanto a los datos de la vivienda que se visita, las partes, el importe de los honorarios, y la hora, fecha y la firma del cliente.

La sentencia de instancia considera probado, y no se cuestiona en el recurso, que el demandado contactó con la agencia previamente a dicha visita solicitando sus servicios para la compra de una vivienda, que el documento o encargo examinado se firmó con ocasión de la visita a la vivienda que finalmente el demandado compra.

Pues bien, a los efectos de desentrañar el sentido del documento suscrito por el demandado, conviene recordar que el artículo 82 del TR de la LGDCU (LA LEY 11922/2007) establece: "1.Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato." y su apartado e) se dispone que "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 resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato". El artículo 80.1 de dicho Texto Refundido exige que en los contratos celebrados con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, las mismas deberán cumplir con los requisitos de concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (apartado a), y accesibilidad y legibilidad (apartado b), de tal manera que el consumidor tenga conocimiento previo a la celebración del contrato de su existencia y contenido.

Y en el mismo sentido en el artículo 89 se reitera que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Señala la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013) los términos del examen de la transparencia y abusividad de los pactos de estos contratos precisando que la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) indica ""(...) en el artículo 4.2 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 hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".... Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU (LA LEY 11922/2007) dispone que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...); b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio (LA LEY 144032/2012), el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo." En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato""

Aplicada la doctrina expuesta al documento que sirve de fundamento a la pretensión actora, se hace patente que nos hallamos ante un contrato de adhesión suscrito por un consumidor al que con motivo de otro acto, la constancia de haber celebrado una visita a una vivienda para su adquisición y sin que conste que previamente el demandado haya

sido informado y haya mostrado su conformidad, se introduce una cláusula que le impone una obligación genérica de abonar un precio con motivo de un contrato que no se pacta en aquel momento, y sin limite alguno ni temporal ni en cuanto a los supuestos en que dicho precio debería de abonarse salvo por el hecho de indicar que sería "en caso de adquirir o arrendar la finca", lo que podría haber tenido lugar por distintas vías diferentes a la intervención de la inmobiliaria demandante.

De la sola firma de dicho documento y aún cuando el demandado hubiera contactado previamente con la agencia participándole su interés por adquirir una vivienda no puede concluirse que el mismo hubiera prestando su consentimiento al pago de una retribución a la agencia inmobiliaria, en el porcentaje indicado en el documento, por el hecho de facilitarle los datos de la vivienda y acompañarle en la visita

Se considera, por ello, que la cláusula de honorarios -que debe ser considerada una condición general, pues ninguna prueba se ha aportado sobre que fuese fruto de una negociación individualizada- aunque pueda cumplir el juicio de inclusión o incorporación, pues ciertamente la cláusula resulta clara y formalmente comprensible, no cumple el filtro de transparencia ya que no consta acreditado que la inmobiliaria informara adecuadamente y con carácter previo a la suscripción del documento de la carga económica derivada de la visita de la vivienda en caso de que el cliente decidiera finalmente adquirirla o arrendarla. Dicha cláusula resulta, además, abusiva, al no establecer obligación alguna de la agencia para con el comprador y así del documento suscrito por el demandado no se extrae encargo o gestión alguna por la inmobiliaria en caso de compra.

El hecho, no discutido, de que el demandado firmara otro documento de iguales características cuando, días después, visitó otra vivienda a través de la misma agencia, no empece a las anteriores conclusiones al no haberse probado que a la firma del documento que fundamenta la presente reclamación el demandado hubiera recibido información previa, adecuada y suficiente, sobre los honorarios que se estipulan en el mismo.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso con la consiguiente desestimación de la demanda.

TERCERO.- Respecto a las costas de la primera instancia no se realiza expresa imposición, al apreciar la existencia de dudas de derecho dados los diversos criterios que sobre la materia mantienen las distintas Audiencias Provinciales que aconsejan, a tenor de lo establecido en el artículo 394 de la LEC (LA LEY 58/2000), aplicar esta excepción al criterio del vencimiento objetivo.

Con relación a las costas de la alzada no procede expresa imposición de costas al estimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 (LA LEY 58/2000)-2 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimando** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don Eladio contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera, en fecha 28 de septiembre de 2020, en autos de Juicio Verbal 701/19, **revoco** la referida resolución, que se deja sin efecto desestimando la demanda interpuesta.

No se realiza expresa imposición de costas de ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunció, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Sra. Magistrada que la dictó, celebrando audiencia pública, doy fe.