

El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales ¹

ALMA M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular Interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Delimitación de la cuestión.*—II. *Normativa reguladora del desistimiento en el contrato de servicios de profesionales liberales de duración determinada:* 2.1 Aplicación de la normativa del mandato. Dos tesis contrapuestas: 2.1.1 Los servicios de profesionales liberales se ubican dentro del mandato. 2.1.2 Los servicios de profesionales liberales no se ubican dentro del mandato pero cabe su aplicación analógica. 2.2 Aplicación de otras normativas: 2.2.1 Contrato de trabajo. 2.2.2 Contrato de obra. 2.3 Breve alusión a la regulación de la materia en los ordenamientos más próximos.—III. *Régimen jurídico del desistimiento en el contrato de servicios de profesionales liberales de duración determinada:* 3.1 ¿Desistimiento *ad nutum* o con justa causa? 3.2 Medidas tuitivas del contratante frente al que se desiste: 3.2.1. ¿Necesidad de preaviso u otra figura similar? 3.2.2 Deber de indemnización en sentido amplio: 3.2.2.a) Deberes de liquidación. 3.2.2.b) Deber de indemnización en sentido estricto. 3.2.2.c) Régimen de la responsabilidad en caso de pluralidad de sujetos de la relación contractual. 3.3 Ante un incumplimiento contractual, ¿cabe el ejercicio del desistimiento o sólo la resolución por incumplimiento contractual? 3.4 Tiempo y forma del desistimiento. 3.5 ¿Cabe la renuncia por cliente y profesional al desistimiento?—IV. *Bibliografía.*—V. *Selección cronológica de resoluciones judiciales.*

I. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN

La naturaleza jurídica de la relación contractual por medio de la cual el profesional liberal presta sus servicios al cliente ha sido y es

¹ Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación PB 95-0194 sobre «Responsabilidad de los profesionales», dirigido por el catedrático de Derecho Civil doctor don José María Miquel González, concedido por la Resolución de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica de 11 de octubre de 1996. El artículo se cerró en noviembre de 1999.

un tema enormemente debatido por la doctrina². En este trabajo sólo me voy a ocupar de aquella relación contractual civil por la que el profesional liberal se compromete frente al cliente a desarrollar de modo exclusivo una actividad diligente, es decir, su único objeto son los llamados contratos civiles de servicios en sentido estricto. Excluyo, por consiguiente, la relación contractual civil en la que el profesional liberal debe lograr un determinado resultado (el llamado contrato de obra)³ y la relación contractual laboral, en la que el profesional liberal presta sus servicios de forma dependiente, dentro de una empresa (contrato de trabajo)⁴.

Como regla general el contrato por el cual al profesional le basta con desplegar una conducta diligente para estimar cumplida su obligación suele ubicarse dentro del contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583 a 1587 del Código Civil⁵). La idea que conser-

² Por profesional puede entenderse aquella persona física poseedora de un título habilitante que ejerce con carácter autónomo e independiente una actividad intelectual o técnica retribuida, al servicio de un cliente, previa su incorporación a un Colegio profesional. *Vid.* tal definición en LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirección por Manuel Albaladejo, tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 27.

³ Para la distinción entre el contrato de obra y el contrato de servicios he acudido al criterio del objeto de la obligación de hacer. Este criterio, que se basa a su vez en la diferenciación entre obligaciones de medio y de resultado, es el acogido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia españolas en la actualidad, siguiendo el ejemplo, sin duda, de casi todos los juristas alemanes. Así, ESSER, J., y WEYERS, H.-L.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 7. neubearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1991, pp. 232 ss., y THOMAS, H., en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1993, pp. 693-694. No obstante, existen otros criterios de distinción entre el contrato de obra y el de servicios también apuntados por doctrina y jurisprudencia: forma de fijar la remuneración, subordinación o dependencia, contenido del trabajo e imputación de riesgos, entre otros. Un análisis pormenorizado de todos estos criterios en SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 84-147, y SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 11-33.

⁴ La diferencia entre el contrato civil de servicios y el contrato de trabajo también ha sido objeto de estudio amplio por parte de la doctrina, tanto civilista como laboralista. Siguiendo a ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 89-91, dos son las notas que permiten calificar un contrato como laboral, que se desprenden del artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo: la dependencia y la ajenidad. De manera que se está ante un contrato de trabajo cuando el profesional liberal está sometido a la disciplina y al poder de dirección del empleador, a causa precisamente de la preenajenación de las utilidades patrimoniales que se derivan de su trabajo. Entre los laboralistas pueden consultarse, entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, pp. 147-167 (especialmente 158-161), y ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 61 (este último pone de relieve la nota de la ajenidad en los frutos, ya que a su juicio el criterio de la dependencia presenta ciertas deficiencias).

⁵ Art. 1583: *Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*

Art. 1584: *El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el*

tantemente se repite en la jurisprudencia es que, a pesar de que estos preceptos se refieran de modo expreso a los servicios de criados y trabajadores domésticos, en su ámbito de aplicación han de entenderse incluidos también los servicios desempeñados por profesionales liberales, debido sobre todo a la amplitud de los términos del artículo 1544 del Código Civil, que abarca los servicios de cualquier clase y jerarquía⁶. Sin embargo el esfuerzo de la jurisprudencia por calificar como arrendamiento de servicios la relación contractual entre profesional y cliente tiene como único resultado resolver el problema de la naturaleza jurídica del contrato pero deja sin solucionar la normativa aplicable, de manera que tal contrato posee un *nomen iuris* pero es atípico⁷. Porque el problema que poseen estos preceptos del Código Civil no es ya únicamente que no mencionen de forma expresa los servicios de los profesionales liberales, sino que además se trata de una normativa que en la actualidad no puede aplicarse con carácter general a ningún otro servicio, ya que la materia regulada en los mismos se halla sometida a las disposiciones del Derecho del Trabajo, especialmente al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y al Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto dedicado a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Quizá el problema era ya previo: La regulación prevista en los artículos 1583 a 1587 del Código nace en buena medida obsoleta, pues en tiempos de la redacción del Código Civil el trabajo asalariado había adquirido ya gran trascendencia y necesitaba de una regulación que atendiera a la realidad del trabajador inmerso en la Revolución Industrial⁸. Nuestro codificador desde luego no responde a estas necesidades de la época y se limita a

término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más.

El amo será creído, salvo prueba en contrario:

1.º *Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico.*

2.º *Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.*

Art. 1585: *Además de lo prescrito en artículos anteriores, se observará acerca de los amos y sirvientes lo que determinen las leyes y reglamentos especiales.*

Art. 1586: *Los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa.*

Art. 1587: *La despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo.*

⁶ Vid. a título ilustrativo la STS 2.6.1960 (RJ 1960, 2072). El artículo 1544 del Código Civil se expresa en los siguientes términos: *En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*

⁷ Por todos FERRANDIS VILELLA: *Prólogo a La responsabilidad civil del profesional liberal*, de Yzquierdo Tolsada, Reus, Madrid, 1989.

⁸ SOLÉ RESINA, J.: *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 130-131.

seguir el Código Civil francés a través del Proyecto de 1851. Es indudable que en la actualidad se precisa una regulación adecuada, no sólo del contrato de servicios de profesionales liberales, sino de todos los contratos de servicios, ya que se trata de una institución que sirve de cauce a una gran parte de la actividad económica de nuestros días. Por consiguiente, hasta que no exista una reforma del legislador en este punto (que sería lo más deseable), es obligado reconstruir el régimen jurídico de la relación contractual civil de servicios sobre normas distintas de las contenidas en la sección 1.^a del capítulo III del libro IV del Código Civil, tal y como señala Capilla Roncero⁹.

De todas las posibles cuestiones que plantea la relación contractual por la que el profesional liberal desarrolla una actividad determinada para el cliente creo que posee un gran interés la materia del desistimiento, principal forma de extinción de este tipo de contratos. Se trata de una declaración de voluntad por la que uno de los contratantes da por finalizada la relación contractual antes del tiempo previsto. Las opiniones doctrinales se dividen en torno a si el desistimiento por definición ha de consistir en un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en una causa especial¹⁰ o bien cabe el desistimiento con justa causa como figura autónoma de la resolución por incumplimiento contractual¹¹.

Ahora bien, ha de concretarse aún más la materia objeto de estudio. No parece haber obstáculos en admitir el desistimiento en los contratos duraderos en general con duración indeterminada. Ante la necesidad de compatibilizar la validez de las relaciones obligatorias duraderas de duración indeterminada con la imposibilidad de que tales relaciones sean perpetuas, se ha propuesto como uno de los criterios para solucionar el conflicto la posibilidad de conceder a cada una de las partes la denuncia del contrato¹². El desistimiento encuentra su fundamento en la inconveniencia de mantener indefinidamente a las partes vinculadas y además no puede decirse que sea una idea extraña en nuestro ordenamiento. Así se permite el desistimiento en el contrato de sociedad (arts. 1700.4 y 1705 del Código Civil¹³), en el contrato de manda-

⁹ Voz «Arrendamiento de servicios», *EJB*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 576.

¹⁰ En este sentido CAPILLA RONCERO, F.: «Desistimiento (Derecho Civil)», *EJB*, II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2438; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993, p. 891, y RODRÍGUEZ MARÍN C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 174 y 176.

¹¹ Partidario de esta segunda tesis KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1997, pp. 60-63.

¹² Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, *cit.*, pp. 323-324.

¹³ Art. 1700.1.4.º: *La sociedad se extingue... por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707.*

to (arts. 1733 y 1736¹⁴) y en el propio contrato de arrendamiento de servicios (art. 1583¹⁵). Por tanto, si de nuestro ordenamiento puede extraerse el principio general que establece la existencia de esta facultad de desistir en todos los contratos celebrados por tiempo indeterminado¹⁶, es evidente que no hay problema en entender que profesional y cliente en la relación contractual de servicios de duración indeterminada gozan también de la posibilidad de dar por terminada de forma unilateral la relación¹⁷. Este tipo de desistimiento es *ad nutum*, no requiere en principio indemnización y debe ejercitarse de acuerdo con el principio de la buena fe (lo que exige normalmente un preaviso)¹⁸.

La cuestión más polémica y, por tanto, en la que merece la pena centrarse es precisamente la admisión del desistimiento en los contratos de servicios de duración determinada y, cuál es, en caso afirmativo, su régimen jurídico. Por una parte, la doctrina no se ocupa del tema; por otra, la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales se ocupan del desistimiento en los contratos de servicios de duración indeterminada. López y López¹⁹, cuando comenta el Proyecto de Ley 121/000043 de 12 de abril por el que se modificaban los artículos del Código Civil relativos al contrato de servicios y de obra («BOCG» de 12 de abril de 1994), proyecto que queda paralizado en 1996 tras la convocatoria de elecciones generales, señala que es necesario «*levantar acta de un problema que el Proyecto no ha tenido en cuenta, y es especialmente agudo: ¿Sólo*

Art. 1705: *La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio.*

¹⁴ Art. 1733: *El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.*

Art. 1736: *El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo.*

¹⁵ Art. 1583: *... El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*

¹⁶ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, *cit.*, pp. 891-893 y, KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, *cit.*, p. 16.

¹⁷ Así lo ha entendido la jurisprudencia. Entre otras, las SSTs 12.5.1997 (RJ 1997, 4121), comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en CCJC, núm. 45, 1997, pp. 1029 ss.; 20.7.1995 (RJ 1995, 5726) y 30.3.1992 (RJ 1992, 2306).

¹⁸ Véase ampliamente sobre el desistimiento unilateral en los contratos por tiempo indeterminado KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, *cit.*, pp. 121-255, y ESPIAU ESPIAU, S.: «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», *Aranzadi Civil*, 1998, I, pp. 113-130 (en el artículo este autor trata de ofrecer, de forma ordenada y sistemática, los aspectos más relevantes de la jurisprudencia sobre la materia).

¹⁹ «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra, Proyecto de ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*. Coordinador: González García, Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el área de Derecho Civil de la Universidad de Jaén, días 28-30 de septiembre de 1995, p. 46.

cabe desistimiento unilateral cuando se trate de prestación por tiempo indefinido?: ¿quid de los servicios que suponen una especial relación de confianza?». El artículo 1587 de este proyecto establecía la posibilidad del desistimiento para los servicios sin plazo de duración, señalando como único requisito para el mismo un preaviso de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor. Sin duda la lectura de las palabras de López López me animaron a acercarme a este problema, a pesar de las dificultades existentes.

Una última puntualización sobre el significado de la expresión contratos de duración determinada. Con esta expresión no sólo me refiero a aquellos contratos en que las partes han pactado una fecha fija de duración, sino también a aquellos en que, sin haber pactado una fecha expresa de duración, el contrato no deja de tener una certeza respecto a la misma. Por ejemplo, aquellos contratos en que la duración del mismo queda establecida de forma implícita en cuanto derivada de la misma naturaleza y circunstancias de la prestación de servicios. Así, el profesor contratado para dar clase a un alumno de una asignatura, en el que la aprobación de la asignatura por el alumno significa el fin del contrato²⁰. Este tipo de hipótesis son supuestos intermedios entre la determinación temporal máxima (fecha fija) y la absoluta indeterminación (por tiempo indefinido). Pienso que tanto los contratos con fecha fija como los contratos cuya fecha de duración deriva de las circunstancias y naturaleza de la prestación deben recibir el mismo tratamiento respecto al régimen jurídico del desistimiento.

II. NORMATIVA REGULADORA DEL DESISTIMIENTO EN EL CONTRATO DE SERVICIOS DE PROFESIONALES LIBERALES DE DURACIÓN DETERMINADA

Antes indicaba cómo, aunque se considere que los servicios de profesionales liberales pueden ubicarse dentro del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil, esto no viene a resolver el problema de su regulación jurídica. De ahí que a continuación se examinen las principales propuestas sobre la normativa que serviría para regular la relación contractual de servicios entre profesional y cliente y, en concreto, en materia de desistimiento.

²⁰ Este ejemplo y otros en CASALS COLLDECARRERA, M.: «Arrendamiento de servicios», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Seix, Barcelona, 1950, p. 923.

2.1 **Aplicación de la normativa del mandato. Dos tesis contrapuestas**

La postura que cuenta con mayor predicamento en la doctrina es la aplicación de la normativa del contrato de mandato a los servicios desempeñados por profesionales liberales. En concreto y para el tema que aquí interesa el artículo 1733 del Código Civil, dedicado a la revocación del mandante, y el artículo 1736 del Código, referido a la renuncia del mandatario. La tesis más aceptada es la que entiende que ambos términos (revocación y renuncia) pueden introducirse perfectamente en la noción amplia de desistimiento, explicándose tal diversidad terminológica en la configuración tradicional del mandato como negocio estipulado en el interés de una sola de las partes²¹. Puede definirse, tanto la renuncia del mandatario como la revocación del mandante, como un derecho potestativo reconocido por el ordenamiento jurídico, cuyo ejercicio se traduce en una declaración de voluntad unilateral, dirigida, o bien a retirar o bien a retirarse de la gestión encargada, mediante la denuncia del vínculo contractual²².

No obstante, hay dos tesis contrapuestas, cuyo denominador común es la aplicación de la normativa del mandato a los servicios de profesionales liberales, pero que se diferencian en función del alcance de la aplicación: una primera tesis parte de que, ante la ausencia de una referencia expresa de los servicios de profesionales liberales dentro de los artículos 1583 a 1587 del Código Civil, el legislador quiso introducir tales servicios dentro del contrato de mandato y, por el contrario, una segunda tesis entiende que las normas del mandato sólo son aplicables por analogía al contrato de servicios de profesionales liberales.

2.1.1 LOS SERVICIOS DE PROFESIONALES LIBERALES SE UBICAN DENTRO DEL MANDATO

Esta postura, que mantiene que tales servicios pueden incardinarse perfectamente dentro del contrato de mandato, es minoritaria en la actualidad. La mantuvo la jurisprudencia a principios de siglo en alguna resolución aislada. Así, en la STS 14 junio de 1907 (CL 1907, núm. 103) el Supremo ha lugar al recurso de casación interpuesto por la viuda de un letrado que había prestado como tal sus servicios a los albaceas de una testamentaria. Entiende el tribu-

²¹ Por todos CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 150.

²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato y del poder», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, 1948, p. 598.

nal que la sentencia de la Audiencia ha infringido el artículo 1711 del Código Civil al estimar que la demandante no ha justificado de forma debida ni la importancia de los servicios ni la existencia de éstos al presentarse como prueba de los mismos una nota sin firma. El Supremo establece que el letrado tiene derecho a ser retribuido como mandatario de los servicios. A continuación la STS 27 diciembre de 1915 (*CL* 1915, núm. 159) representa una postura intermedia en cuanto califica los servicios prestados por un letrado tanto como mandato como arrendamiento de servicios. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la viuda del letrado, que demanda en representación de sus hijos (herederos abintestato) los honorarios que dicho letrado debía cobrar por los servicios prestados a una cliente. El TS señala la obligación del procurador del cliente de pagar tales honorarios, ya que los servicios ejercitados por un letrado han de ser, salvo pacto en contrario, necesariamente retribuidos por constituir la ocupación habitual de aquel, y este derecho a exigir la retribución deriva tanto del artículo 1711 del Código, en calidad de mandatario, como del artículo 1544 del Código, en razón de su condición de arrendador. A partir de entonces [SSTS 25.2.1920 (*CL* 1920, núm. 72), 22.1.1930 (*RJ* 1930, 598) y 16.2.1935 (*CL* 1935, núm. 106)] el Supremo siempre concibe al profesional liberal que desempeña servicios para un cliente como arrendador, basándose en la amplia definición del contrato de servicios que da el artículo 1544 del Código Civil [recientemente SSTS 28.1.1998 (*RJ* 1998, 357), 3.2.1998 (*RJ* 1998, 614) y 25.6.1998 (*RJ* 1998, 5013)].

La doctrina española por su parte no deja de ser contraria en general a la tesis del mandato. Una excepción clara la constituye Alonso Pérez²³. Algunos autores, sin embargo, entienden que en ciertos casos aislados, de forma eventual y accesoria, determinados profesionales liberales pueden considerarse como mandatarios. Así ocurre con los arquitectos, en el supuesto de que estuvieran facultados en el momento de la verificación de la obra para aprobar o desaprobar en nombre del cliente la prestación ejecutada por el contratista²⁴, o cuando se les contrata para la venta de unos terrenos o de un edificio en atención a su formación profesional que le permite conocer mejor el valor y características de la cosa a vender²⁵. O con el médico, cuando, por ausencia de hecho, enfermedad o causa obs-

²³ *Los contratos de servicios...*, cit., pp. 112 ss. y 165-168.

²⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 67-68.

²⁵ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «Apuntes para el estudio del contrato profesional del arquitecto», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 167.

tativa análoga, encarga temporalmente a otro colega que lo reemplaza y sustituya con su clientela²⁶.

Sin perjuicio de que se trate de una tesis poco difundida y descartada por doctrina y jurisprudencia, creo que es posible mantener que el codificador del XIX quiso regular la relación contractual entre profesional y cliente dentro de la normativa del contrato de mandato del Código Civil, mientras que dentro del contrato de arrendamiento de servicios solamente quiso dejar el trabajo manual retribuido. Son tres fundamentalmente los argumentos en que me baso para sostener tal tesis:

Primero. La razón más importante es que nuestro Código Civil reproduce el esquema romano de las relaciones de trabajo²⁷. En cuanto a la prestación de servicios los romanos seguían criterios diversos: algunos servicios, los más cualificados (como, por ejemplo, los de abogados) se desempeñaban por medio del mandato²⁸, otros en cambio, el trabajo subordinado más bajo, mediante la *locatio conductio operarum*²⁹. Precisamente nuestro arrendamiento de servicios de los artículos 1583 ss del Código Civil es una fiel reproducción de la *locatio conductio operarum*, de ahí que tales preceptos sólo tengan por objeto los servicios de los trabajadores asalariados y de los criados domésticos (y que pertenece hoy en día al ámbito del Derecho Laboral). Los romanos despreciaban el trabajo, en especial el trabajo remunerado, por ello los trabajos más bajos (manuales, que en principio eran desempeñados además por esclavos) tuvieron como molde contractual el arrendamiento. ¿Por qué es tan pobre el derecho clásico de arrendamiento? La explicación

²⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano*, I, Universidad de Valladolid, 1965, p. 351.

²⁷ Idea compartida por GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, 1.ª edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, p. 64.

²⁸ El *mandatum* tiene su origen en los deberes morales de actuación, en interés de los parientes, impuestos por las normas sociales romanas al individuo. Su objeto podía ser cualquier clase de actividad, tanto fáctica como jurídica. Se trataba de prestaciones que en las clases elevadas no eran objeto de retribución contractual. Aunque se mantiene su carácter gratuito, desde el punto de vista social había obligación de corresponder al servicio recibido mediante un *honorarium*. Vid. KASSER, M.: *Derecho Romano Privado*, versión de la 5.ª edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, 2.ª edición, Reus, Madrid, 1982, p. 206.

²⁹ La *locatio conductio operarum* es un contrato consensual por el que una de las partes (*locator*) prometía servicios de cierta especie (por ejemplo, trabajo doméstico), a cambio de una remuneración que debía ser pagada por la otra parte (*conductor*). Una apreciación que creo debe hacerse: los romanos en principio sólo hablaban de la figura unitaria de la *locatio conductio* y aplicaban las mismas reglas a las variedades de este contrato. Fue fruto del escolasticismo jurídico continental la tripartición del arrendamiento romano en tres figuras contractuales distintas: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*. Véase al respecto ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.ª edición, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1968, pp. 345-347.

de tal pobreza sin duda ayuda a comprender la actual pobreza de las normas del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios. El Derecho romano clásico de arrendamiento no es más que un reflejo de las características de su época, es decir, de las condiciones sociales y económicas de Roma. Los contratos con los trabajadores libres no eran tan frecuentes como ahora, pues el trabajo de los esclavos superó en importancia al mercenario. Los obreros de las fábricas eran, por lo general, esclavos. Las personas acomodadas tenían sus artesanos (zapateros, sastres, etc.) que eran sus propios esclavos. El problema actual del derecho del trabajo no pudo, por tanto, plantearse entonces³⁰.

Qué ocurre, en concreto, con las profesiones liberales. En un momento dado la guerra de Roma, el servicio militar obligatorio, el estado de necesidad que obliga a desatender la agricultura y destruye la posición financiera de gran parte de los ciudadanos son causas que originan en la época Imperial una serie de cambios que afectan a la concepción del trabajo, que hasta entonces se había considerado como algo indigno, propio de esclavos o de gente de baja condición. De manera que, por una parte, ciertas profesiones que hasta el momento se incardinaban dentro de la *locatio conductio operarum* (como la arquitectura o la medicina), al empezar a ejercitarse por ciudadanos romanos de alto status, pasan a necesitar un molde contractual distinto. Y por otra parte ciertas profesiones (como la abogacía o las propias artes liberales), que en un primer momento se realizan de forma gratuita, a finales de la época clásica se admite que las partes puedan estipular de antemano una remuneración (*honorarium*) y que el mandatario pueda exigir judicialmente su pago, no por medio de la *actio mandati* sino a través del proceso *extraordinaria cognitio* (D. 50, 13, 1 pr. ss.)³¹.

Segundo. No puede atribuirse a un olvido del codificador del XIX la no mención de los servicios de profesionales liberales dentro de los artículos 1583 a 1587 del Código Civil, ya que en otros preceptos del Código los nombra de forma expresa. Así, en el artículo 1967, párrafos 1 y 2, que establece el plazo de prescripción de tres años para las acciones que se dirigen al cumplimiento de las obligaciones contraídas con determinados profesionales liberales. En estos preceptos hay que señalar también cómo utiliza el término honorarios en vez del término salario o sueldo. Sin embargo no se ha dejado de señalar por algún autor cómo la locución honorarios

³⁰ SCHULZ, F.: *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 520.

³¹ Véase ALEMÁN MONTERREAL, A.: *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, 1996, pp. 57-68.

resulta un eufemismo, ya que se trata de un concepto sin entidad jurídica al ser tan exigible hoy en día como cualquier otra retribución³².

Tercero. Durante mucho tiempo se mantiene en España el prejuicio romano de que el trabajo intelectual era superior al manual retribuido, de ahí que no es extraño que tal prejuicio se manifieste en que ambos tipos de trabajos se regulen por moldes contractuales diversos en el Código Civil (mandato el primero y arrendamiento de servicios el segundo). Muestra de que pervive más allá de Carlos III la consideración romana de que el trabajo manual es un trabajo menos digno es una resolución que dicta este rey afirmando que el trabajo manual no envilece a la persona que lo realiza ni mucho menos a su familia. Se trata de una Real Cédula de 18 marzo de 1783³³.

Algunas voces doctrinales alaban la decisión del Tribunal Supremo de considerar los servicios desempeñados por profesionales liberales como arrendamiento de servicios, ya que a su juicio la postura contraria supone perpetuar ciertos prejuicios históricos que deben circunscribirse al Derecho Romano³⁴. Pero esta consideración no creo que suponga un argumento que permita negar la idea de que el legislador del XIX introdujo las profesiones liberales dentro de un molde contractual distinto (el mandato) al previsto para el trabajo manual (arrendamiento de servicios). Una cosa es la realidad de lo que hizo el legislador en el XIX y otra diferente el juicio que nos merezca tal solución. Cuando afirmo que en el Código Civil los servicios desempeñados por profesionales liberales se introdujeron dentro del mandato no significa que esté de acuerdo con la idea de que el trabajo manual es menos digno que el trabajo intelectual.

³² GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Configuración jurídica...», *cit.*, p. 350.

³³ Véase Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro VIII, título XXIII, Ley VIII («Habilitación para obtener empleos de República a los que exercen artes y oficios, con declaración de ser estos honestos y honrados»): «Declaro, que no sólo el oficio de curtidor, sino también los demás artes y oficios de herrero, sastrer, zapatero, carpintero y otros á este modo son honestos y honrados: que el uso de ellos no envilece la familia ni la persona de que los exerce; ni la inhabilita para obtener los empleos municipales de la República en que están avecindados los artesanos ó menestrales que los exerciten...». «Y mando, se observe inviolablemente esta mi Real Resolución, sin embargo de lo dispuesto en las leyes 6 y 9. Tit. 10.lib.4. del ordenamiento Real, la 2 y 3. Tit.1.lib.6, y la 9.iii.15.lib.4 de la Recopilación que tratan de los oficios baxos, viles y mecánicos y todas las demás que hablen de este punto, aunque aquí no se especifiquen; pues las derogo y anulo en cuanto traten y se opongan á lo referido y quiero, que en esta parte queden sin ningún efecto...». A juicio de GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano...*, *cit.*, p. 64, la superación de este prejuicio, mantenida casi hasta nuestros días por una clase formada por aristócratas terratenientes, no supuso la equiparación, ni social ni jurídica, entre los distintos tipos de actividades laborales.

³⁴ En este sentido BONET RAMÓN, F.: «Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales», *RDP*, 1941, p. 161.

Por consiguiente, el Código Civil acoge la idea romana de que el trabajo intelectual es superior y lo ubica dentro del contrato de mandato, de ahí la falta de referencia expresa al mismo en sede de arrendamiento de servicios. Ahora bien, el legislador se encuentra con el problema de que, por un lado, el contrato de mandato en el Derecho Romano es esencialmente gratuito y, por otro, que de acuerdo con la realidad social del momento histórico en que se vive, los servicios desempeñados por profesionales liberales han de retribuirse³⁵. Ante semejante dificultad el codificador decide renunciar al carácter esencialmente gratuito del mandato e introducir la posibilidad de un mandato retribuido en el artículo 1711 del Código. El párrafo que interesa de forma especial en este punto es el segundo, en cuanto señala una presunción de onerosidad del mandato si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, ya que a través de él se da cabida dentro del mandato a los servicios desempeñados por los profesionales liberales³⁶.

El problema que, sin embargo, trae consigo la adopción de la idea romana acerca de la distinción entre el trabajo manual y el intelectual y la inclusión del mandato retribuido es precisamente la diferenciación entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de mandato. En principio tanto el artículo 1544 del Código como el artículo 1709³⁷ pueden albergar las mismas realidades fácticas: en cuanto a su contenido los servicios realizados por los profesionales liberales son susceptibles de incluirse tanto en uno como en otro. De hecho la jurisprudencia, que antes de la promulgación del Código Civil, considera la esencial gratuidad del mandato como rasgo definidor del mismo que lo diferencia del arrendamiento de servicios³⁸, después de su promulgación se ve en la necesidad acuciante de encontrar un criterio de distinción entre ambos contratos, de manera que sostiene tras la entrada en vigor del Código Civil el carácter esencialmente representativo del mandato³⁹. Claro que después en reiterada jurisprudencia rectifica la

³⁵ De hecho, el propio GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852, p. 55, es consciente de que al ser el mandato esencialmente gratuito no pueden incluirse los servicios de profesionales liberales dentro de este contrato, pero a la vez piensa que no deben considerarse tampoco como arrendamiento. Por ello él los califica como contratos innominados.

³⁶ En este sentido ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, cit., pp. 166-167.

³⁷ Artículo 1709: *Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.*

³⁸ STS 23 octubre 1860 (CL 1860. 223).

³⁹ SSTS 25 junio 1902 (CL 1902, 195), 1 julio 1924 (CL 1924, 69) y 1 junio 1927 (CL 1927, 83). TRAVIESAS, M.: «El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra», *RGLJ*, núm. 132, 1918, pp. 99-100 constituye una excepción en cuanto sigue mante-

línea doctrinal sostenida a principios de siglo y establece la separación entre mandato y poder⁴⁰. No obstante, hoy en día todavía algunos autores se muestran partidarios de que la distinción fundamental entre mandato y arrendamiento de servicios se encuentra en que el mandato es siempre representativo, al menos de manera tendencial⁴¹. Pero es evidente que el Código Civil no parece contrario a la posibilidad de un mandato sin representación, ya que el artículo 1717, por ejemplo, admite de forma explícita la hipótesis de que el mandatario actúe en nombre propio.

En la actualidad el criterio de distinción que con reiterada frecuencia maneja el Supremo es el de la sustituibilidad⁴². Este criterio fue acogido por primera vez por García Valdecasas⁴³, para quien la sustitución es la causa específica del contrato de mandato, de manera que cuando, por cualquier causa una persona no quiere o no puede realizar por sí misma actos que normalmente ejecutaría en persona, le queda la posibilidad de acudir a una persona de su confianza para que le sustituya en la ejecución de tales actos. No parece ser éste un criterio adecuado, porque la sustituibilidad o insostituibilidad del hacer depende entonces de la persona, de manera que si un abogado contrata para sí los servicios de otro abogado no habría nunca arrendamiento de servicios sino mandato. Otros criterios de distinción se han apuntado también por la doctrina. Así, para ciertas opiniones doctrinales el mandato tiene por objeto la celebración de actos jurídicos, mientras que el arrendamiento de servicios la celebración de actos manuales e intelectuales⁴⁴. Para otros autores lo característico del mandato es que el mandatario actúa por cuenta del mandante y se ocupa del negocio como de algo que le es

niendo, tras la promulgación del Código Civil, que la diferencia entre el arrendamiento de servicios y el mandato retribuido se encuentra en la gratuidad. A su juicio el primero se distingue del segundo según que la retribución se proponga o no como pago del servicio retribuido. En el mandato retribuido la remuneración u honorarios no constituyen ningún salario (*merces*) que corresponda a un valor de cambio del servicio en el mercado, sino una muestra de honor y de agradecimiento por el beneficio recibido.

⁴⁰ SSTS 2 febrero 1925 (*CL* 1925, 62), 17 octubre 1932 (*RJ* 1932, 1233), 16 febrero 1935, 1 febrero 1941 (*RJ* 1941, 133), 22 mayo 1942 (*RJ* 1942, 634), 6 marzo 1943 (*RJ* 1943, 306), 1 diciembre 1944 (*RJ* 1944, 1272), 27 enero 1945 (*RJ* 1945, 257), 21 marzo 1946 (*RJ* 1946, 272) y 10 julio 1946 (*RJ* 1946, 938). Una descripción del cambio de jurisprudencia en BONET RAMÓN, F.: «La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los Abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1935, p. 394.

⁴¹ López y López, A. M.: «La proyectada nueva regulación...», *cit.*, p. 37, y HERNÁNDEZ MORENO, A.: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», *RJC*, 1980, pp. 101 ss.

⁴² SSTS 14 marzo 1986 (*RJ* 1986, 1252), 25 marzo 1988 (*RJ* 1988, 2429) y 27 noviembre 1992 (*RJ* 1992, 9596).

⁴³ «La esencia del mandato», *RDP*, 1944, p. 770.

⁴⁴ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, 6.ª edición, Tecnos, 1990, p. 475.

ajeno. En cambio en el arrendamiento de servicios es el cliente quien gestiona sus propios asuntos, aunque asistido por la labor y actividad de otras personas⁴⁵. A mi juicio el problema no es, pues, hallar un verdadero criterio de distinción entre el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios cuanto de conocer la causa originaria por la que, al querer introducir los servicios de profesionales dentro del mandato y tener que retribuirlos, se eliminó la esencial gratuidad del mandato y con ello el criterio de diferenciación entre los dos contratos.

La dificultad real que surge a continuación no es tanto la de probar de forma teórica si los servicios de profesionales liberales se ubican dentro del contrato de mandato (que ha quedado argumentada antes), cuanto, como dice Lenel⁴⁶, la de demostrar que en la práctica es posible y conveniente aplicar los principios del mandato a tales relaciones contractuales. Las mayores objeciones que se han alegado por la doctrina a dicha aplicación son dos: primera, el mandatario ha de seguir las instrucciones del mandante y segunda, el mandato puede ser revocado libremente por el mandante sin tener que indemnizar al mandatario. Respecto a la primera objeción Lenel⁴⁷ argumenta: «¿Necesita, por ventura, seguir el médico en su tratamiento las instrucciones del paciente, o el profesor en su enseñanza las del alumno? ¿Puede estar ligado a semejantes instrucciones el sacerdote? ¿Tienen que dar cuenta?»⁴⁸. Creo que es perfectamente compatible la independencia que en todo caso posee el profesional a la hora de desempeñar el servicio con el seguimiento o la atención que este último ha de tener a las instrucciones que le da el cliente. Estas instrucciones no sólo surgen en el momento en que se le hace el encargo al profesional, sino también pueden existir a lo largo del tiempo en que se desempeña el trabajo. De hecho, en el fracasado Proyecto de reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios, en su artículo 1584.4, segundo inciso, se entendía que era una obligación del profesional el seguir durante la ejecución del servicio las instrucciones que reciba del cliente, siempre con un límite, claro: que tales instrucciones no supongan una intromisión en el ámbito profesional.

La segunda objeción planteada por la doctrina es la no conveniencia de la aplicación del artículo 1733 del Código Civil a la rela-

⁴⁵ PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, 2.^a edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 474.

⁴⁶ «El mandato retribuido», *RDP*, 1928, p. 371.

⁴⁷ *Idem, cit.*, p. 371

⁴⁸ En el mismo sentido LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, 1.^a edición, Trivium, 1988, p. 120, e YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 27.

ción contractual entre cliente y profesional, ya que el mandante puede desistir libremente del contrato sin tener que indemnizar al mandatario⁴⁹. Es cierto que tal norma resulta inadecuada para una relación contractual semejante a la establecida entre cliente y profesional, pero ha de tenerse en cuenta que el artículo 1733 del Código Civil, como la inmensa mayoría de los preceptos reguladores del mandato, están pensando en un contrato gratuito y no en un contrato oneroso⁵⁰. Se examina esta objeción en profundidad más adelante, pero he de decir aquí que es adecuado aplicar la normativa del mandato al contrato entre profesional y cliente, lo único que determinadas normas del mandato, pensadas para un contrato gratuito, como el libre desistimiento del mandante sin indemnización, han de matizarse cuando se está delante de un contrato oneroso como es el establecido entre profesional y cliente.

2.1.2 LOS SERVICIOS DE LOS PROFESIONALES LIBERALES NO SE UBICAN DENTRO DEL MANDATO PERO CABE SU APLICACIÓN POR ANALOGÍA

La segunda tesis parte de la idea de que contrato de servicios profesionales y contrato de mandato son realidades distintas, pero que en determinadas cuestiones (como en la relativa al desistimiento) sí es posible aplicar por analogía la normativa del mandato del Código Civil al contrato entre profesional y cliente. A mi juicio tal postura cae en una cierta incongruencia: Si califica el contrato entre profesional liberal y cliente como arrendamiento de servicios pero no pueden aplicarle ninguna de las normas de éste por obsoletas y como remedio aplican analógicamente normas del mandato, ¿no llegan a idéntica conclusión que los que pensamos que directamente se ubican dentro del mandato tales servicios?

No obstante es conveniente exponer tal tesis. La aceptación de esta teoría exige estudiar de modo previo si cabe en general la aplicación analógica de los supuestos legales de desistimiento a otros contratos en los que la ley no regula tal cuestión y, en segundo lugar, en caso afirmativo de la cuestión anterior, qué razones permiten la aplicación por analogía de la normativa del mandato acerca del desistimiento al contrato de prestación de servicios de profesionales liberales.

Analicemos la primera cuestión. El ordenamiento autoriza el desistimiento en contratos con duración determinada sólo en

⁴⁹ LENEL, O.: «El mandato retribuido...», *cit.*, pp. 370 y 373, y FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 26.

⁵⁰ En este sentido ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, *cit.*, p. 64, nota 20, y 139.

casos específicos, en concreto, dentro del Código Civil en el contrato de mandato (Artículos 1733 y 1736), en el contrato de obra (art. 1594⁵¹), en el contrato de depósito (art. 1775⁵²) y en el contrato de sociedad (art. 1707⁵³). Este hecho, junto con otros dos, como son el que el artículo 1156 del código no enumera como causa de extinción de las obligaciones el desistimiento y el hecho de que la doctrina suele estudiar el desistimiento como una excepción al artículo 1256 del código (principio de irrevocabilidad del contrato)⁵⁴, pueden llevar a pensar que el desistimiento en los contratos de duración determinada es una figura excepcional y que, sin duda, tales supuestos legales en que se prevé el desistimiento deben interpretarse de forma restrictiva y que no cabe su aplicación por analogía a otros supuestos no regulados por ley (como podría ser la relación contractual entre profesional y cliente). De todas formas ninguno de las dos afirmaciones anteriores conduce a tal conclusión:

Primero. Respecto al artículo 1156 del código, es posible justificar por varias razones la ausencia en el mismo del desistimiento que no tienen nada que ver ni con el carácter excepcional de esta forma de extinción del contrato ni, por tanto, con una interpretación restringida del desistimiento. Es opinión mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia el carácter no exhaustivo del artículo 1156, ya que este precepto tampoco menciona otras causas de extinción de las obligaciones⁵⁵. Por otro lado su carácter sistematizador hace que su incorporación sea superflua (es decir, este precepto no añade nada que enriquezca el contenido normativo de esta materia) y está ausente también en otros ordenamientos (su antecedente, el artículo 1234 del Código de Napoleón tampoco incluía el desistimiento dentro de las causas de extinción)⁵⁶.

⁵¹ 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.*

⁵² Art. 1775: *El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución.*

⁵³ Art. 1707: *No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los tribunales.*

⁵⁴ Art. 1256: *La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

⁵⁵ Por todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 1156 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.^a edición, Madrid, 1993, p. 162.

⁵⁶ Véase estas razones en RODRÍGUEZ MARÍN C.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 257-258.

Segundo. Respecto al argumento de la excepcionalidad del desistimiento al ir en contra de las disposiciones generales del artículo 1256 del Código Civil, puede decirse que, a pesar de que muchos autores incluyen el desistimiento desde el punto de vista sistemático dentro del capítulo dedicado a los efectos del contrato y, en concreto, dentro de la irrevocabilidad del contrato⁵⁷, no se deduce de ahí automáticamente que estén de acuerdo con la incompatibilidad entre la concesión de la denuncia unilateral a las partes contratantes y el artículo 1256 del código. Son especialmente clarificadoras las palabras de Albaladejo⁵⁸ cuando comenta el precepto: Una cosa es que según el 1256 del Código Civil el cumplimiento de las obligaciones contraídas no pueda dejarse al arbitrio de ninguna de las partes y otra muy distinta que, firmes las obligaciones contraídas y debiendo cumplirse las nacidas del contrato, quede en manos de una de las partes o de las dos el poner fin al contrato. Entonces lo que queda al arbitrio de una o de ambas, sin necesidad de que estén de acuerdo, es la duración del contrato, no el cumplimiento de las obligaciones ya nacidas de éste. Es decir, lo que se deja en manos de los contratantes es que a partir del momento en que desee uno u otro, el contrato cese y, por consiguiente, deje de producir nuevas obligaciones desde entonces. Lo que es posible únicamente en los contratos de tracto sucesivo⁵⁹.

De todas formas la admisión de una compatibilidad entre el artículo 1256 del Código Civil y el desistimiento de cada una de las partes contratantes no conduce en absoluto a admitir una aplicación absoluta del desistimiento a todo supuesto contractual de duración determinada⁶⁰. Cada uno de los supuestos en que el ordenamiento permite el desistimiento en contratos de duración determinada tiene un fundamento distinto. Si se extrae la *ratio* unitaria por la cual se permite el desistimiento en el contrato de mandato debemos concluir la aplicación por analogía de esta normativa a la relación con-

⁵⁷ Así ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, II, 3.ª edición, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 251-252 y LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Elementos de Derecho Civil*, Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. 1.º, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 544-545. Una excepción la constituye Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, *cit.*, p. 891-893.

⁵⁸ *Curso de Derecho Civil*, II, *cit.*, p. 251, nota 1.

⁵⁹ En el mismo sentido de que no hay incompatibilidad entre el desistimiento unilateral y el artículo 1256 del código Díez-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1256 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 433. Qué sentido ha de darse, pues, al precepto. Hay dos posibilidades según que la expresión «validez» se utilice en un sentido técnico preciso o según que se refiera simplemente al comienzo de la obligatoriedad del contrato. Si se utiliza en este segundo sentido ha de valorarse desde el punto de vista causal la posibilidad de otorgar a una de las partes contratantes la facultad de poner en vigor el contrato. Si, en cambio, se usa en el primer sentido, el precepto prohíbe que una de las partes pueda modificar unilateralmente el régimen de la ineficacia contractual.

⁶⁰ En sentido similar RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral...*, *cit.*, p. 380.

tractual profesional-cliente ya que ambos comparten esta misma *ratio*.

La razón fundamental por la que se permite tanto la renuncia de mandatario como la revocación del mandante es que el contrato de mandato se basa en la confianza entre las partes. Se trata de un contrato *intuitu personae*, es decir, la esencialidad de la persona del mandatario es dato constante en la confianza que induce al mandante a confiar en el mandatario precisamente sus intereses. Cuando se pierde tal confianza puede resolverse el contrato por cualquiera de las partes. Las mismas características (contrato *intuitu personae*, relación de confianza) están presentes en el contrato de servicios entre profesional liberal y cliente y ello conduce a aplicar por analogía la normativa del mandato acerca del desistimiento a aquel contrato⁶¹.

Surge, sin embargo, una última duda: alguna opinión doctrinal empieza a constatar cómo en ciertos contratos de servicios entre profesionales y clientes se va perdiendo el elemento de la confianza y el carácter *intuitu personae* (que van íntimamente unidos, como he indicado antes). Es decir, si ya no se escoge al profesional por sus específicas cualidades y habilidad técnica, ya no existe realmente la confianza que puede conducir al profesional o al cliente a desistir del contrato libremente. En caso de ser ésta la nueva realidad en ciertas profesiones, ya no sería posible mantener la aplicación analógica de la normativa del mandato al no haber la misma *ratio iuris* entre uno y otro contrato. Ataz López⁶² afirma que en algunos casos de contratos de servicios médicos el *intuitus personae* llega incluso a desaparecer. No es difícil hoy en día que el paciente no conozca personalmente al médico que le trata, quedando además muy limitada su posibilidad de elegir al médico. La única confianza que subsiste en quien llama al médico de urgencias, por ejemplo, es la que le inspire en general la medicina en sí

⁶¹ Partidarios de esta idea DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 2 junio 1960», *EJC*, I, Tecnos, Madrid, 1966, p. 608; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «En la convergencia de dos humanismos (sobre el contrato de servicios médicos)», *ADC*, 1977, p. 332; LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil...», *cit.*, p. 96, y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Traducción y comentarios del *Derecho de Obligaciones*, de ENNECERUS, 2.^a edición, Bosch, Barcelona, 1950, p. 252. GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998», *CCJC*, núm. 48, 1998, p. 1230, aun siendo partidario de esta misma idea, matiza que la integración de la laguna del desistimiento existente en el contrato de servicios de profesionales liberales con el contrato de mandato ni exige la aplicación general del régimen de éste último, ni tan siquiera la aplicación analógica del régimen de sus consecuencias indemnizatorias, porque no hay semejanza entre los supuestos de hecho en este punto: onerosidad frente a gratuidad. Recientemente la STS 28 enero 1998 ha entendido que las normas del mandato pueden integrar el contrato de servicios profesionales (se trata de un abogado), pero no porque se trate de contratos basados en la confianza sino porque son dos contratos de gestión y en concreto el mandato es el contrato de gestión típico.

⁶² Los médicos y la responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 152-153.

misma. Pero a juicio de este autor incluso en estos casos la posibilidad del paciente de poner fin a la relación subsiste, porque el derecho de desistir del paciente no depende tanto de ser éste un contrato basado en la confianza cuanto de que los actos médicos tienen lugar sobre el cuerpo del paciente, lo que exige una libertad absoluta del mismo para en cualquier instante abandonar la relación y negarse a someterse a un determinado tratamiento.

2.2 Aplicación de otras normativas

A continuación examino otros contratos en los que el ordenamiento permite el desistimiento a pesar de ser de duración determinada. En este análisis se concluye cómo el fundamento que posee el desistimiento en cada uno de estos contratos es muy específico y no cabe extenderlo al contrato de servicios civil entre profesional y cliente.

2.2.1 CONTRATO DE TRABAJO

Tiene interés el estudio del desistimiento en el contrato laboral al menos por tres razones: regula relaciones de trabajo, es un contrato basado en la confianza entre las partes contratantes y, en tercer lugar, es –al menos en origen– un contrato de servicios desempeñado en régimen de dependencia. Sus raíces se encuentran en los artículos 1583 a 1587 del Código Civil, hoy obsoletos al quedar regulada esta materia por el Estatuto de los Trabajadores.

Cómo se regula el desistimiento en el Derecho del Trabajo: Respecto al trabajador, el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores admite el desistimiento *ad nutum* con período de preaviso, incluso en contratos por tiempo determinado. También el artículo 49.1.j) establece la posibilidad de que el trabajador desista por su sola voluntad con causa justificada (por incumplimiento contractual del empresario). A diferencia de lo que ocurre con el trabajador, la legislación laboral no reconoce a la voluntad del empresario como causa suficiente por sí sola para dar por terminado el contrato. Siempre que el empresario decida extinguir el contrato de forma anticipada ha de justificar su decisión en base a algunas de las razones enumeradas por la propia legislación⁶³.

Esta especialidad de la concesión de un derecho al desistimiento *ad nutum* al trabajador frente al empresario radica precisamente

⁶³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 955 ss., y SALA FRANCO, T. (dir): *Derecho del Trabajo*, 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 665 ss.

en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, que trata de proteger a la parte más débil: el trabajador. De ahí que a mi juicio no pueda extenderse la normativa del contrato de trabajo sobre desistimiento al contrato civil de servicios profesionales, ya que en el derecho civil en principio y como regla general debemos partir de la igual situación de las partes⁶⁴.

2.2.2 CONTRATO DE OBRA

Estudio el desistimiento en el contrato de obra en la medida en que este contrato regula también relaciones de trabajo como el de servicios. Parte de la doctrina considera que la normativa del desistimiento del contrato de obra no puede aplicarse por analogía al contrato de servicios de profesionales liberales, en la medida en que el fundamento de la facultad extintiva en el contrato de obra del artículo 1594 del Código Civil posee un específico fundamento que no permite la extrapolación de esta figura a otros contratos⁶⁵.

Cuál es el específico fundamento del desistimiento del dueño de la obra en cualquier momento, antes o durante la ejecución de la misma. El desistimiento del artículo 1594 del Código Civil, que

⁶⁴ No obstante, algunos autores, como GITRAMA GONZÁLEZ: «En la convergencia de dos humanismos...», *cit.*, p. 281, han hablado de desigualdad entre las partes vinculadas por este tipo de relaciones contractuales civiles, debido a la formación técnica del profesional y que a veces se traduce en el proceso de formación del acuerdo contractual dando lugar a contratos necesarios. Frente a ello ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, *cit.*, p. 315, considera con acierto que la desigualdad en estos casos va referida a cualidades subjetivas internas de las partes y no a cualidades de carácter externo que repercuten sobre la posición —de mayor poder en la negociación— de un sujeto, y este tipo de desigualdad primera no permite adentrarse en el problema de los contratos de adhesión. De todas formas, aún considerando que en la relación contractual entre profesional liberal y cliente hay una cierta desigualdad, a mi juicio han de realizarse dos apreciaciones: Primera, la desigualdad entre las partes es muy diferente a la que se da en el contrato laboral: en éste último la parte débil necesitada de protección es el trabajador, en cambio en el contrato civil de servicios la parte débil es precisamente el que contrata los servicios del trabajador (el cliente). De manera que en cualquier caso no es posible entender que hay una misma *ratio iuris* entre el contrato laboral y el civil de servicios. Segundo, tales contratos de adhesión particulares podrían encontrar tutela si poseen cláusulas abusivas, siempre que tales clientes puedan calificarse como usuarios según las modificaciones introducidas por la Ley de condiciones Generales de la Contratación en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁶⁵ En este sentido KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, *cit.*, p. 88. GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, p. 1232, se pronuncia en el mismo sentido del anterior autor y añade además otro argumento: la radicalidad de las consecuencias indemnizatorias del artículo 1594 del Código Civil, idénticas a la resolución del contrato por incumplimiento, que comprende el interés contractual positivo y negativo. A favor de la aplicación de la normativa del artículo 1594 del Código a las relaciones contractuales de servicios de profesionales liberales LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1995, p. 223, nota 5. Prácticamente las razones que alega el autor para tal aplicación analógica radican en la ausencia de regulación normativa del contrato de servicios profesionales y en que la normativa acerca del desistimiento en el artículo 1594 del Código es el régimen más completo sobre la materia.

encuentra su precedente en el artículo 1793 del Código francés de 1804, trata de evitar posibles perjuicios o situaciones económicas desfavorables en que podría encontrarse el comitente después de la celebración del contrato. De continuar con la ejecución de la obra correría el peligro de arruinarse con gastos extremadamente grandes, incluso la obra podría no serle ya útil ni necesaria. La facultad de desistimiento permite al dueño de la obra perseguir una asignación más eficiente de sus recursos de la que hubiera resultado de la finalización de aquella⁶⁶.

Sólo cabría aplicar la normativa del contrato de obra a la relación contractual entre profesional y cliente si se sostiene que la razón del desistimiento del comitente en el artículo 1594 del Código Civil radica también en la confianza, de manera que el dueño de la obra posee la facultad de resolver de forma unilateral el contrato, bien por no quererla continuar, bien por querer cambiar de constructor⁶⁷. Pero a mi juicio, éste no es el fundamento originario del artículo 1594 del Código Civil, ya que de constituir el fundamento del desistimiento unilateral la pérdida de confianza, tal precepto tendría que haber reconocido este derecho no sólo al dueño de la obra sino también al constructor.

2.3 Breve alusión de la regulación de la materia en los ordenamientos más próximos

Es posible clasificar los ordenamientos más próximos en tres grupos distintos de acuerdo con la regulación que poseen de la relación contractual de servicios entre profesional y cliente:

1) Ordenamientos que incluyen la relación contractual entre profesional y cliente dentro del contrato de mandato. Ésta es la solución a la que llegan tanto la Compilación del Derecho Civil Foral navarro como el ordenamiento suizo.

En cuanto al Fuero Nuevo de Navarra la Ley 562 prevé que el contrato de prestación de servicios se rige por las disposiciones del mandato en la medida en que no esté regulado por disposiciones especiales. En su exposición de motivos aclara que la figura del arrendamiento de servicios es una figura ya superada y que en la medida en que no se regula como contrato de trabajo se somete a las reglas del mandato. Incluso se insiste en que con tal solución se

⁶⁶ SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 1594 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1202-1203.

⁶⁷ En este sentido, la STS 20 mayo 1998 (*RJ* 1998, 3380).

solventa «una ociosa discusión de los autores, que hace tiempo debiera haber sido olvidada»⁶⁸.

En el ordenamiento suizo la regulación de los servicios desempeñados por profesionales liberales ha sido fruto de una lenta evolución. En el año 1911 el legislador realiza dos tipos de cambios en el Código Suizo: por una parte, amplía la definición del mandato, de manera que éste comprende no sólo la gestión de asuntos sino también todos los servicios (es decir, los contratos de servicios simples). Por otra parte, la modificación del mandato es acompañada de la revisión del «*louage de services*», contrato que es reemplazado por el «*contrat de travail*». Los contratos de servicios desarrollados por profesionales liberales, que tradicionalmente se consideraban como servicios nobles realizados por personas independientes y que reposan en un saber científico, pasan a ser regulados según el artículo 348 del Code de 1911 por las disposiciones del «*contrat de travail*», siempre y cuando, claro está, presenten los elementos constitutivos de tal contrato. A pesar de esta disposición legal en la práctica siguen vigentes dos ideas en la doctrina: una, la idea romana de que dentro del mandato se encuentran los servicios de los profesionales liberales; dos, a partir de 1911 la doctrina empieza a mantener que la característica fundamental del contrato de trabajo es que se refiere a los servicios subordinados.

En el año 1971 parece que se acogen por el legislador las ideas antes mencionadas. Por un lado, se extiende el mandato a todos los contratos duraderos cuyo objeto sean los servicios realizados de manera independiente. El artículo 394 *al.2* del Código de las Obligaciones señala que «*Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats*». Por su fisonomía el legislador parte de la idea de que el mandato no debe ser más que un pequeño contrato, de manera que en la práctica únicamente se aplica a las relaciones de confianza privilegiadas, como son aquellas que ejercen los profesionales liberales. Por otro, el contrato de trabajo queda restringido a los contratos de servicios subordinados y de esta forma se consa-

⁶⁸ Sin embargo en la práctica hay una cierta precaución en la aplicación indiscriminada del precepto. Tendencia que desde luego estimo acertada, ya que como se ha indicado antes la normativa del mandato a veces requiere una matización puesto que no puede olvidarse que en su origen es un contrato esencialmente gratuito. Así una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 7073) ha señalado, en un caso de un contrato de prestación de servicios por parte de un determinado gestor a una sociedad civil cuyo objeto es la promoción y construcción de viviendas por sus asociados, que, aunque de acuerdo con la Ley 562 del Fuero se aplican al contrato de prestación de servicios las normas del mandato, sin embargo «*ello no debe implicar una aplicación mecánica e indiscriminada de esta normativa*». En concreto, entiende aplicable al caso la Ley 559.2 del Fuero que establece que el mandato puede extinguirse por la sola voluntad del mandante o del mandatario.

gra por el legislador la evolución doctrinal y jurisprudencial que se fue apuntando desde el año 1911⁶⁹.

Dentro de la normativa del mandato el artículo 404 del Código de las Obligaciones permite la revocación o repudiación del contrato en todo momento tanto por mandante como por mandatario⁷⁰. En páginas posteriores se analiza cómo la aplicación de este precepto a los servicios desempeñados por profesionales liberales es discutida desde el punto de vista doctrinal.

2) Ordenamientos que siguen con fidelidad el Derecho Romano y reproducen el esquema de las relaciones de trabajo existente en Roma: es decir, vinculan los servicios con la figura del arrendamiento, en concreto, los servicios de trabajo subordinado. Es el caso ya estudiado de nuestro ordenamiento (arts. 1583 a 1587 del Código Civil) y del precedente de nuestro código en esta materia, el Código Civil francés.

El desempeño de los servicios, pues, se liga también en Francia con la figura del arrendamiento, en concreto, en el título VIII del libro III del *Code Civil* (arts. 1708-1831). El artículo 1708 distingue dos tipos de arrendamiento: el de cosas y el de trabajo en sentido amplio (*louage d'ouvrage et d'industrie*). El arrendamiento de trabajo en sentido amplio a su vez contiene tres modalidades: el arrendamiento de trabajadores que se obligan al servicio de alguien, el de transportistas por tierra o por agua y el de contratistas de obras a presupuesto o ajuste (la redacción de esta última modalidad es modificada por ley núm. 67 de enero de 1967 por la que se establece: «*el de los arquitectos, contratistas y técnicos por estudios o presupuesto o ajuste*»). En concreto, en la modalidad primera que aquí interesa, el arrendamiento de trabajadores (*gens de travail*), cuando el *Code* habla de trabajadores se refiere exactamente a la misma realidad que el nuestro cuando menciona el arrendamiento de trabajadores y criados domésticos: es decir, se refiere también a criados domésticos, obreros, trabajadores, en resumen, al trabajo asalariado.

De ahí que la doctrina francesa tenga la misma discusión que la nuestra: si los servicios desempeñados por profesionales liberales deben regularse por el contrato de arrendamiento de trabajo o bien por el contrato de mandato. Troplong⁷¹ es firme partidario de que los servicios de los profesionales liberales sólo pueden ser objeto

⁶⁹ Una exposición detenida de esta evolución legislativa en WERRO, F.: *Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations. Analyse critique et comparative*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1993, pp. 13-28.

⁷⁰ (1) *Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps.*

(2) *Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.*

⁷¹ «L'Échange et du louage», in *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris, 1840, pp. 29 ss.

del contrato de mandato y nunca del arrendamiento, en cuanto son inestimables y «*l'homme ne travaille pas seulement pour l'argent, il travaille aussi pour la gloire, pour la patrie, pour l'humanité*». A su juicio el *Code* no adopta un sistema diferente al romano, ya que el mandato conserva su noble carácter de gratuidad.

De todas formas existe una diferencia entre nuestro ordenamiento y el francés: según la normativa del *Code Civil* mandato y arrendamiento se distinguen por la nota de la representación (presente en el primer contrato), de manera que mayoritariamente la doctrina entiende que los servicios prestados por profesionales liberales han de ubicarse en el contrato de arrendamiento, ya que como regla general los profesionales liberales cuando realizan su encargo no representan al cliente (salvo en algunos casos aislados el abogado y el notario)⁷².

3) Por último, existe un tercer grupo de ordenamientos que se desvinculan del Derecho Romano y entonces al regular de forma autónoma el contrato de prestación de servicios, desligado ya de la figura del arrendamiento, no tienen ningún tipo de problema a la hora de incluir en tal contrato los servicios desempeñados por profesionales liberales. Así ocurre en Italia y en Alemania⁷³.

En Italia se regula el desempeño de servicios por parte de los profesionales liberales dentro del libro Quinto (*Del lavoro*) y en concreto en el título III (*Del lavoro autonomo*) del *Codice Civile*. Se regulan, pues, de forma separada el trabajo subordinado y el trabajo independiente. El título III se ocupa de forma general del *contrato d'opera* (arts. 2222- 2228), cuyo objeto son los servicios o las obras manuales realizados de forma autónoma y en particular del *contrato d'opera intellettuale* (arts. 2229-2238). Aunque en el propio artículo 2230 párrafo primero, en el que se define el *contrato d'opera intellettuale*, hay un reenvío general a las disposiciones del *contrato d'opera manuale*, ciertas normas difieren mucho en ambos contratos debido al carácter más estrechamente fiduciario del con-

⁷² En este sentido LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, t. 27, 3.^a edición, Bruxelles, 1878, pp. 378-383; ROUAST, A.: «Contrat de travail», y SAVATIER, R.: «Mandat», en Planiol, M., y Ripert, G., *Traité pratique de Droit Civil Français*, tomo XI, 2.^a edición, Paris, 1954, pp. 21-22; 854-856 y 863-865 (respectivamente); COLIN, A., y CAPITANT, M.: *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo IV, reimp. de la 3.^a edición, con traducción y notas de De Buen, Reus, Madrid, 1981, pp. 483-485, y HUET, J.: *Traité de droit civil*, Les principaux contrats spéciaux, sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 1996, p. 1157.

⁷³ De hecho así lo expresa claramente GIERKE, O. VON: *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y estudio crítico de Germán Barreiro, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1982, pp. 36-37. Para este autor la extensión conceptual del contrato de servicios respecto al arrendamiento de servicios romano tiene su causa en que el contrato de servicios del derecho alemán actual se origina, no en el derecho romano, sino en el derecho germánico, en concreto, en una apenas conocida institución del derecho germánico incluida en el derecho de las personas: el contrato de servicio fiel.

trato *d'opera intellettuale* y en virtud de la naturaleza especial de su objeto⁷⁴. Es sin duda una decisión adecuada la regulación del contrato de servicios desempeñado por el profesional liberal de forma separada debido a las específicas características de éste último, tan diferentes al resto de los servicios (incluso de los desempeñados también de forma autónoma).

Dentro del contrato de obra intelectual existe un precepto, el artículo 2237, que se dedica al *recesso*, tanto del cliente como del profesional, que estudio ampliamente a lo largo del trabajo y a raíz de cada una de las cuestiones relativas al desistimiento⁷⁵.

El *BGB* regula el contrato de servicios en el libro segundo (derecho de las relaciones obligatorias), sección séptima (relaciones obligatorias en particular), título sexto (parágrafos 611 a 630). Lo primero que llama la atención del párrafo 611 párrafo segundo es la declaración de que pueden ser objeto del contrato de servicios los servicios, eso sí, remunerados, de cualquier tipo. Por tanto, los manuales y los intelectuales. Dentro de la regulación del contrato de servicios se encuentran mezcladas normas dedicadas al trabajo subordinado y normas dedicadas al trabajo autónomo (al revés sucede en el derecho italiano, que se ocupa de separar ambas modalidades de trabajo).

Interesa resaltar la atención que el *BGB* dedica a la denuncia, que es la causa más importante de extinción del contrato de servicios. A ella se dedican los párrafos 620 a 630. La doctrina ha tratado de agrupar tal causa de extinción en tres clases: Primero, la denuncia ordinaria para los contratos de servicios de duración indeterminada (parágrafos 620-622). Segundo, la denuncia especial para los contratos contraídos por más de cinco años o para todo el tiempo de la vida de una persona (párrafo 624). Y, por último, la denuncia extraordinaria que presenta dos modalidades: una, la denuncia inmediata por cualquiera de las partes por una causa seria sin la exigencia de un plazo de preaviso (párrafo 626) y dos, la denuncia inmediata en caso de una relación de confianza (párrafo 627⁷⁶). Es precisamente este último tipo de denuncia el que aquí interesa,

⁷⁴ Al respecto MUSOLINO, G.: *L'opera intellettuale*, Cedam, Padova, 1995, pp. 73-74.

⁷⁵ (1) *Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta.*

(2) *Il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa. In tal caso egli ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente.*

(3) *Il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente.*

⁷⁶ *(Außerordentliche Kündigung bei Vertrauensstellung).*

Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem

ya que la doctrina considera que tal desistimiento está pensado para los contratos de servicios de condición superior que suelen basarse en una relación de confianza entre las partes. Está especialmente indicado para médicos, abogados, consejeros, fiscales, interventores de cuentas, arquitectos, artistas, comadronas (en cambio el Tribunal Supremo alemán ha discutido que dentro de él se incluya la enseñanza)⁷⁷.

Ahora bien, para la aplicación del parágrafo 627 se exigen una serie de requisitos. Además de los ya mencionados de que se trate de servicios de condición superior y de que estén basados en una especial confianza, se requiere que no se trate de contratos que se hayan pactado por tiempo indeterminado, que no sean contratos laborales y además que no se haya fijado un salario regular⁷⁸. El análisis de este parágrafo se hace posteriormente a lo largo del trabajo.

III RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESISTIMIENTO EN EL CONTRATO DE SERVICIOS DE PROFESIONALES LIBERALES DE DURACIÓN DETERMINADA

3.1 ¿Desistimiento *ad nutum* o con justa causa?

Respecto al desistimiento del cliente la regla general en la doctrina es que ha de tratarse de un desistimiento *ad nutum*, es decir, el cliente no debe alegar ninguna causa para motivar su decisión de extinguir el contrato de forma anticipada⁷⁹. El fundamento de este

dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

⁷⁷ ENNECERUS, L.: *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación por Pérez González y Alger, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1950, p. 272, y MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993, p. 155.

⁷⁸ Véanse tales requisitos en KRAFT: *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht*, II, en Soergel, Band 3, 11.neubearbeitete Auflage, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1980, pp. 645-646.

⁷⁹ Excepciones son CAPILLA RONCERO, F.: «Arrendamiento de servicios...», *cit.*, p. 576, y LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, p. 223 (en especial nota 5). El primero entiende que en los contratos que no sean de duración indefinida el desistimiento ha de ser con justa causa y se remite al artículo 1586 del Código Civil. No se entiende bien la remisión que hace este autor a este precepto, ya que no parece que se encuentre vigente en la actualidad. La regulación de esta materia pertenece hoy en día al Derecho del Trabajo y la conclusión a la que se llega sobre el desistimiento del empresario y trabajador

desistimiento libre es el previsto para el artículo 1733 del Código Civil, que permite la revocación del mandante en cualquier momento. Es decir, la facultad de extinción unilateral del contrato se basa en la naturaleza fiduciaria de la relación y en el marcado carácter *intuitu personae* del contrato. Tales características están presentes sin duda en la relación contractual por la que el profesional presta sus servicios al cliente⁸⁰. Ahora bien, recientemente se ha sostenido que, aún siendo innegable la importancia histórica que el elemento de la confianza tiene a los efectos de justificar la revocación en el mandato, en la sociedad actual dicho fundamento ya no tiene tanta utilidad para explicar el artículo 1733 del código, en cuanto van desapareciendo las relaciones de confianza para sustituirse por relaciones de trabajo. De manera que el elemento fiduciario no puede considerarse como el único o principal fundamento de la facultad revocatoria, por tanto, no es preciso que disminuya la confianza que depositó el mandante en el mandatario (léase el cliente en el profesional) para el ejercicio de tal facultad, sino que basta que de una manera objetiva o subjetiva se altere el equilibrio de intereses que dio lugar al contrato. Como regla general suele ser el interés prevalente del mandante el que justifica la revocación del encargo⁸¹.

Respecto al desistimiento del profesional la tendencia doctrinal es a sostener que éste debe ejercitar tal facultad con justa causa, ya que ha de tener un margen de libertad menor que el cliente a la hora

en esta rama del ordenamiento es muy diferente a la prevista en el artículo 1586 del Código Civil. De todas formas añade el autor que puede considerarse como justa causa la pérdida de la confianza en la otra parte contratante. En cambio considera inaplicable la regulación que prevé el artículo 1584.1 del Código Civil para los que denomina criados domésticos, ya que considera tal regulación incompatible con los preceptos laborales. Por su parte LACRUZ cree que la posibilidad incondicionada de desistir por parte del cliente debe matizarse: la solución ha de variar según las distintas profesiones, pues si un enfermo puede prescindir inmediatamente del médico que le atiende y sustituirle por otro, y lo mismo el litigante en cuanto a su abogado, no cabe prescindir del mismo modo de unos servicios de otra naturaleza comprometidos en firme. Pero no aclara el autor cuáles pueden ser este tipo de compromisos.

⁸⁰ En este sentido se pronuncia la reciente STS 25 marzo 1998 (RJ 1998, 1651). El mismo fundamento está presente en el desistimiento *ad nutum* del cliente tanto en el artículo 2237.1.º del *Codice Civile* como en el parágrafo 627 del *BGB*. En la doctrina italiana véase ASSANTI, C.: «Le professioni intellettuali e contratto d'opera», *Trattato di Diritto Privato*, t. 15, diretto da Rescigno, Utet, 1986, p. 1494; DE MARTINO, V.: *Codice Civile commentato*, tomo terzo, arts. 2060-2969, Jandi Sapi Editori, 1979, p. 3095, y GIACOBBE, G.: «Professionisti intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Giuffrè Editore, 1987, p. 1081. En la doctrina alemana LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1981, p. 274, y WESTERMANN, H. P.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht-Besonderer teil II, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 1032.

⁸¹ En este sentido CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 152-161, y PUIG BRUTAU, J.: *Compendio...*, cit., p. 481. En la doctrina alemana se ha llegado a decir que se protege simplemente el cambio de opinión del cliente. Al fin y al cabo el negocio se hace en interés suyo. Al respecto véase MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, cit., pp. 155-156.

de dar por terminada de modo anticipado la relación contractual. Si bien el cliente puede desistir siempre, siendo el único juez de su conveniencia en que le presten el servicio, el prestador de servicios sólo cabe que desista cuando tenga justa causa, ya que la conveniencia o inconveniencia de seguir la ejecución de la prestación no pertenece en absoluto a su ámbito de libre apreciación⁸².

El ordenamiento italiano acoge esta solución, de manera que en su artículo 2237 párrafo segundo del Código Civil establece que el *recesso* del profesional ha de ser con justa causa. A raíz de tal regulación, totalmente contraria a la prevista para el cliente en su párrafo primero, la jurisprudencia de mérito ha planteado una cuestión de legitimidad constitucional del precepto en los párrafos dedicados al desistimiento del profesional con referencia al principio de igualdad previsto en el artículo 3 de la Constitución italiana. Pero el Tribunal Constitucional ha declarado infundada tal cuestión, dada la sustancial diversidad de las dos relaciones. Tales disposiciones regulan situaciones racionalmente diversas que surgen de la naturaleza misma del contrato de prestación de obra intelectual y que son consecuencia del mismo. Profesional y cliente se encuentran en una diferente posición contractual que deriva de la estructura misma del contrato y de la diversa naturaleza de las prestaciones: el contrato se basa en el carácter fiduciario de la relación entre cliente y profesional, la prestación de éste último no es fungible y depende de su capacidad personal, por tanto, es propio de la naturaleza misma del contrato que el cliente, que dude de que el profesional puede llevar a cabo el fin previsto, pueda tener la facultad de resolver unilateralmente el contrato con efectos *ex nunc*. El profesional, de hecho, en la fase preliminar del contrato tiene la posibilidad de aceptar o rechazar el encargo que le ha sido hecho por el cliente. Es razonable que no quede en manos del profesional la rescisión discrecional del contrato, una vez que ya ha ejercitado este derecho de elección⁸³.

A mi juicio creo que es defendible un desistimiento *ad nutum* también en el caso del profesional. Por dos razones: primera, si se

⁸² López y López, A. M.: «La proyectada nueva regulación...», *cit.*, p. 46. En idéntico sentido se pronuncian GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «En la convergencia...», *cit.*, p. 334, y LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil...», *cit.*, pp. 98-99.

⁸³ Véase Corte Cost., 13 febbraio 1974, n. 25, *FI*, I, 1974, pp. 597-598, y más información en DI CERBO, F.: *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1988, p. 323. Por su parte, tanto RIVA SANSEVERINO, L.: «Comentario al artículo 2237 del Código Civil», *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja*, libro 5.º, Del Lavoro, Nicola Zanichelli editore, Bologna, 1943, p. 815, como SANTORO-PASSARELLI, F.: «Professioni intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIV, 3.ª edición, Utet, 1967, p. 27, consideran acertada tal decisión, en cuanto la limitación al poder del desistimiento del profesional tiene su razón de ser en la exigencia de tutelar al cliente, que ha de estimarse como la parte más débil, al menos social y moralmente.

exige que el profesional desista con justa causa, creo que es coherente que si manifiesta su voluntad de dar por terminado el contrato sin la concurrencia de un justo motivo debe condenársele al cumplimiento del contrato. Y, ¿realmente es posible en este tipo de contratos, dadas las características antes vistas, condenar al cumplimiento? Sobre todo, ¿es útil? El Tribunal Supremo rara vez suele condenar en este tipo de casos al cumplimiento del contrato y cuando lo ha hecho, nunca ha sido al profesional sino al cliente. Quizá ello sea una buena muestra de la conveniencia de permitir el desistimiento libre a ambas partes contratantes⁸⁴. Es dudoso por otra parte que las normas reguladoras de la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, al presuponer un hacer fungible (art. 1098 del Código Civil), sean de aplicación a las obligaciones profesionales *intuitu personae*, pues no es tan claro que en todos los casos el acreedor vea satisfecho su interés con la ejecución de la prestación por parte de la persona designada por el juez⁸⁵.

Segunda razón. Es cierto, tal y como se ha sostenido por la doctrina antes mencionada, que la situación del profesional en la relación contractual es diferente a la del cliente, pero creo que esta

⁸⁴ Estas resoluciones son las SSTS 2.6.1960 (ya citada antes por otros motivos) y 3.2.1994 (R/ 1994, 968). En la primera el Supremo condena al cumplimiento del contrato de servicios de duración determinada a los copropietarios de dos cortijos sevillanos, que dan por terminado el contrato antes de la llegada del término. El perito agrícola al que habían contratado para llevar la dirección de la explotación de las fincas formula su demanda pidiendo en ella que se condene a los demandados al cumplimiento del contrato y a abonar al actor solidariamente las retribuciones devengadas y la participación en los beneficios convenida, con los intereses legales de ambas cantidades. La demanda es estimada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, pero no admiten la solidaridad de los demandados ni acogen la pretensión sobre los intereses. Interponen las dos partes recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de los propietarios, pero estima el recurso del actor. Entiende que al ser un contrato de servicios no cabe la libre revocabilidad de las partes y condena al cumplimiento del contrato. En la STS 3.2.1994 Giesa Schlinder, S. A., formula demanda de menor cuantía contra la comunidad de propietarios que le había contratado para el servicio de mantenimiento preventivo de dos aparatos elevadores existentes en la finca. La comunidad resuelve unilateralmente el contrato y el profesional demanda pidiendo el cumplimiento de dicho contrato y subsidiariamente el pago alternativo de una determinada cantidad, a lo que se opondrá la comunidad reconviniendo que se declare la nulidad del contrato y de forma subsidiaria su resolución. El Supremo condena a la Comunidad al cumplimiento del contrato. A su juicio no existe ningún incumplimiento previo del profesional que justifique el desistimiento de la comunidad y además se estima probado que la comunidad había resuelto de forma unilateral el contrato por contraer compromiso con una tercera entidad competidora de la primera prestadora del servicio.

⁸⁵ Sin embargo YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 372, cree que a lo mejor la víctima del daño prefiere la ejecución de un tercero a costa del deudor si, a pesar de tratarse de una prestación personalísima, considera satisfactoria la ejecución *in natura* por otra persona. De hecho lo único que prohíbe el artículo 1161 del Código Civil es que el acreedor pueda ser compelido a recibir el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de ese deudor se hubiesen tenido en cuenta. En el mismo sentido GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil*, Contratos en especial, responsabilidad extracontractual, Tecnos, Madrid, 1968, p. 258.

diferente posición no debe tenerse en cuenta tanto en la motivación del desistimiento cuanto en la manera de llevarlo a cabo. Desde luego el desistimiento del profesional en la mayoría de los casos es más peligroso que la denuncia del cliente, en cuanto la terminación anticipada del contrato por parte del profesional puede ocasionarle al cliente daños mucho más graves que en el caso contrario. Pensemos en el caso del médico que deja al enfermo antes de una operación urgente, o en el caso del abogado que abandona el asunto en un momento en que faltan dos días para que termine el plazo para presentar recurso contra la sentencia. Por ello quizá lo más importante no sea exigirle al profesional que tenga una justa causa para desistir sino limitar o condicionarle su derecho al libre desistimiento mediante un instrumento que impida que abandone de forma intempestiva al cliente. Esto es precisamente lo que hace nuestro artículo 1737 del Código Civil, que después de permitir al mandatario renunciar libremente al contrato en el artículo anterior le exige a continuación que debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta. Precepto que considero por las razones ya mencionadas páginas atrás perfectamente aplicable a la relación contractual de servicios entre profesional liberal y cliente. No sólo en nuestro ordenamiento sino que también en otros hay una exigencia similar para el profesional⁸⁶. Pero esta idea conduce ya al estudio del siguiente apartado, que es el preaviso del profesional.

Cabe preguntarse, por último, si, muerto el cliente, se extingue de forma automática el contrato de servicios (ya que es clara la respuesta afirmativa en el caso contrario al existir con frecuencia en estos contratos un *intuitu personae* en relación con la persona que ha de prestar los servicios). La cuestión resulta dudosa también en otros ordenamientos⁸⁷.

Desde luego queda extinguido de forma automática el contrato cuando la prestación de servicios redunde directamente en la esfera personal del fallecido encargante de los servicios (por ejemplo, en los servicios médicos). La normativa del mandato establece en el artículo 1732.3.º del Código Civil que la muerte del mandante

⁸⁶ El artículo 2237, párrafo 3.º, del Código Civil italiano requiere que el *recesso* del prestador del servicio se ejercite de un modo que evite daños al cliente. El párrafo 627 del *BGB* a su vez precisa que el empleado sólo puede denunciar el contrato de servicios de manera que el cliente pueda procurarse el servicio en otra parte. PUTZO, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, en Palandt, 52. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993, p. 691 en este sentido puntualiza que es imprescindible para el ejercicio de la denuncia por el profesional que el cliente consiga otro profesional, pero no hace falta que sea de la misma calidad y del mismo tipo.

⁸⁷ MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, *cit.*, p. 154.

extingue el mandato. Se ha indicado, creo que con acierto, que esta regla debe matizarse en ciertos casos y que está menos justificada en ciertos mandatos profesionalizados⁸⁸. Parece, pues, que estamos de nuevo ante otra norma pensada fundamentalmente para un contrato gratuito y que ha de aplicarse con prudencia, haciendo las necesarias modificaciones, a un contrato oneroso como es la prestación de servicios por parte de profesionales liberales. Por tanto, qué tratamiento debe recibir en este último la muerte del cliente. La respuesta ha de oscilar, sin duda, entre la vinculación de sus herederos al contrato y la concesión de la facultad de desistir del contrato a los mismos. Probablemente darles la opción de desistir sea más adecuado teniendo en cuenta el tipo de contrato ante el que nos encontramos, ya que la relación nacida del contrato de servicios se encuentra teñida por elementos muy personalizados y, al mismo tiempo, la finalidad buscada por el contrato está muy relacionada con la persona del que contrató los servicios.

Ahora bien, el desistimiento de los herederos de cliente, ¿ha de ser libre o con justa causa? El ya citado Proyecto de reforma del Código Civil en esta materia objeto de estudio proponía en su artículo 1586 la extinción del contrato de servicios por el fallecimiento del cliente si sus herederos estiman que debido a ello los servicios ya no les son de utilidad. Aparentemente parece que este precepto acoge un desistimiento con justa causa. Pero tiene razón López y López⁸⁹ cuando dice que este artículo puede funcionar como un desistimiento *ad nutum* o con justa causa según se adopte una postura restrictiva o extensiva de lo que se estime utilidad de los herederos. Si se define la utilidad desde unos criterios objetivos difícil será pensar que lo que le producía alguna utilidad al patrimonio del fallecido no se lo va a producir al de los herederos, pero si se define la utilidad desde un criterio subjetivo (basta la percepción de lo que los herederos consideren útil) se abre la puerta a un desistimiento libre.

3.2 Medidas tuitivas del contratante frente al que se desiste

En los diferentes ordenamientos en que se trata de tutelar la libertad de los contratantes a través del desistimiento, existen a la vez una serie de mecanismos que tratan de proteger como regla general el interés del contratante frente al que se desiste. Se trata, por una parte, del preaviso o de otra figura similar y, por otra, del deber de dejar indemne a esa parte frente a la que se ejercita el

⁸⁸ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, p. 248.

⁸⁹ «La proyectada nueva regulación...», *cit.*, pp. 46-47.

desistimiento. A continuación se analiza en qué consiste cada una de estas medidas y en qué casos no son exigibles las mismas.

3.2.1 ¿NECESIDAD DE PREAVISO U OTRA FIGURA SIMILAR?

El preaviso impide que el desistimiento despliegue sus efectos de forma inmediata, a fin de crear, en virtud del tiempo que media entre la comunicación y la terminación de la relación, un período preparatorio destinado a asegurar una disciplina preordenada a la cesación del vínculo. Su finalidad es, por consiguiente, plenamente tuitiva: proteger a la otra parte frente a la que se desiste de los daños que puede ocasionar un desistimiento intempestivo, inmediato⁹⁰.

En nuestro ordenamiento, respecto al mandatario en el artículo 1737 del Código Civil, así como en el parágrafo 627 del *BGB* y en el artículo 2237 del *Codice Civile* italiano, como antes he indicado, no se prevé tanto el preaviso cuanto una figura similar, que consiste en la necesidad de respetar por parte del profesional un período de adaptación del cliente a la nueva situación, con la idea de que éste último pueda tomar las medidas oportunas para la protección de sus intereses cara a la extinción del vínculo contractual⁹¹. Ahora bien, durante este período de tiempo, en qué consiste la actuación del profesional. Como regla general creo que sólo se le deben exigir medidas conservativas del asunto encomendado e iniciado, es decir, no abandonarlo por completo. Pero pueden darse casos en deba hacer algo más que medidas conservativas, por ejemplo, la vida del enfermo depende de que se le opere con urgencia o el éxito del pleito está ligado a que se presente determinada prueba en un plazo muy breve de tiempo.

Qué sentido tiene que en los diferentes ordenamientos se hagan estas precisiones respecto de los prestadores de servicios pero no respecto de los clientes. En páginas anteriores concluía que para el ejercicio del desistimiento el margen de libertad del profesional ha de ser menor que el que le corresponde al cliente, y que este mar-

⁹⁰ En este sentido SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Dott. A. Giuffré, Milán, 1965, p. 133. Acoge las ideas del autor italiano KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 30 y 191. En un sentido negativo LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «La proyectada nueva...», cit., p. 44, señala que la finalidad del preaviso no es la de garantizar una duración mínima del contrato, sino la que corra entre la comunicación del desistimiento y la caducidad del plazo para dicha comunicación.

⁹¹ En relación con el artículo 2237.2.º del *Codice Civile* y con el parágrafo 627 del *BGB*, véase MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1962, p. 291. Respecto al artículo 1737 del Código Civil, Díez-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 312, ha señalado que se trata de una obligación a cargo del mandatario de no dejar abandonados o desamparados de forma inmediata los intereses del mandante. A su juicio se encuentra implícito en este artículo el llamado preaviso.

gen menor de libertad no ha de consistir en la exigencia de una justa causa que motive su decisión de desistir sino en una determinada manera de desistir que evite consecuencias perjudiciales al cliente. Si el preaviso u otras figuras similares poseen como función principal el evitar daños a la otra parte frente a la que se desiste, pienso que cumple todo su sentido en el caso del profesional, ya que se ha indicado también antes que éste, con su desistimiento, puede causar más perjuicios al cliente que viceversa. Como regla general el cliente al ejercitar el desistimiento ocasiona menos inconvenientes al profesional⁹². Respecto al cliente, pienso que la necesidad de que respete un preaviso u otra figura similar ha de enjuiciarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Pero que en principio el ejercicio del desistimiento por su parte no requiere el cumplimiento de tal requisito.

En qué casos el profesional queda exonerado del preaviso o figura similar. A mi juicio sólo la concurrencia de causas realmente graves que impidan la continuación del contrato incluso durante ese período breve de tiempo que es el preaviso eximen de su observancia al contratante que desea desistir⁹³. En ocasiones la aparición de determinadas causas lleva consigo un deterioro tal de la relación contractual que no cabe su prolongación ni tan siquiera durante ese período. Así, motivos serios para una ruptura inmediata de la relación contractual son los supuestos de incumplimiento tanto de obligaciones por parte del cliente (retribución de reembolsos justos) como de cargas (anticipo de cantidades, negativa al acceso del profesional a ciertos documentos necesarios para la realización del servicio...). En otro tipo de circunstancias (mala salud, enfermedad, ausencia del cambio de residencia del lugar donde se desempeña de forma habitual la profesión, cambio de profesión, cambio de estado civil, jubilación, enemistad entre las partes contratantes...) habrá que examinar su gravedad para concluir si cabe una renuncia inmediata y en caso de que sea preciso un preaviso, para determinar el tiempo que el obligado a la prestación de hacer debe continuar aún encargándose del asunto. Adelanto ahora una idea que se analiza

⁹² En el caso de la regulación del contrato de mandato en nuestro Código Civil, la exigencia de que sólo el mandatario deba respetar un período de adaptación del mandante a la nueva situación tiene otra explicación, además de la ya señalada de que el mandatario puede causar más perjuicios al cliente con su renuncia: la normativa del Código Civil reguladora del mandato está pensada fundamentalmente para un contrato gratuito, de manera que la extinción anticipada, e incluso intempestiva, sin un preaviso, por parte del mandante no sólo no le producirá daños al mandatario sino que además le supondrá un beneficio: le libera de una carga.

⁹³ KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 30, 41, nota 60, 243-245. El BGB en su párrafo 627, párrafo 2.º, señala la misma idea: no tiene que respetar el profesional ese período de adaptación cuando una exista una causa seria para la denuncia prematura.

después: si existe una causa importante pero que no justifique una renuncia inmediata, el profesional debe continuar con el asunto durante un cierto tiempo pero evidentemente no tiene que indemnizar los daños y perjuicios que se le puedan ocasionar al cliente con el ejercicio del desistimiento.

La literalidad del artículo 1737 del Código Civil plantea una duda. Señala el precepto que el mandatario, aunque renuncie con justa causa, debe continuar con su gestión durante algún tiempo: ¿Se exige, pues, en todo caso que el mandatario respete ese período de adaptación, incluso en el caso de un motivo realmente grave? Sin embargo la doctrina ha entendido que debe interpretarse tal precepto en conexión con el anterior, es decir, con el artículo 1736 del Código Civil, que establece la obligación del mandatario de indemnizar los daños causados al mandante a consecuencia de la renuncia salvo que la continuación de la gestión suponga un grave detrimento para el mandatario. Se admite, pues, en estos supuestos de grave detrimento una renuncia con efecto inmediato sin que tener que indemnizar daños al mandante⁹⁴.

Qué tiempo de duración ha de tener el preaviso. En principio la duración del preaviso, salvo que venga especificada legal o convencionalmente, se determina en función del tiempo que necesita el contratante frente al que se desiste para tomar las medidas oportunas que le eviten un perjuicio⁹⁵. Como consecuencia de que la exigencia de preaviso tiene pleno sentido respecto al profesional, la mayoría de las veces estas medidas se reconducen a la necesidad de buscar un nuevo profesional que se encargue del asunto. La búsqueda de un nuevo contratante suele ser, pues, una necesidad común a todos los casos de desistimiento, pero han de tenerse en cuenta las particularidades de cada contrato en cuestión para precisar la mayor o menor dificultad para la sustitución, por causas tales como la duración que ha tenido el contrato, las especiales cualidades que presentaba el otro contratante (como su categoría o cualificación profesional...), el grado de confianza que existía entre las partes... Ahora bien, el tiempo que necesita el contratante para tomar las medidas oportunas para evitar el daño, ¿viene determinado desde un punto de vista subjetivo por la sola voluntad del cliente? Pienso que no. Así lo mantiene Díez-Picazo⁹⁶ en relación con el artículo 1737 del Código Civil (perfectamente aplicable desde

⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación...*, cit., p. 312; GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1737 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 1593 y 1594, y KLEIN, M.: *El desistimiento...*, cit., pp. 50-51.

⁹⁵ KLEIN, M.: *El desistimiento...*, cit., pp. 202-204.

⁹⁶ *La representación...*, cit., p. 312.

luego a la relación contractual entre profesional liberal y cliente), ya que a su juicio este precepto no ordena que el mandatario continúe su gestión hasta que el mandante haya tomado las disposiciones necesarias, pues esto demoraría *sine die* la efectividad de la renuncia y dejaría en manos del mandante el término de la relación. Lo que dice este precepto es que el mandante haya «podido tomar» las disposiciones oportunas. La continuación de la gestión ha de producirse durante el período de tiempo razonablemente necesario para permitir la diligencia del principal, de manera que éste pueda tomar las disposiciones oportunas.

Cabe preguntarse, a continuación, qué consecuencias tiene el incumplimiento de un preaviso preceptivo: ¿la ineficacia del desistimiento? O por el contrario, ¿una indemnización? La doctrina italiana ha estudiado con profundidad el tema y distinguen entre una eficacia obligacional y una eficacia real⁹⁷. La primera quiere decir que la falta de preaviso no hace ineficaz el desistimiento, sino que impone sólo una obligación de resarcimiento. A tal tipo de ineficacia se contraponen la real, caso en que el preaviso representa en cambio uno de los componentes constitutivos del desistimiento, en el sentido de que en su ausencia la comunicación no produce sus efectos. El que desiste, si no continúa cumpliendo lo que le incumbe, queda incurso en mora, con la consiguiente *perpetuatio obligationis*. La doctrina parece partidaria de la primera posibilidad, en cuanto no parece muy realista mantener la existencia de un contrato sometido a desistimiento unilateral, por inadecuado ejercicio de preaviso, hasta el momento en que éste se ejercite de nuevo en regulares condiciones: un medio más funcional y menos conflictivo de solucionar la situación es liquidar el contrato desde el momento en que se manifiesta la voluntad de desistir, aunque sea inoportuna, si bien este caso lleva consigo el deber de indemnizar por parte del contratante que desiste⁹⁸.

Por último, en caso de omisión de un preaviso preceptivo, qué contenido ha de tener la indemnización. Fundamentalmente ha de contener dos partidas⁹⁹:

⁹⁷ SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata...*, cit., pp. 134-135.

⁹⁸ En este sentido LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: «La proyectada nueva regulación...», cit., p. 45, y KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., p. 226. A juicio de SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata...*, cit., pp. 134-135, cuando el objeto de la prestación es un hacer, no hay duda de que la distinción entre las dos formas de eficacia pierde prácticamente valor, ya que en ambos casos la falta de preaviso da origen a una obligación de resarcimiento, ya que en su opinión no cabe ejecución en forma específica en las obligaciones de este tipo. Por su parte la doctrina alemana, probablemente condicionada por el párrafo 627, párrafo 2.º, que parece tomar una clara opción, son partidarios de la indemnización en caso de omisión del preaviso por parte del profesional cuando es preceptivo. Véase PUTZO, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., p. 691 y WESTERMANN, H. P.: *Münchener Kommentar...*, cit., p. 1036.

⁹⁹ Véase sobre el particular KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 236-237.

Primera, si el perjudicado es el cliente (y esto es lo normal) el profesional ha de resarcirle el valor de prestación de hacer que ha dejado de llevar a cabo durante el período de duración del preaviso, mientras que si el perjudicado es el prestador del servicio, éste ha de recibir la cantidad fijada en concepto de remuneración que hubiera percibido durante el período de preaviso.

Segunda, el que desiste sin preavisar debe indemnizar al otro contratante cualquier otro daño que pueda relacionarse con el hecho de no haber contado con el tiempo suficiente para tomar las medidas oportunas. Por ejemplo, el cliente pierde el pleito por no haber presentado el abogado una prueba sustancial en un plazo determinado, plazo que se corresponde con el tiempo que hubiese debido durar el preaviso. O el enfermo sufre una agravación de su enfermedad por no haber hecho una operación quirúrgica necesaria durante el período de preaviso omitido. La valoración de este tipo de daños en algunos casos es ciertamente complicada: por ejemplo, en el caso de que no haya interpuesto el abogado un recurso en el tiempo oportuno, qué es lo que debe indemnizar: ¿la posibilidad de haber podido ganar el pleito? ¿Cómo se cuantifica y prueba tal daño?

3.2.2 DEBER DE INDEMNIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO

Como regla general el contratante que decide dar por terminada la relación contractual de modo anticipado tiene un deber de dejar indemne a la otra parte contratante. Ésta parece ser la idea que late en los artículos del Código Civil dedicados al desistimiento (por ejemplo, 1733, 1736, 1594), ahora bien, ninguno de ellos precisa en qué consiste este deber de indemnizar en sentido amplio, salvo el ya referido artículo 1594 del Código. Este precepto estima que el comitente, con independencia de cuál sea la motivación por la que decide extinguir el contrato, ha de indemnizar al contratista los gastos, trabajo y utilidad que este último hubiera podido obtener de la obra¹⁰⁰.

A mi juicio dentro de esta indemnización en sentido amplio surgen dos tipos de deberes: primero, unos deberes de liquidación. Tales deberes consisten en una acción que posee el profesional para

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, p. 223, nota 5, piensa que como es el único precepto que regula el tema de la indemnización ha de aplicarse al contrato de servicios. Ya expliqué en su momento las razones por las que no considero adecuado que tal precepto se aplique, ni siquiera por analogía, al contrato de servicios de profesionales liberales. Además de las ya indicadas entonces (véase apartado II.2.2.2), ha de añadirse que este precepto únicamente regula el desistimiento y el deber de indemnizar de una de las partes contratantes y a mi juicio es posible que en el contrato de servicios de profesionales liberales desista tanto el profesional como el cliente.

que el cliente le retribuya los servicios prestados y los gastos realizados hasta el momento del desistimiento¹⁰¹. Segundo, un deber de indemnización de los daños en sentido estricto que surgen a causa del desistimiento. Es importante puntualizar que este deber es diferente de la indemnización que debe el contratante que desiste sin observar el plazo de preaviso preceptivo sin causa justificada¹⁰².

¹⁰¹ KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., p. 245. Para este autor tales deberes no se fundamentan en una conducta ilícita sino que son colorarios necesarios en la extinción del contrato por cualquier causa que no consista en una falta grave del otro contratante.

¹⁰² La STS 19 diciembre 1991 (RJ 1991, 9409) constituye un buen ejemplo de cómo el Supremo en ocasiones no diferencia los dos tipos citados de indemnización (la que surge por falta de preaviso preceptivo y la que deriva del propio ejercicio del desistimiento unilateral). El 1 diciembre de 1986 se suscriben ocho contratos relativos a otros tantos buques por los que Naviera Castellana, S. A., y Astilleros Españoles, S. A., contratan a Operadores Marítimos, S. A., para que esta última se encargue del control y de la vigilancia de dichos barcos, que habían sido arrendados a su vez a otra compañía naviera por las ya citadas y que precisamente tal contrato de servicios se ajustaba cronológicamente desde la fecha de 1 de diciembre de 1986 hasta la finalización del contrato de arrendamiento. El 3 de julio de 1987 Operadores Marítimos, S. A., requiere por vía notarial a sus clientes para que le abonen los meses impagados, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, habría de entenderse que los clientes no tienen interés en continuar la vigencia del contrato, lo que habría de interpretarse como una rescisión unilateral de los mismos con la consiguiente indemnización seguida de tal incumplimiento. En el contrato habían insertado una cláusula en la que se establecía que en el caso de que el armador decidiera cancelar el contrato, sin que haya existido un manifiesto incumplimiento del mismo por parte del inspector, deberá darse un preaviso de, como mínimo, 6 meses e indemnizarse al inspector, al menos en la cuantía equivalente a 1 año de contrato, desde la fecha real de la cancelación. Los clientes contestaron al requerimiento el 7 de julio de 1987 en el sentido de que daban por resuelto el contrato por no haber cumplido la requirente las prestaciones acordadas en los contratos inicialmente reseñados (pero nunca se consiguió probar tal incumplimiento). La sociedad de gestión técnico-administrativa demanda a sus clientes exigiendo el pago de las mensualidades pactadas no satisfechas hasta el 7 de julio de 1987 (es decir, la retribución por los trabajos realizados) más la indemnización por rescisión unilateral y falta de preaviso.

La sentencia de primera instancia estima integralmente la demanda, ya que interpreta la cláusula contractual de modo literal en cuanto a su significado (indemnización por falta de preaviso más indemnización por desistimiento). La sentencia de primera instancia es revocada en parte en apelación, ya que se deniega la cantidad solicitada por el incumplimiento de los 6 meses de preaviso, confirmándose en cuanto al resto. El Tribunal Supremo confirma la interpretación que hace la Audiencia de la cláusula, ya que «en el caso de falta de preaviso por los demandados, con la mentada antelación mínima de los seis meses a la fecha real de la cancelación, la indemnización por tal evento quedaría fijada como mínimo en la cuantía equivalente al precio anual de sus servicios..., sin que tenga, por tanto, que sumarse a ello, una pretendida indemnización correspondiente a esos 6 meses de preaviso, ya que sólo opera tal período de tiempo como el estimado, de acuerdo por las partes, como el suficiente para que el prestamista de los servicios no se vea gravemente perjudicado al quedar sin cliente necesario de los mismos en forma sorpresiva...».

Acertadamente señala SANZ CANTALEJO, M. D., cuando comenta esta sentencia en CCJC, núm. 28, 1992, p. 143 (por cierto, aparece por error citada como STS 12 diciembre 1991), que la decisión del Supremo no es correcta en este punto, ya que de la literalidad de la cláusula mencionada puede deducirse que las partes de forma voluntaria han pactado que, en caso de desistimiento unilateral por parte de los armadores sin previo incumplimiento de la otra parte, deberán respetar un preaviso de cómo mínimo 6 meses e indemnizar al menos en la cuantía equivalente a un año de contrato. A su juicio se debería haber concedido las dos indemnizaciones, ya que ha habido dos incumplimientos de distinta naturaleza y no privar de toda eficacia a la obligación de preaviso. En lo que no parece

Estos dos tipos de deberes se desprenden claramente de la regulación alemana, que es muy interesante en cuanto la motivación concreta del desistimiento es indiferente a la hora de otorgar a las partes contratantes la facultad de desistir, pero la causa por la que se desiste resulta imprescindible para la determinación de las consecuencias del desistimiento¹⁰³.

Como antes se ha indicado, una de las mayores objeciones por parte de cierto sector doctrinal para la aplicación de la normativa del contrato de mandato a los servicios desempeñados por profesionales liberales ha sido la regulación que realiza el artículo 1733 del Código Civil: el mandante puede desistir en cualquier momento sin tener que indemnizar al mandatario, de manera que se ha mantenido que tal regulación no es adecuada para la relación contractual entre profesional liberal y cliente. En este último tipo de relación parece que es más correcto que el cliente que desiste deba dejar indemne al profesional. Es una norma pensada para un contrato en principio gratuito como es el mandato, de manera que la doctrina y la jurisprudencia consideran con acierto que no puede aplicarse ni siquiera en los mandatos retribuidos y por tiempo determinado¹⁰⁴.

estar de acuerdo la autora es en el *quatum* de la indemnización concedida por la sentencia de primera instancia por falta de preaviso, que lo calcula multiplicando la cantidad fija mensual establecida en concepto de remuneración de los servicios prestados por los 6 meses de duración de preaviso. En su opinión —que no comparto— debería haberse concedido la cantidad resultante del daño real producido por la falta de preaviso.

¹⁰³ Parágrafo 628 (*Teilvergütung und Schadensersatz bei außerordentlicher Kündigung*).

Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des & 626 oder des & 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des & 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Téngase en cuenta que este precepto no sólo regula las consecuencias del desistimiento de los contratos en los que existe una especial confianza entre las partes, sino que también regula el otro tipo de desistimiento extraordinario: el desistimiento en caso de que haya un motivo serio para ello. De ahí las alusiones al parágrafo 626.

¹⁰⁴ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, cit., p. 247, y GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1733 del Código Civil». *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 1584-1585. La jurisprudencia también ha considerado que esta norma no vale tal cual para el mandato retribuido de duración determinada y así ha entendido que el mandante puede resolver de forma unilateral el contrato pero debiendo pagar los servicios ya prestados al mandatario e indemnizarle de los perjuicios ocasionados a causa del desistimiento. Véanse las SSTS 6 diciembre 1924 (CL 1924, núm. 130), 21 diciembre 1963 (RJ 1963, 5363), 25 noviembre 1983 (CL 1983, núm. 602) y recientemente 3 marzo 1998 (RJ 1998, 1292).

Por tanto, a mi juicio tal precepto no ha de considerarse como una objeción a la aplicación de la normativa del mandato a la relación contractual entre profesional y cliente, sino que cabe su aplicación pero con las matizaciones oportunas.

3.2.2 a) DEBERES DE LIQUIDACIÓN

Ha de distinguirse, por una parte, el pago de la retribución por los servicios realizados hasta el momento del desistimiento y, por otra, el pago de los gastos ya hechos.

En relación con el pago de la retribución por los servicios efectuados por el profesional liberal surgen varias cuestiones. En primer lugar, cuál es su fundamento. A juicio de Crespo Allúe¹⁰⁵ esta idea es un desarrollo amplio del artículo 1728 párrafo segundo del Código Civil. Si el mandante ha de reembolsar al mandatario las cantidades anticipadas por éste, aunque el negocio no haya salido bien, por analogía ha de remunerarse al mandatario, en caso de mandato oneroso, ya que si se pactó una remuneración por determinados servicios y éstos sólo se prestan en parte porque el mandante impide su continuación, han de remunerarse, por lo menos, los prestados para cumplir con la obligación general de dejar indemne al mandatario a las resultas del cumplimiento del encargo recibido.

En segundo lugar, ¿debe el cliente remunerar los servicios prestados por el profesional en cualquier caso? Evidentemente aquí se debe, por una parte, entrar a examinar las causas concretas por las que se produce el desistimiento y, por otra, en los ordenamientos donde se regula con amplitud el desistimiento de los profesionales liberales, este deber de remunerar los servicios aparece conectado con el criterio de la utilidad que esos servicios tienen para el cliente. Sumamente adecuada parece la regulación alemana en el párrafo 628 *BGB*, en cuanto el profesional no tiene derecho a la remuneración por los servicios prestados tanto si ha desistido sin una justa causa (esto es, de manera infundada) como si el cliente ha desistido a causa de una conducta del profesional contraria a lo pre-

En otros ordenamientos se ha planteado un problema similar al nuestro. Mientras que para DESSEMONTET, F.: « Les contrats de service », *RDS*, 128 Band, NF 106, II, Heft 2, 1987 p. 171, el artículo 404 *al.1* del Código de las Obligaciones Suizo, que permite la revocación del mandante o del mandatario en cualquier momento sin indemnización, está pensado principalmente para los profesionales liberales, FAVRE-BULLE, X.: « L'évolution du droit des contrats de prestation de service », *RDS*, 132. Band, NF 110, I, Heft 3, 1991, pp. 354 y 380, opina que algunos contratos de servicios que no tienen regulación legal específica (como los de los profesionales liberales) han de considerarse innominados, de manera que las partes dispongan de libertad contractual en materia de desistimiento y que sólo en caso de una ausencia en el contrato sobre este punto sea el juez el que decida si puede aplicarse por analogía el artículo 404 *al.1* CO.

¹⁰⁵ *La revocación del mandato...*, *cit.*, p. 191.

visto en el contrato, eso sí, en ambos casos siempre que tales servicios prestados no ostenten ninguna utilidad para el cliente ¹⁰⁶. Evidentemente pienso que no ha de ser el cliente el que decida si tales servicios le reportan o no alguna utilidad, sino que ha de ser las circunstancias objetivas del caso las que permitan apreciar al juez si los servicios son o no útiles.

En tercer lugar, cabe plantear cuál es el contenido concreto de la remuneración: si debe abarcar sólo los servicios prestados hasta el momento del desistimiento o toda la remuneración prevista en el contrato desde el desistimiento hasta la fecha de terminación del contrato. Parece que en principio sólo deben pagarse los servicios prestados hasta el desistimiento (en cuanto al contenido del deber de liquidación, otra cosa será en el caso del deber de indemnizar en sentido estricto). Parece la doctrina de acuerdo en este punto, aunque los argumentos aportados al respecto son variados: desde la existencia de un enriquecimiento injusto en caso de que se den todos los ingresos previstos en el contrato al profesional, ya que la causa de tal remuneración ha de ser el trabajo prestado a cambio y aquí por hipótesis no se da ¹⁰⁷, hasta la apelación a la idea de la equidad ¹⁰⁸. ¿Y si se incluye dentro del contrato un cláusula en la que se establezca que en caso de desistimiento el profesional tendrá derecho a toda la remuneración prevista y no sólo a aquella correspondiente a los servicios prestados? Parece que un tipo de cláusula semejante es completamente válida, aunque desde luego

¹⁰⁶ Sobre ello véase la sentencia del *Bundesarbeitsgericht* de 21 de octubre de 1983, *Der Betrieb*, 1984, II, p. 2705. Por su parte el 2237 del Código Civil italiano señala cómo si es el profesional el que desiste, sólo si tiene justa causa puede recibir del cliente el reembolso de la retribución por los servicios prestados, que habrá de determinarse con referencia al resultado útil que de ahí se haya derivado para el cliente. En cambio si el que desiste es el cliente indica que debe reembolsar al profesional tal retribución, pero sin más puntualizaciones.

¹⁰⁷ Díez-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 2.6.1960...», *cit.*, p. 608.

¹⁰⁸ ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 226. A su juicio cuando uno de los contratantes desiste, literalmente debe –salvo que se haya previsto en el contrato– pagar toda la remuneración establecida en el contrato desde la denuncia hasta la fecha de terminación del contrato. Ahora bien, en su opinión es más equitativo pagarle al otro contratante frente al que se desiste el trabajo efectivamente realizado y además una justa remuneración como indemnización por los daños que la denuncia del contrato lleva consigo. Plantea dos ejemplos. El primero es el caso de un rejoneador que contrata a un domador de caballos para llevárselo a su finca de Andalucía, por un plazo de 5 años, con objeto de que se dedique a prepararle un pequeño grupo de caballos. Al poco tiempo de entrar en vigor el contrato, el rejoneador sufre un serio accidente que le impide seguir montando para el futuro. El segundo ejemplo es el siguiente: en una ciudad pequeña un cirujano que ha montado un sanatorio particular contrata a dos jóvenes médicos como ayudantes, a los que, además de impartir enseñanza, paga un sueldo de mantenimiento, rigiendo el contrato por plazo de 5 años. Si el cirujano contrae una grave afección visual que le impide continuar su trabajo y no puede hallar quien le sustituya, viéndose obligado a cerrar la clínica, el autor se pregunta si está obligado a pagar el sueldo de mantenimiento a sus dos ayudantes por todo el tiempo pactado.

es criticable cuando el prestador de los servicios únicamente ha hecho una parte mínima de la actividad ¹⁰⁹.

Hay ciertos casos en que resulta complicado señalar la cuantía concreta de la remuneración por los servicios prestados. Por una parte, qué ocurre en caso de que la remuneración no se haya pactado en principio (cosa bastante frecuente, por cierto). El silencio de las partes al respecto debe entenderse como una remisión a los usos del tráfico ¹¹⁰, de manera que probablemente será el propio profesional el que acabe determinando el precio de los servicios prestados hasta el momento del desistimiento, entre otras cosas porque el cliente desconoce los usos del tráfico. Pero el profesional no procede de forma arbitraria sino que utiliza los criterios que habitualmente se aplican (gastos, dificultad del problema, formación y preparación del profesional, tiempo invertido en la resolución, importancia de las prestaciones suministradas, notoriedad del profesional, situación económica del cliente y responsabilidad). En cualquier caso el cliente no está obligado a asumir la cuantificación del profesional y puede acudir al juez para que proceda a la fijación del precio conforme a los usos. Por otra parte, qué sucede si la remuneración ya se ha adelantado por el cliente. Nuevamente el ordenamiento alemán contempla tal situación: si el desistimiento se presenta como consecuencia de una circunstancia de la que no es responsable el profesional entonces éste sólo ha de entregar aquello en que se enriqueció, en caso contrario ha de restituir toda la remuneración con intereses ¹¹¹.

La segunda partida que incluye este deber de liquidación es el reembolso de los gastos hechos por el profesional hasta el desistimiento. Curiosamente algunos autores han considerado este punto también como otra objeción a la aplicación de la normativa del mandato a los servicios desempeñados por profesionales liberales, ya que en su opinión el pago de los gastos efectuados es propio del contrato del mandato, de manera que constituye una obligación del mandante el pago de estos gastos al mandatario. Por el contrario esta norma no sirve para la relación contractual entre profesional y cliente porque el pago aislado de estos gastos, como otra partida distinta a la remuneración por los servicios ya prestados, es incompatible con la esencia de este contrato de servicios: dentro del precio por los servicios el profesional ya ha calculados los gastos ¹¹².

¹⁰⁹ LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts...*, cit., p. 275.

¹¹⁰ ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, cit., p. 442, y STS 5.2.1983 (RJ 1983, 860).

¹¹¹ ENNECCERUS, L.: *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 273.

¹¹² En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, cit., p. 34, y LENEL, O.: «El mandato retribuido...», cit., pp. 370 y 373.

No creo, sin embargo, que haya ningún problema en que el cliente deba reembolsar, además de los servicios prestados, los gastos al profesional, si es que éste no los ha previsto dentro del precio. El ordenamiento italiano prevé de forma expresa en el artículo 2237 del Código Civil que el cliente ha de reembolsar al profesional los gastos hechos, sin embargo el *BGB* en su parágrafo 628 no hace ninguna alusión al tema de los gastos sino únicamente a la remuneración por los servicios prestados.

3.2.2 b) DEBER DE INDEMNIZACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

En qué casos surge el deber del contratante que desiste de resarcir los daños causados a la otra parte contratante como consecuencia del desistimiento¹¹³. A mi juicio dos requisitos han de darse para que surja tal deber: Primero, que el contratante que desiste no tenga una causa justificada para dar por terminado el contrato de manera anticipada y segundo, que el que sufre el daño lo pruebe. Por consiguiente, la motivación del desistimiento sí resulta imprescindible para analizar si concurre o no el deber de resarcir los daños¹¹⁴.

El establecimiento de este deber de indemnizar los daños por parte del cliente o del profesional liberal que desiste deriva desde luego de la normativa del contrato de mandato, es decir, de los artículos 1736 y 1733 del Código Civil. En principio el artículo 1736 del código apunta claramente al deber de indemnizar que tiene el mandatario que renuncia cuando causa daños al mandante como consecuencia de tal renuncia salvo que posea un motivo grave para ello. Respecto al artículo 1733, a primera vista existen obs-

¹¹³ En este apartado examino el deber de indemnizar que tiene como regla general el contratante que desiste frente a la otra parte contratante. Pero la indemnización también puede ser estudiada desde otro punto de vista: si uno de los contratantes desiste empujado por una conducta contraria a lo establecido en el contrato llevada a cabo por el otro contratante. ¿puede el que desiste, no sólo no tener que indemnizar, sino además recibir una indemnización de la otra parte contratante que con su conducta le ha empujado a dar por terminado el contrato? Ésta es la perspectiva de la indemnización que queda puesta de manifiesto en el párrafo 2.º del parágrafo 628 del *BGB* y que es objeto de examen en el apartado correspondiente a la relación que hay entre la resolución por incumplimiento contractual del artículo 1124 del Código Civil y el desistimiento. Véase apartado III.3.3.

¹¹⁴ Esta es precisamente la regulación del ordenamiento suizo. El párrafo 1 del artículo 404 del Código de las Obligaciones, que permite el desistimiento en cualquier momento a mandante y mandatario, viene matizado en virtud del principio de equidad en su párrafo segundo, de manera que el contratante que desiste debe indemnizar cuando lo hace en tiempo inoportuno. El juez tiene un amplio margen para apreciar el deber de reparar el daño, de tal forma que tal deber suele ser obligatorio cuando el contratante desiste, salvo que la otra parte con su conducta haya provocado el desistimiento o salvo que pueda alegar justos motivos. Véase DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service...», *cit.*, pp. 183-185, que indica que aunque la noción de justo motivo es indiferente para la aplicación del primer párrafo del precepto, se convierte en esencial para la aplicación del segundo párrafo.

táculos para señalar que el artículo 1733 exige que el mandante que desiste deba indemnizar al mandatario, pero es hoy opinión común en la doctrina que hay fundamentos suficientes que autorizan tal deber de indemnización cuando la revocación es injustificada (al menos en el mandato oneroso por tiempo determinado). A esta conclusión cabe llegar desde diferentes puntos de vista¹¹⁵: Primero, desde el punto de vista del abuso del derecho, ya que en el caso de la revocación injustificada el mandante hace uso de un derecho externa u objetivamente legal, permitido por el artículo 1733 del código, hay un daño a un interés no protegido específicamente (como es la expectativa del mandatario a seguir percibiendo su retribución) y, por último, cuando no hay justa causa para la revocación se hace una utilización excesiva o anormal del derecho¹¹⁶. Segundo, desde el punto de vista de la buena fe, de manera que la buena fe puede llevar a exigir al mandante, que revoca de forma injustificada, una indemnización de daños y perjuicios al mandatario que había confiado en el mantenimiento de la relación contractual. Tercero, por aplicación analógica del artículo 1729 del Código Civil, de manera que el mandante debe indemnizar al mandatario, no por una posible culpa, sino por su deber de dejar indemne al mandatario¹¹⁷.

Decía más arriba que el deber de indemnizar del contratante que desiste surge cuando tal desistimiento resulta injustificado, es decir, cuando no posee una justa causa para dar por terminado el contrato de manera anticipada. Qué justas causas pueden considerarse suficientes para que cliente y profesional no tengan que indemnizar. A mi juicio dentro del concepto de justa causa han de incluirse tanto los casos de incumplimiento contractual de la otra parte contratante¹¹⁸ como las circunstancias de cierta gravedad

¹¹⁵ Véase al respecto CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 198-206 y 213.

¹¹⁶ Partidario de este fundamento DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato...», cit., pp. 600-601.

¹¹⁷ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, cit., p. 247.

¹¹⁸ Es preciso no obstante tener cuidado con la concurrencia de incumplimiento contractual y en este sentido véase la STS 31 octubre 1992 (RJ 1992, 8358). Don Rafael G. S., director de un periódico, promueve demanda contra la Administración civil del Estado pidiendo una determinada cantidad en concepto de indemnización como consecuencia del desistimiento unilateral del contrato de dirección periodística llevado a cabo por la administración. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, la Audiencia confirma la resolución y el Abogado del Estado interpone recurso de casación, alegando que el deber de indemnizar al director del periódico a causa del desistimiento unilateral queda excluido en la medida en que había una justa causa para dar por terminado el contrato de forma anticipada: el incumplimiento del contrato por parte del director del periódico, ya que éste había estado trabajando para otras entidades al mismo tiempo. Sin embargo el Supremo entiende que el desistimiento es injustificado al no existir verdadero incumplimiento del director, en la medida en que puede hablarse de actos permisivos por parte del ente administrativo en el sentido de tolerar la actividad paracontractual del director

que hagan imposible o muy gravosa la continuación de la relación jurídica ¹¹⁹. Por ejemplo, mala situación económica del cliente, enfermedad del profesional, cambio de residencia de uno o de otro, jubilación... Téngase en cuenta que tales causas pueden eximir al contratante que desiste del deber de indemnizar los daños derivados del desistimiento pero no necesariamente, como ya se vio, eximen al contratante que da por terminado el contrato de tener que respetar el preaviso.

Sin duda el aspecto más polémico es el de si la pérdida de confianza por parte del cliente o del profesional puede estimarse como justa causa que exonere al que desiste de la obligación de indemnizar a la otra parte contratante. En opinión de Alonso Pérez ¹²⁰ la admisión de la pérdida de confianza como justa causa para el desistimiento unilateral conduciría a una libertad absoluta del prestatario para desistir del contrato, ya que la presencia o ausencia de confianza en el desempeño de la labor del prestador es algo absoluta-

del periódico. Hay una ausencia de oposición alguna por parte de la entidad contratante a la notoriedad pública de la actividad paracontractual del director e incluso existía una autorización no escrita. En la STS 14 febrero 1984 (RJ 1984, 658) resuelve de forma unilateral el contrato el prestatario de los servicios (Servicios Médicos de la Banca Oficial). Demanda el prestador de los servicios (médico) exigiendo una determinada cantidad en concepto de indemnización al haberse producido el desistimiento sin causa justificada. En tal contrato se había pactado que podía denunciarse el contrato por la entidad prestataria sólo en ciertos casos: por incapacidad física, negligencia, falta de ética o cualquier otra clase de incumplimiento por parte del médico, añadiéndose que en caso de desistimiento sin causa justificada la parte que incumpliera debería indemnizar. Entiende el Supremo que la entidad prestataria debe indemnizar al médico ya que ha desistido sin justa causa: no se ha acreditado el incumplimiento por parte del médico. Según el tribunal en absoluto demuestra la existencia de incumplimiento algunas quejas subjetivas de ciertos asegurados ya que no se ha probado que tales quejas respondan a una falta de diligencia o a un desconocimiento de las reglas de la profesión.

¹¹⁹ En la STS 29 abril 1998 (RJ 1998, 2601) «Secovican, SLC» celebra un contrato de prestación de servicios con la sociedad «Ensenada del Sol, S. A.», en fecha de 31 de marzo de 1988, por la que la primera se obliga a prestar los servicios propios de su actividad de vigilancia y seguridad en las instalaciones turísticas de la segunda, mediante vigilantes jurados de seguridad, debidamente equipados y entrenados por precio cierto durante un año. Antes del final del período anual la sociedad prestataria del servicio dirige una carta al prestador de los servicios en la que resuelve de forma unilateral el contrato, alegando la falta de efectividad de los servicios de la empresa, demostrada en los últimos tiempos y que se aprecia en los frecuentes robos sufridos. El prestador del servicio formula demanda pidiendo no haber lugar a la resolución unilateral del contrato y solicitando una indemnización por la prestataria de los servicios. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda parcialmente y declara improcedente la resolución unilateral. La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia. Formula recurso de casación «Ensenada del Sol, S. A.» El Supremo dice que en los contratos *intuitu personae* cabe el desistimiento pero con indemnización de daños y perjuicios, indemnización que se excluye si se prueba suficientemente una causa grave que justifique la extinción del contrato. En el caso concreto entiende el Tribunal que no se ha acreditado tal causa grave: ni era obligación básica del prestador del servicio realizar la vigilancia con vigilantes jurados de seguridad (bastaba su prestación con guardas de seguridad) ni tampoco se ha acreditado la frecuencia de los robos.

¹²⁰ «El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dicho (Estudio Jurisprudencial)», *Aranzadi Civil*, tomo I, vol. III, 1998, pp. 177-178.

mente subjetivo que compete determinarlo únicamente al prestatario. A su juicio, tras un análisis de determinadas resoluciones judiciales, la jurisprudencia no entiende la pérdida de confianza como causa suficiente en materia de desistimiento. Por el contrario creo que el concepto de justa causa sí debe incluir en este tipo de contratos la pérdida de confianza. Se ha repetido ya varias veces a lo largo de este trabajo que en esta clase de relaciones contractuales se elige al profesional en virtud de sus específicas cualidades y ello genera como consecuencia una relación de mutua confianza entre las partes contratantes. La confianza (noción en sí misma subjetiva) se adquiere o se pierde en virtud de razones objetivas. Para apreciar tal pérdida de confianza caben dos sistemas: o dejar la apreciación de las causas que fundan la pérdida de confianza al arbitrio del que la depositó, o bien exigir que se aleguen y demuestren razones susceptibles de justificar aquel cambio de opinión sufrido respecto de la persona a quien en un principio se considera merecedora de aquella. Es posible exigir al contratante que desiste que alegue y demuestre razones susceptibles de justificar el cambio de opinión sufrido respecto de la persona del otro contratante¹²¹. De manera que la simple arbitrariedad del contratante que desiste, es decir, *«desisto porque no me apetece ya que esta persona siga con el encargo encomendado»*, no debe impedir su desistimiento, pero se conserva intacto el deber de indemnizar los daños que se deriven para el otro contratante a causa del desistimiento.

A mi juicio el Tribunal Supremo sí entiende dentro del concepto de justa causa la pérdida de confianza en el profesional o en el cliente. Pero, eso sí, en aquellos casos en que obliga a indemnizar al que desiste, a pesar de que ha alegado ruptura de la relación de confianza, es porque no quedan suficientemente acreditados los hechos o las circunstancias que ponen de manifiesto de modo objetivo la pérdida de confianza. Así en la sentencia antes mencionada, de 29 abril de 1998, el cliente que desiste y no quiere indemnizar no prueba los frecuentes robos producidos en los últimos tiempos a causa de la mala vigilancia de la entidad prestadora del servicio. Exactamente igual sucede en la STS 17 septiembre de 1983 (RJ 1983, 4544). Un enólogo y un ingeniero técnico de fermentaciones realizan un contrato de prestación de servicios comprometiéndose a llevar la dirección técnica de una bodega. El contrato se pacta por un período de 3 años, desde el 1 de septiembre de 1973 hasta el 30 de agosto de 1976, entendiéndose prorrogado tres años más si no se denuncia por alguna de las partes tres meses antes de

¹²¹ En este sentido y en relación con el mandante CRESPO ALLÚE: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 207-208.

la finalización del mismo. Por carta de 2 de junio de 1976 se comunica a los actores la contratación de un químico dando por terminado el contrato. Los dos profesionales demandan exigiendo una indemnización de daños a la bodega por incumplimiento contractual. El Supremo da la razón a la sentencia de primera instancia, que entiende que la denuncia se produce fuera de tiempo hábil y que, por tanto, ha operado ya la prórroga, de manera que existe un incumplimiento del cliente y que debe indemnizar a los profesionales la cantidad de 75 céntimos por arroba de mosto fermentado en los conos durante las anualidades comprendidas entre el 1 de septiembre de 1976 y el 31 de agosto de 1979. Respecto a la pérdida de la relación de confianza, entiende el Tribunal Supremo con toda razón que aquí no se ha producido, al revés, a través de dos hechos se pone de manifiesto que tal ruptura de la relación de confianza no ha existido: primero, porque la supuesta pérdida de confianza no se concilia bien con la carta del que desiste dirigida a los profesionales en la que afirma la acreditada experiencia profesional de los recurrentes y la satisfacción del empresario por el trabajo prestado, que le lleva incluso a mantener la posibilidad de una futura colaboración. Segundo, tampoco consta en autos que la preparación técnica o la formación cultural específica de un licenciado en ciencias químicas sea de rango superior, en la materia concreta de que se trata, a la que asiste a un experto en Enología o a un Ingeniero Técnico en fermentaciones (el cliente alega en su comunicación a los profesionales la necesidad de contratar a un químico ante la ampliación del volumen del negocio).

Ahora bien, si en el contrato las partes establecen un elenco cerrado de causas que permiten desistir del contrato sin haber lugar al deber de indemnizar por parte del que desiste, sin duda ha de darse absoluta prioridad a lo pactado por las partes, aunque en la realidad se dé una circunstancia realmente grave que las partes no hayan previsto en tal cláusula.

Se ha señalado con acierto ¹²² que, en defecto de una especial previsión por parte de cliente y profesional, no hay un modelo legal que pueda aplicarse para establecer las consecuencias indemnizatorias del ejercicio de una facultad de desistir en los contratos onerosos de prestación de servicios profesionales. En el contrato de mandato no se regulan las consecuencias indemnizatorias *inter partes* de la extinción del contrato probablemente por razón de su natural gratuidad.

El contenido del deber de indemnizar suele estudiarse casi siempre desde la perspectiva del profesional ante el desistimiento del

¹²² GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, pp. 1232-1233.

cliente, ya que normalmente el cliente no suele exigir indemnización al profesional, porque los daños que se le causan como consecuencia del desistimiento del profesional apenas existen. La demanda de trabajo es muy amplia y es fácil que el cliente encuentre pronto otro profesional¹²³. El contenido de la indemnización puede ser doble de acuerdo con los daños que produzca el desistimiento: daños patrimoniales y daños morales.

Dentro de la indemnización de los daños patrimoniales cabe distinguir dos partidas diferentes:

Primero, cantidades correspondientes a la remuneración fija que hubiera recibido el profesional entre el desistimiento y la fecha de terminación del contrato¹²⁴. Si el que reclama la indemnización es el cliente, se le debe indemnizar el valor de la prestación de hacer correspondiente a igual período de tiempo. Pienso que no debe haber dudas en que el resarcimiento de los daños sufridos por el profesional ha de cubrir estas cantidades, es el daño más concreto y visible que puede sufrir el prestador del servicio a causa del desistimiento del cliente.

Segundo, es más complicado considerar como contenido del deber de indemnizar las cantidades variables que hubiera obtenido el profesional correspondientes a ese período de tiempo que transcurre entre el desistimiento y la fecha de terminación del contrato. Se trata de las ganancias que hubiera obtenido de haber cubierto una serie de objetivos señalados en el contrato: por ejemplo, el abogado al que se le promete, además de una remuneración fija, una determinada cantidad por pleitos ganados, o un porcentaje por las ventas realizadas, o un porcentaje en los beneficios que habría obtenido el administrador de unas fincas por los frutos logrados a fin de año...¹²⁵. El aspecto más problemático es el cálculo de tales cantidades. Quizá podría proponerse que el juez tome como base de valoración la medida de las ganancias anteriores al desistimiento del contrato, proyectándolas en el futuro como expectativas de ganancias, ahora bien, siempre que no se pueda razonablemente presumir un cambio brusco en las ganancias a obtener por el profesional ante la aparición o el descubrimiento de excepcionales cir-

¹²³ ALONSO PÉREZ, M. T.: «El desistimiento unilateral...», *cit.*, pp. 168-169.

¹²⁴ Hace estas mismas apreciaciones CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, *cit.*, p. 210 en relación con el mandato por tiempo determinado. Este tiempo que media entre el desistimiento y la fecha de extinción fijada en el contrato se denomina por el autor período diferencial.

¹²⁵ En Alemania se indemniza el daño total, de manera que para el obligado a la prestación supone toda la remuneración que debería recibir, incluidas las remuneraciones extraordinarias debidas (premios o participaciones en ganancias). Véase KRAFT: *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pp. 647 y 648.

cunstancias que hagan inverosímil la presunta uniformidad entre pasado y futuro. Por ejemplo, se descubre que el profesional tiene una enfermedad grave que le impediría rendir de modo suficiente en el futuro. Más complicado resulta aún entender que dentro de la indemnización deben incluirse los beneficios dejados de percibir por el profesional, no ya aquellos variables que hubiera obtenido de haber cubierto una serie de objetivos al final del contrato, sino aquellos dejados de percibir por haber aceptado ese encargo y haber rechazado otros trabajos.

En otros ordenamientos la indemnización de las ganancias dejadas de obtener por el profesional también es una cuestión debatida. Así como en Italia el artículo 2237 del Código Civil no prevé la indemnización del lucro cesante, frente a lo que se establece en la regulación del *recesso* de otros contratos similares (como en el contrato de obra manual, en el mandato oneroso)¹²⁶, en Suiza se aprecia una tendencia doctrinal y jurisprudencial a la admisión de la indemnización del beneficio dejado de percibir¹²⁷.

En torno al problema de la indemnización debida por el cliente al profesional en caso de desistimiento sin causa justificada por parte del primero se plantea algún que otro problema. Así, por ejemplo, si después del desistimiento, casi de forma inmediata, el profesional emprende una nueva actividad y de ella derivan una serie de beneficios, ¿dichos beneficios han de descontarse de la indemnización debida por el cliente a causa de su denuncia injustificada? Es preciso distinguir dos situaciones¹²⁸: Primera, si el profesional hubiera podido obtener tales beneficios aún desempeñando el servicio del que el cliente desiste, probablemente el resarcimiento ha de ser integral, es posible acumular las dos ganancias. Segunda, si la obtención de los beneficios de la nueva actividad sólo

¹²⁶ GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 76, Dott. A. Giuffré, Milán, 1985, p. 79, trata de encontrar una explicación a este diferente tratamiento legal en el caso del contrato de obra intelectual. Justifica este tratamiento singular en razón de la tradición existente acerca de las profesiones liberales, de manera que el carácter liberal de la prestación desplegada por el profesional comporta para éste una serie de privilegios, la mayoría de las veces favorables, pero en alguna ocasión perjudiciales. Al profesional no le es reconocido el resarcimiento por el beneficio dejado de ganar porque la contraprestación del cliente es concebida, también por la ley vigente, como un honorario y no como un *corrispettivo* (es decir, no como valor de cambio).

¹²⁷ DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service...», *cit.*, p. 191, es partidario de indemnizar el lucro cesante en los supuestos de desistimiento en servicios que no constituyen profesionales liberales tradicionales. De hecho él aprecia una tendencia actual en los tribunales al uso de ciertas presunciones para poder admitir sin problemas el resarcimiento de la ganancia dejada de obtener. Así, por ejemplo, se ha presumido que el arquitecto en un caso de desistimiento por parte del cliente habría concluido otros contratos remunerados si la aceptación del mandato renunciado no lo hubiese impedido.

¹²⁸ Véase CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, *cit.*, p. 212, en relación con el mandato oneroso.

hubiera sido posible gracias al primer desistimiento, entonces ha de detraerse de la indemnización a causa del desistimiento las ganancias nuevas obtenidas ya que la nueva ganancia se coloca desde el punto de vista económico en el lugar del servicio primero.

Otra dificultad que puede plantearse respecto a la indemnización es, si una vez que se ha producido el desistimiento por parte del cliente, el profesional no es diligente a la hora de buscar un nuevo trabajo. Cabe preguntarse si debe retraerse del resarcimiento debido el beneficio que el profesional hubiera podido conseguir en otros servicios si hubiera mostrado más diligencia. Parece evidente que el profesional se halla obligado a no agravar con su actitud negligente la posición del cliente (lo mismo que en su momento vimos en relación con el preaviso y el tiempo necesario dado al cliente para que éste buscara un nuevo profesional), de manera que en teoría la respuesta es que sí se podría detraer una cantidad de la indemnización debida por el cliente que desiste, el problema es la aplicación práctica de esta medida ¹²⁹.

Una vez analizada la posibilidad de que la indemnización a causa del desistimiento comprenda los daños patrimoniales, es interesante preguntarse por la posibilidad de que también se extienda a daños morales. Sí ha habido pronunciamientos favorables a que se indemnicen por el cliente que desiste los daños morales ocasionados al profesional como consecuencia de la pérdida de prestigio ¹³⁰. Ahora bien, sin que niegue la indemnización de los daños morales del profesional, creo que han de puntualizarse dos cosas: por un lado, la reticencia aún existente y que poco a poco va desapareciendo a reparar el daño moral derivado de un contrato por parte de nuestros tribunales; por otro lado, no son muchos los casos en que realmente se producirá un daño moral por pérdida del prestigio del profesional a consecuencia del desistimiento. Primero, porque esta posibilidad se reduce a aquellos supuestos en los que el contrato de servicios, por una u otra razón, haya gozado de cierta publicidad en los medios o en determinados ámbitos. Puede pensarse, por ejemplo, en un abogado de reconocido prestigio en su profesión que se encarga de llevar el pleito de un personaje igualmente famoso. Segundo, porque la mayoría de las veces la pérdida del prestigio (el daño al honor) del profesional no tendrá como causa directa las

¹²⁹ CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, *cit.*, p. 213, siempre en relación con el mandato oneroso y por tiempo determinado, cree que una medida semejante puede generar abusos, ya que la apreciación de cuándo el mandatario, utilizando una diligencia normal, hubiera podido lograr otra ocupación, resulta de una dificultad extrema.

¹³⁰ En nuestro ordenamiento LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil...», *cit.*, p. 96, y SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 1594 del Código Civil...», *cit.*, p. 1202 (en relación al contrato de obra). En el ordenamiento italiano véase SANTORO-PASSARELLI, F.: «Professioni intellettuali...», *cit.*, p. 27.

declaraciones del cliente en relación con el desistimiento sino las informaciones procedentes de determinados medios. Además el hecho de que se publique que un cliente decide dar por terminada una relación contractual con un determinado profesional no tiene necesariamente que llevar consigo una difamación de ese profesional.

No ha de olvidarse, desde otra perspectiva, la posibilidad de que el cliente sufra daños morales directamente originados por el desistimiento del profesional. Piénsese, por ejemplo, en el cliente que pierde un pleito como consecuencia de la denuncia del profesional en un momento trascendental del litigio y con ello una finca de gran valor sentimental para él que reivindicaba frente a un tercero.

Como conclusión del problema del contenido de la indemnización estudiado en las páginas anteriores, ha de ponerse de relieve la dificultad de probar tales daños en un litigio por parte de quien los solicita en este tipo de contratos (entre otras razones porque suelen ser daños inciertos). Por ello se ha propuesto con acierto que profesional y cliente en el propio contrato prevean una cláusula en la que se señale una cuantía determinada a pagar en caso de desistimiento por cualquiera de ellos ¹³¹. En primer lugar, ¿tiene sentido incluir semejante cláusula en todos y cada uno de los contratos de servicios entre profesionales liberales y clientes? Esta cláusula no tiene razón de ser en principio en los contratos de los profesionales liberales tradicionales (abogados, médicos, notarios, banqueros...), en los cuales el profesional acepta a la vez un número elevado de encargos. El hecho de que uno de los clientes desista no afecta al equilibrio de la organización del trabajo. ¿Es que acaso tiene sentido que un médico introduzca una cláusula de este tipo en el contra-

¹³¹ Véase GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, p. 1233. Ha sido objeto de discusión si semejante cláusula que establece que en caso de extinción anticipada del contrato se entregue una cantidad de dinero puede considerarse como una cláusula penal propiamente dicha. Desde un cierto sector doctrinal sólo es una cláusula penal *strictu sensu* aquella en la que se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena —pena acumulativa—. Dejan de merecer tal nombre tanto aquella cláusula en que se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena —en cuyo caso se está ante una multa de arrepentimiento— como aquella que posee una función liquidatoria, que en realidad viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación. Al respecto véase ESPÍN ALBA, I.: *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 51, y RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, 1993, I, pp. 542-543. En relación ya con la cláusula en la que se fija una cantidad de dinero a pagar por el contratante que desiste, GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, p. 1233, la denomina cláusula de liquidación anticipada del daño, en cambio SANZ CANTALEJO, M. D.: «Comentario a la STS 19.12.1991...», *cit.*, p. 145, la califica como multa de arrepentimiento. Sin perjuicio de que se tengan en cuenta las consideraciones de esta nota en cuanto al nombre específico de semejante cláusula, en adelante la llamaremos en el texto cláusula penal a efectos prácticos.

to con el cliente que concierta con él una cita y después no aparece porque acude a otro médico? Sí tiene pleno sentido introducir tales cláusulas en ciertos servicios profesionales modernos (informáticos, agentes de publicidad, arquitectos, gerentes de inmuebles...), ya que tienen una estructura distinta: estos profesionales suelen aceptar como regla general sólo uno o dos encargos, y con ellos les basta para lograr la necesaria remuneración. Un desistimiento del contrato por parte de cliente sí que genera en estos casos unas consecuencias más serias¹³².

En cuanto a la cuantía de la cláusula, la misma suele fijarse en razón de las expectativas de las partes sobre la estabilidad del vínculo contractual, de manera que debe excluirse de la cuantía la remuneración por los servicios ya prestados o por los gastos ya realizados antes del desistimiento, ya que el reembolso de tales elementos tiene como fundamento el propio desenvolvimiento de la relación contractual (prohibición de enriquecimiento injusto) y no el daño ocasionado por anticipar la extinción de la relación contractual. Lo normal es que se fije como montante de la indemnización las cantidades correspondientes al salario fijo del tiempo que media entre el desistimiento y la fecha de terminación del contrato.

También con referencia a la cuantía de la indemnización prevista en esta cláusula puede presentarse un problema: que sea de una cuantía tan excesiva que las partes, sin haber renunciado de forma expresa en el contrato a la facultad de desistir, se vean obligadas a no desistir (por ejemplo, se prevé una indemnización superior a los daños que realmente se ocasionan con el desistimiento). A mi juicio la cuantía de la cláusula debe ser tal que si bien obviamente dificulte el ejercicio del desistimiento, no lo impida. De todas formas parece que una cláusula de este tipo que impusiese una cuantía tan alta al cliente en caso de que éste diera por terminado el contrato de forma anticipada que en la práctica viniese a suprimir su derecho de desistimiento, podría considerarse una cláusula abusiva y, por tanto, nula de pleno derecho a la luz de la actual disposición adicional primera de la ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que modifica la ley 26/1984 de 19 de julio General para la defensa de Consumidores y Usuarios. Tal cláusula sería contraria a la buena fe, en perjuicio del cliente, en la medida en que limita un derecho básico como es el de desistir en este tipo de contratos. Eso sí, siempre que se cumplan dos condiciones: Primero, que esta cláusula no haya sido negociada individualmente, ya que se respeta la posibilidad de que los consumidores negocien de forma individual cláusulas que puedan interesar a

¹³² DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service...», *cit.*, p. 194.

sus legítimos intereses económicos¹³³. Segunda, que pueda entenderse que el cliente de un contrato de servicios de un profesional liberal es un usuario¹³⁴. De todas formas, en el caso de que faltase alguno de estos dos requisitos, pienso que cabría la posibilidad de una revisión judicial de tal cuantía excesiva a través de algunos de los cauces propuestos por la doctrina (aplicación analógica del artículo 1154 del Código Civil, aplicación del principio de la buena fe del artículo 1258 del Código Civil, criterio de la moralidad y de la contravención del orden público, aplicación del artículo 1103 del Código Civil...)¹³⁵.

¹³³ En este sentido CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.: *La ley de condiciones generales de la contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 162 nota 31.

¹³⁴ La actual Ley 7/1998 mantiene el concepto amplio de consumidor hasta entonces existente, abarcando tanto la persona física como la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, pero además amplía el concepto de consumidor –según el criterio de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores– a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto del contrato. Ahora bien, quiénes no son usuarios a estos efectos: En principio se excluyen del ámbito del párrafo 3.º del artículo 1 LGDCU, de acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores», *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 31-33, quienes adquieren o utilizan los bienes o servicios en el marco de una actividad profesional. El hecho, según este autor, de que aparezca por las circunstancias del caso que el adquirente actúa dentro del ámbito de actividad empresarial o profesional, debe ser suficiente para excluirle del ámbito del artículo 1. Así ocurre cuando se concierta la operación en cartas en las que aparece el membrete de la empresa, o mediante tratos realizados en los locales de la empresa o en el despacho profesional, a menos que existan elementos que permitan conocer con seguridad que la operación se concierta a título personal y fuera de la actividad empresarial o profesional. Pensemos, por ejemplo, en nuestro caso en un empresario que contrate a un abogado para llevar un asunto suyo particular de una herencia que le ha dejado un pariente. Qué diferente sería del supuesto en que ese mismo empresario contrate a un abogado para el asesoramiento jurídico de la empresa en la que trabaja. Ahora bien, no podríamos considerar a este empresario usuario a los efectos de esta ley si contrata al mismo abogado en el ámbito empresarial y además de realizar servicios para la empresa, de vez en cuando le encarga servicios particulares. ¿Y si las prestaciones de servicios no se relacionan de modo directo con el giro y tráfico peculiar de la empresa, por no ir destinados los servicios adquiridos de manera inmediata al proceso de producción o de comercialización en que consiste la actividad empresarial (por ejemplo, en el caso de un médico que hace revisiones periódicas a los trabajadores)? Para Bercovitz, *cit.*, pp. 33-34, tampoco en estos casos podemos hablar de usuarios, ya que todos los actos que se realizan dentro del ámbito de actividad de la empresa contribuyen al proceso de producción o comercialización, aunque sea de una manera indirecta (él cita como ejemplo el empresario que adquiere alimentos para sus obreros o que compra regalos para sus clientes). Por último, también debe excluirse del concepto de usuario y, por tanto, de la protección otorgada para las cláusulas abusivas, a toda empresa que tenga fin de lucro, ya que según el autor antes mencionado (*cit.*, p. 41) las personas jurídicas que posean tal finalidad no se consideran usuarios, incluso aunque la adquisición de los bienes o servicios de haga de manera desinteresada.

¹³⁵ Para un examen detenido de cada uno de estos cauces MAS BADÍA, M. D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 212-241. Ahora bien, ello no significa que el reconocimiento de la posibilidad de revisar judicialmente las cláusulas penales exorbitantes no esté exento de peligros, véanse *cit.*, pp. 261-263. En el ordenamiento suizo WERRO, F.: *Le mandat et ses effets...*, *cit.*, pp. 123-125 señala que en todo caso el juez debe reducir las penas que él estime excesivas en este tipo de cláusulas.

En varias sentencias el Supremo se ha mostrado favorable a aplicar este tipo de cláusulas penales convenidas entre profesional y cliente e incluso ha moderado la cuantía de la indemnización por considerarla excesiva. El primer ejemplo es la STS 30.5.1998 (RJ 1998, 4076). El contrato se realiza entre un abogado y una sociedad anónima con el fin de que el primero se encargue del asesoramiento técnico-jurídico que la sociedad precise y de la dirección y defensa de los litigios que la compañía le encargase. Dicho contrato, celebrado en 1984, se modifica en diciembre de 1985, en virtud de la cual la duración de los servicios pasa a ser de quince años, finalizando en mayo de 1999, estableciendo además un nuevo régimen de retribuciones, consistente en el pago de cantidades mensuales incrementadas progresivamente cada año (de manera que el primer año cobrará al mes 166.666 pesetas y el último 458.741 pesetas, quedando reflejadas en el contrato tales cantidades) más el complemento de minuta del 50 por 100 de los honorarios a satisfacer por la sociedad en los supuestos en que se obtenga condena en costas de la parte contraria. También prevén una cláusula de liquidación anticipada del daño para el caso de resolución del contrato antes del tiempo pactado (no queda claro en el caso si tal cláusula se prevé para la resolución por incumplimiento contractual o también para el desistimiento). Esta cláusula tiene por contenido los honorarios pendientes hasta el término de duración del contrato. En noviembre de 1991 el cliente deja de satisfacer las retribuciones pactadas y el abogado interpone demanda solicitando la resolución del contrato el 19 de marzo de 1992. Pide, junto a las retribuciones pendientes, la aplicación de la cláusula penal citada. Se aceptan las pretensiones del abogado en las dos primeras instancias, salvo en lo referente a la cláusula penal, que se modera en un cincuenta por ciento a fin de evitar unos honorarios excesivos. El cliente interpone recurso de casación, pero el tribunal no ha lugar al recurso. El cliente, en sus alegaciones en casación, en ningún momento intenta demostrar que él ha ejercitado su derecho de desistir sino que mantiene que hay abuso de derecho en el profesional al ejercitar la resolución contractual. El Tribunal Supremo da la razón a las instancias anteriores, entiende que está bien interpretada la resolución por el profesional ante el incumplimiento contractual del cliente y que aquel únicamente está defendiendo sus intereses legítimos¹³⁶.

¹³⁶ GARCÍA VICENTE, J. R., en su comentario a esta sentencia..., *cit.*, p. 1228 considera elogiable la decisión del tribunal, salvo cuando éste aplica, para la moderación de la cuantía de la cláusula penal, las normas sobre fijación procesal de honorarios (arts. 12.2, 427.1 y 428 LEC).

Otro ejemplo de resolución en la que el Supremo considera válida este tipo de cláusulas es la STS 14.3.1986. Se trata de un contrato de servicios que se realiza entre una sociedad cooperativa y un profesional en concepto de director general de la misma (eso sí, es un contrato indefinido). La sociedad interrumpe la relación contractual y el profesional exige que le sea abonada la indemnización pactada (la cantidad correspondiente a cinco anualidades de sueldo, fijado sobre la base de la cifra que por todos los conceptos hubiese recibido el profesional en el año precedente a aquel en que la resolución se produjera). La sociedad recurrente en casación intenta que el contrato sea calificado de mandato a efectos de no tener que indemnizar al profesional (recuérdese la ya reiterada norma del artículo 1733 del Código Civil). Sin embargo el Supremo entiende que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios (y para la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios utiliza el criterio de la sustituibilidad) y estima que la sociedad debe indemnizar al profesional tal y como se ha pactado convencionalmente ¹³⁷.

3.2.2 c) RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE PLURALIDAD DE SUJETOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Si existen varios profesionales que son contratados por un cliente y los profesionales deciden desistir de forma injustificada, ¿de qué manera responden de los daños sufridos por el cliente a consecuencia del desistimiento? A mi juicio, ya que los servicios de los profesionales liberales pueden ubicarse dentro del contrato de mandato, a este supuesto ha de aplicarse el precepto regulador correspondiente de la normativa del mandato, es decir, el artículo 1723 del Código Civil ¹³⁸, de manera que los profesionales deben responder de forma mancomunada si no se ha pactado lo contrario ¹³⁹. Esta

¹³⁷ Para llegar al mismo resultado el Supremo no tendría que haber calificado el contrato de arrendamiento de servicios. Primero, porque existía una cláusula penal previendo una cantidad en caso de desistimiento del contrato y ésta se aplica en todo caso. Segundo, porque ya he repetido en ocasiones anteriores cómo el artículo 1733 del Código Civil, que establece la revocación del mandante sin indemnización, es una norma pensada para un contrato gratuito y ha de aplicarse con las debidas matizaciones a los mandatos onerosos.

¹³⁸ Artículo 1723 del Código Civil: «*La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así*».

¹³⁹ De todas formas se ha criticado la regulación que establece el artículo 1723 del Código Civil por LEÓN ALONSO, J.: «Comentario al artículo 1723 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, p. 1558. En su opinión resulta discutible que personas que por su profesionalidad hacen de la gestión de intereses ajenos su oficio u ocupación requieran del espíritu tuitivo que tantas veces la mancomunidad comporta. Además escasa consideración se le presta al mandante que tras nombrar a varios mandatarios para que conjuntamente gestionen sus negocios y asun-

conclusión puede ser incluso compartida por aquellos autores para quienes no cabe aplicar a los servicios desempeñados por profesionales liberales la normativa del mandato ni siquiera por analogía, ya que el régimen de la responsabilidad previsto en el artículo 1723 del Código Civil no se aparta de los principios generales del ordenamiento, es decir, de la no presunción de solidaridad.

Qué ocurre, por el contrario, con el régimen de la responsabilidad de dos o más clientes que contratan a un profesional y los primeros deciden desistir de la relación contractual: ¿Cómo responden frente al profesional del pago de los servicios y gastos ya realizados hasta el momento del desistimiento y, en su caso, de los daños que se originan al profesional? ¿Se les debe aplicar el régimen previsto en el artículo 1731 del Código Civil?¹⁴⁰ Para el grupo anterior de autores que ubican la relación contractual de servicios entre profesional liberal y cliente dentro del contrato de arrendamiento de servicios y no dentro del mandato en absoluto cabe aplicar el principio de solidaridad del artículo 1731 del Código Civil a dicha relación contractual, ya que el precepto sienta una regla especial en el derecho de contratación civil, de manera que la relación entre profesional liberal y cliente ha de regularse por la normativa general del artículo 1137 del Código Civil (principio de no solidaridad)¹⁴¹.

La STS de 2 junio de 1960, antes citada, plantea precisamente esta cuestión: el profesional, perito agrícola, formula demanda pidiendo que se condene a los copropietarios de dos cortijos sevillanos, que habían dado por terminado el contrato antes de la fecha de extinción prevista, al cumplimiento del contrato y a abonarle solidariamente las retribuciones devengadas y la participación en los beneficios convenida, con los intereses legales de ambas cantidades. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que finalmente interpone el actor y en el punto que aquí interesa condena a los propietarios a pagar al perito de forma solidaria. Pero no mediante la aplicación por analogía del artículo 1731 del Código Civil (ya que a juicio del tribunal se está ante un contrato de arrendamiento de servicios, al que no cabe la aplicación de las normas del mandato), sino porque entiende que la solidaridad se desprende

tos, deberá sin embargo soportar una responsabilidad parcial e individual de cada uno de los instituidos.

¹⁴⁰ Artículo 1731 del Código Civil: «*Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.*»

¹⁴¹ Así lo mantiene YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, cit., p. 33. En el mismo sentido de este autor se pronuncia respecto al ordenamiento francés COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, IV, cit., p. 916, en cuanto que si el notario es un mandatario gozará de una acción solidaria contra los mandantes, pero en cambio si se le considera arrendador de servicios no habrá solidaridad.

de la voluntad de las partes contratantes, aunque no se llegue a plasmar en el contrato de forma explícita: «...*Es doctrina de esta sala, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión si de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1138 del Código Civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de unidad en la obligación y la responsabilidad in solidum de los cointerésados*»¹⁴².

Pero, ¿realmente es adecuado aplicar el principio de solidaridad previsto en el artículo 1731 del Código Civil a la relación contractual de carácter onerosa que se establece entre profesional y cliente? Nuevamente pienso que ésta es una norma pensada para un contrato, gratuito por naturaleza, como es el mandato. De hecho algunas voces doctrinales han criticado la corrección de la aplicación del contenido de este precepto al mandato profesional¹⁴³. Por consiguiente, la idea de que los mandantes queden obligados frente al mandatario solidariamente para todos los efectos del mandato era justo en el Derecho Antiguo, ya que quienes desempeñaban un servicio gratuito debían tener una acción solidaria contra los que obtenían de ellos un provecho común. Pero sin duda supone una agravación injustificada de la responsabilidad del mandante en el mandato retribuido, sobre todo si el mandatario es profesional.

3.3 Ante un incumplimiento contractual, ¿cabe el ejercicio del desistimiento o sólo la resolución por incumplimiento contractual?

En este epígrafe dos son las posibles cuestiones a estudiar. La primera es relativamente sencilla: dentro de la figura del desistimiento, ¿se incluyen los casos de incumplimiento contractual? En relación con la normativa del mandato, que es la que aquí interesa, parece no haber la menor duda de que la respuesta es afirmativa. Así se ha señalado¹⁴⁴ que la renuncia del mandatario parece ser el instrumento específico para que éste dé por terminado el contrato en los supuestos en que el mandante haya incumplido el contrato.

¹⁴² Según Díez-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 2.6.1960...», *cit.*, p. 609 este razonamiento del Supremo supone forzar tanto la letra como el espíritu de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil y las reglas sobre comunidad de bienes donde la ley parece que es el concurso proporcional a las cuotas. A su juicio una conclusión favorable a la solidaridad puede obtenerse extendiendo por analogía la *ratio* del artículo 1731 del Código Civil: cuando varias personas contratan en común los servicios de otra le quedan obligadas solidariamente.

¹⁴³ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, p. 240, y PUIG BRUTAU, J.: *Compendio...*, *cit.*, p. 479.

¹⁴⁴ Díez-PICAZO, L.: *La representación...*, *cit.*, p. 311.

No creo que haya problema en mantener la misma idea en relación con la revocación del mandante.

La segunda cuestión plantea mayor dificultad: en caso de incumplimiento contractual por parte de profesional o cliente en el contrato por el que el primero presta sus servicios al segundo, ¿queda desplazada la figura de la resolución por incumplimiento contractual del artículo 1124 del Código Civil por la figura del desistimiento? Esta cuestión suele analizarse desde la perspectiva de la utilidad de ambas figuras contractuales, es decir, desde la perspectiva de cuál de los dos instrumentos interesa más al contratante que sufre el incumplimiento de la parte contraria. Desde luego hay hipótesis en que no hay la menor duda en que interesa el desistimiento, entre otras cosas porque en principio no es posible el ejercicio de la acción *ex* artículo 1124 del Código Civil. La aplicación de la normativa del artículo 1124 requiere que el incumplimiento afecte a las obligaciones fundamentales de las partes, como son el abono de la remuneración por el cliente y la actividad encaminada a cumplir el encargo por parte del profesional. En la actualidad, sobre todo respecto a la prestación de obras y servicios, ha adquirido gran trascendencia la colaboración del acreedor en la fase de ejecución del contrato para que el deudor esté en condiciones de ejecutar de manera regular y exacta la prestación debida. Así, por ejemplo, el cliente debe dar los documentos necesarios al abogado para que dirija el pleito o el enfermo ha de ponerse a disposición del médico para que éste le realice una serie de pruebas... Esta colaboración del acreedor no puede configurarse como deber de prestación, deber accesorio o de protección sino como una carga. Ahora bien, su configuración como una carga no implica desconocer la necesidad de una tutela jurídica adecuada para el deudor en caso de incumplimiento de esa carga por el acreedor (en nuestro caso el cliente)¹⁴⁵. Ya que no puede plantearse el posible ejercicio de la acción resolutoria ante el incumplimiento de su carga por el cliente,

¹⁴⁵ De acuerdo con CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 208-223, los efectos jurídicos que derivan de la no colaboración del acreedor son los siguientes: Primero, en caso de que el deudor no pueda ejecutar de manera tempestiva la prestación debida, a pesar de querer hacerlo, el retraso del deudor estará justificado y no ha de responder del daño causado por tal retraso. Segundo, si debido a la falta de colaboración del acreedor se produce una imposibilidad definitiva de la prestación el deudor queda liberado de su prestación. Lo que no resulta ya tan claro es qué sucede con la contraprestación de la otra parte contratante. A su juicio parece injusto que el deudor perdiese su derecho a la contraprestación por imposibilidad imputable a la conducta del acreedor, pero, claro, ha de tenerse en cuenta el posible enriquecimiento experimentado por el deudor, por ello es conveniente retraer de la contraprestación aquella cantidad que el deudor haya ahorrado a consecuencia de la no realización del servicio, o lo que haya adquirido mediante la ejecución de otro trabajo o lo que de mala fe haya dejado de adquirir.

a mi juicio el profesional siempre dispone de forma inmediata de la posibilidad de desistir del contrato, que sería por supuesto un desistimiento justificado, por lo que no ha de indemnizar al cliente los daños ocasionados a causa del desistimiento.

Cabe analizar dos posibles ventajas que la doctrina ha señalado que posee el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento contractual frente al desistimiento¹⁴⁶. La primera ventaja de la acción resolutoria es que posee efectos retroactivos, es decir, opera *ex tunc*, de manera que se trata de reestablecer la situación originaria mediante la restitución de las prestaciones ya efectuadas y extinción de las pendientes. Por el contrario el desistimiento posee efectos *ex nunc* y en consecuencia hay que entender que la prestación o prestaciones cumplidas hasta ese momento sí satisfacen el interés de los contratantes y que la extinción sólo opera para el futuro. Ahora bien, no debe olvidarse que la relación contractual entre profesional y cliente es una relación de carácter duradero y que la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios se aplica cuando se trata de relaciones obligatorias de cambio con efectos instantáneos, pero que no cabe su aplicación cuando afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban consumadas¹⁴⁷. La resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil en casos como el que aquí tratamos extingue el vínculo obligatorio con puros efectos *ex nunc* e impone entre las partes los consiguientes deberes de liquidación de la situación. De manera que esta primera ventaja en realidad no es tal y puede mantenerse que desde esta perspectiva la resolución en los contratos duraderos queda desplazada casi sin excepción por la figura del desistimiento¹⁴⁸. Digo casi sin excep-

¹⁴⁶ Véase LEÓN ALONSO, J. R.: «Comentario al artículo 1732 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*, tomo XXI, vol. 2, Edersa, 1986, p. 476.

¹⁴⁷ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, *cit.*, p. 724.

¹⁴⁸ También la doctrina italiana ha puesto de relieve la identidad de función entre el desistimiento y la resolución por incumplimiento contractual en los contratos duraderos, que no es otro que el de desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas, pero, claro, se trata de una extinción de la relación obligatoria para el futuro. Es más, en Italia se presenta más ventajosa la figura del *recesso*, ya que la resolución es un instrumento de una operatividad mucho más lenta. Véase SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata...*, *cit.*, pp. 273-274, y GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale...*, *cit.*, pp. 40-43. Pero este último autor considera como una excepción a esta regla general de la igualdad de función entre la resolución y el desistimiento el caso del desistimiento con justa causa del profesional en el contrato de obra intelectual del párrafo 2.º del artículo 2237 del Código Civil. Resuelto el contrato por el cliente el profesional tiene derecho a la repetición del contravalor negativo de aquello que ya ha realizado (párrafo 1.º del artículo 2237), pero cuando es el profesional el que desiste la norma le pone como límite el resultado útil derivado al cliente. De esta última regulación se desprende, según este autor, que en caso de incumplimiento grave por parte del cliente, el profesional dispone de dos instrumentos extrajudiciales diversos: al profesional le compete, pues, la elección entre el más rápido del *recesso* y aquel ligado al respeto al procedimiento previsto en el artículo 1454 del Código Civil, que normalmente le permite conseguir efectos diversos y más

ción, porque quizá en los casos de relaciones obligatorias duraderas que no se encuentran consumadas sí interese la resolución. Por ejemplo, cuando el cliente ha pagado por adelantado la contraprestación y el profesional no ha realizado aún el encargo. Seguramente interesa que se restituya la situación originaria.

La segunda ventaja que se ha señalado que posee la acción resolutoria frente al desistimiento es que cuando se desiste no hay posibilidad de solicitar a la otra parte contratante que incumple una indemnización de daños y perjuicios, en cambio si se ejercita la resolución por incumplimiento puede solicitarse una indemnización por parte de quien pretende dar por terminada la relación. Ya se ha indicado que la regla general es que quien desiste debe indemnizar a la otra parte, de manera que quiebra tal regla cuando el que desiste tiene justa causa, e indudablemente justa causa para dar por terminada la relación de modo anticipado ha de considerarse el incumplimiento contractual de la parte contraria. Ahora bien, nuestro ordenamiento carece de un precepto semejante al parágrafo 627 *BGB* en el que se prevé la posibilidad de que quien desiste empujado por una conducta contraria al contrato por su parte contratante puede recibir una indemnización de ésta última. Pero la doctrina ha considerado que no representa ningún inconveniente para el desistimiento, ya que siempre cabe solicitar la indemnización por el contratante que desiste por los artículos 1101 ss del Código Civil ¹⁴⁹.

Las conclusiones anteriores no deben llevar a negar que en ocasiones aisladas, según las circunstancias de cada caso, la parte contratante que ha sufrido el incumplimiento contractual puede tener un interés en acudir a la acción del artículo 1124 del Código Civil. Así, cuando el contratante que quiere dar por terminado el contrato ante el incumplimiento contractual de su contraparte no quiere afrontar el riesgo de ver desconocida *a posteriori* la justificación de la causa en que fundaría el desistimiento del contrato. Es decir, tal

ventajosos. El profesional que reaccione ante el incumplimiento del cliente con el inmediato *recesso* tiene derecho a la compensación por la obra desarrollada con el límite del resultado útil de ahí derivado para el cliente, en cambio si utiliza el instrumento de la resolución ordinaria podrá pretender verse reembolsado según la disciplina de la restitución de lo indebido, correlativa al efecto retroactivo de la resolución.

¹⁴⁹ En este sentido KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 53-54. Así parece desprenderse de la STS 20.5.1998 (RJ 1998. 3380) en un caso de contrato de obra, en el que el dueño de la obra desiste en virtud del artículo 1594 del Código Civil, en vez de utilizar el artículo 1124 del Código Civil al existir defectos en la construcción. El contratista demanda pidiendo que se le abonen los conceptos previstos en el artículo 1594 y el Tribunal Supremo entiende que, aunque el dueño de la obra no ejercita el artículo 1124, bien puede apoyarse en los artículos 1101 ss. del Código Civil y alegar por vía de excepción que la obra ejecutada tenía defectos que debían valorarse y restarse de la cantidad pendiente de pago.

interés preventivo le conduce a elegir la resolución del contrato por incumplimiento ¹⁵⁰.

3.4 Tiempo y forma del desistimiento

En cuanto al tiempo en que puede ejercitarse el desistimiento, ningún precepto en el Código Civil de los que permiten la facultad de desistir se ocupa de este punto excepto el artículo 1594 del Código Civil, el cual señala que el comitente puede desistir de la obra aunque se haya empezado a ejecutar. Por su parte los artículos que aquí interesan, el 1733 y el 1736 del Código Civil, no hacen ninguna precisión al respecto, de manera que debe entenderse que tanto profesional como cliente tienen plena libertad en cuanto al momento de ejercitar la facultad de desistimiento ¹⁵¹.

A raíz de un determinada opinión doctrinal cabe preguntarse si se está realmente ante un desistimiento en sentido técnico cuando una de las partes contratantes decide antes de la ejecución del mandato dar por extinguido el contrato. Así León Alonso ¹⁵² parece entender que no puede calificarse como denuncia unilateral y mucho menos como incumplimiento cuando, tras la aceptación del encargo, el mandatario decide no proceder a la ejecución del mismo. El mandatario opta por no proceder a la ejecución del encargo porque de modo reflexivo y de buena fe entiende que es la mejor solución a los intereses gestionados. Se trata, según este autor, de una madurada decisión de no llevar adelante la gestión de modo que ni transgrede su aceptada cualidad de mandatario ni lesiona con su actitud el deber de cumplimiento, simplemente considera inconveniente continuar una gestión por determinada causa justificada. Por mi parte pienso que no hay problema en calificar de desistimiento la actitud tanto del mandante como del mandatario (y, por tanto, de profesional y de cliente) de dar por terminado el contrato de forma anticipada, aunque tal comportamiento se produzca antes de la ejecución del encargo. Quizá detrás de la opinión del autor anterior se encuentra el deseo de evitar que el profesional que extingue el contrato antes de la ejecución del encargo tenga que indemnizar al

¹⁵⁰ Véase MINERVINI, G.: *El mandato*, traducción y notas de derecho español de Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1959, p. 438.

¹⁵¹ Muy al contrario que en el Derecho Romano, ordenamiento en el que sólo se permite la revocación del mandante o la renuncia del mandatario cuando no se ha empezado la ejecución del mandato. Cuando la ejecución del mismo ya ha comenzado un contratante está obligado a soportar los efectos y el otro a llevarlo a término. Véase ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzione di Diritto Romano...*, cit., p. 353.

¹⁵² «Comentario del artículo 1718 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, p. 1546.

cliente los daños ocasionados por el desistimiento. Pero antes de la ejecución del encargo el peligro de que existan tales daños es muy pequeño: cuanto más tiempo lleve encargándose del asunto el profesional mayores daños provocará al cliente con su decisión de dar por terminado el contrato antes de la fecha prevista. Por otra parte, antes se ha dicho que en caso de desistimiento justificado no surge el deber de indemnizar al otro contratante por parte del que desiste, de manera que tal y como presenta su hipótesis el autor anterior (no procede a realizar el encargo de buena fe, de manera reflexiva) se está refiriendo a un desistimiento con justa causa por parte del profesional.

Ha de concluirse, por consiguiente, que la única diferencia entre desistir antes y después de que se empieza a ejecutar el contrato está en las consecuencias de tal desistimiento: así, si se desiste antes de la ejecución del contrato los daños como regla general no existirán o, al menos, serán mínimos. Pero, ¿qué ocurre en cuanto al deber de pagar la remuneración y los gastos realizados por parte del cliente? No parece, incluso en el caso de que sea el cliente el que desista, que deba realizar tales pagos. Si el cliente desiste antes de la ejecución del contrato es lógico que el profesional no tenga derecho a nada puesto que nada ha hecho. Ahora bien, pueden encontrarse dos excepciones en que el profesional sí tiene derecho al total o a una parte de la retribución¹⁵³: Primero, si ambos contratantes han estipulado de forma expresa que la retribución la pagaría el cliente en todo caso, esto es, a pesar de su arrepentimiento antes de dar comienzo al contrato. Segundo, si las cosas no están realmente en su estado inicial, es decir, el profesional, aunque aún no ha llevado a cabo actos de ejecución del servicio, sí ha realizado determinados actos preparatorios. Por ejemplo, el abogado ha comenzado a estudiar los informes presentados por el cliente para la dirección del pleito.

En materia de forma del desistimiento por parte de profesional o cliente también es válida, desde luego, la normativa reguladora del contrato de mandato. La revocación del mandato por el mandante (y, por tanto, por el cliente) se consuma tanto a través de una declaración formal como a través de un acto cualquiera que implique necesariamente la voluntad de revocar el encargo. Pero, eso sí, la declaración de voluntad para que produzca efectos ha de ser recepticia, es decir, sólo adquiere eficacia cuando es conocida por el mandatario (profesional). Si bien la declaración expresa no plantea especiales problemas, ya que ha de resultar de palabras y cláusulas claras, la revocación tácita sí los plantea. Este tipo de

¹⁵³ CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 186-187.

revocación es aquella en que por un hecho cualquiera del mandante se demuestra de un modo inequívoco y cierto la voluntad de revocar el mandato. El artículo 1735 del Código Civil parece poner un ejemplo de revocación tácita¹⁵⁴. Y digo parece, porque de forma aislada se ha dudado de que este precepto encierre una declaración tácita¹⁵⁵: para que tenga eficacia la revocación en este caso, ¿basta con que el nombramiento de un nuevo profesional por parte del cliente sea conocido por el profesional anterior o es preciso que se le notifique? De acuerdo con la literalidad del precepto, el Código Civil parece exigir la comunicación de este hecho al antiguo profesional (de manera que estaríamos entonces ante una revocación expresa). Pero la opinión de la doctrina dominante es que la notificación no es un elemento esencial para la eficacia de la revocación cuando el profesional anterior, de un modo cualquiera, ya ha conocido la revocación del mandato¹⁵⁶. Hay una regulación especial en este punto en el artículo 33 del Estatuto de la Abogacía, ya que en cierta medida exige que le sea comunicada al antiguo abogado la decisión de nombrar uno nuevo, ya que éste último no puede encargarse de un asunto profesional encargado a otro compañero sin haber obtenido la venia como consideración¹⁵⁷.

También a la forma del desistimiento del profesional ha de aplicarse la norma relativa a la renuncia del mandatario. Se trata también de una declaración de voluntad unilateral y recepticia y en este caso el Código Civil sí exige que el desistimiento se ponga en conocimiento del mandante¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Artículo 1735 del Código Civil: «El nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede». En opinión de CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., p. 163, no es posible reducir las manifestaciones tácitas de voluntad a un número de formas tasadas y estereotipadas, como parece apuntar el artículo 1735 del código. Parece que el propósito del legislador ha sido el de posibilitar otras formas de revocación tácita y no han sido previstas en el código para no hacerle excesivamente casuístico en este punto.

¹⁵⁵ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, cit., p. 244.

¹⁵⁶ Véase por todos CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 169-170.

¹⁵⁷ Sobre el particular dos matizaciones: Probablemente el sentido de tal norma no es otro que asegurarse de que el cliente paga los honorarios al primer profesional, ya que éste no dará su venia si ha resultado impagado. El Estatuto trata de afrontar la realidad que consiste en que la ruptura de relaciones entre las partes contratantes por medio del desistimiento no suele ser pacífica y casi siempre se traduce en el impago por parte del cliente al letrado de los honorarios devengados. Por otra parte el incumplimiento de tal norma no creo que vaya más allá de imponer una sanción disciplinaria al abogado entrante, ya que las normas de los Colegios Profesionales no tienen rango normativo.

¹⁵⁸ Artículo 1736 del Código Civil: «El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante...».

3.6 ¿Cabe la renuncia por parte de cliente y profesional al desistimiento?

Ha sido un tema muy debatido en la doctrina y en la jurisprudencia si existen mandatos irrevocables por naturaleza. En concreto, aquí interesa si el mandato retribuido puede recibir semejante calificación (y ha de extenderse la pregunta a si es irrevocable por naturaleza la relación contractual existente entre profesional y cliente). Pero ha de concluirse respecto al mandato (y también para el caso del profesional liberal) que el hecho de que el contrato sea remunerado no significa desde luego que quede eliminado *ab initio* el derecho del cliente a desistir del contrato. Si bien en el mandato retribuido el mandatario tiene un interés completamente personal en la subsistencia del mandato, tal interés no justifica en absoluto la irrevocabilidad natural del mandato. Sin duda esta afirmación de que el derecho del mandatario a recibir una retribución no debe privar al mandante del derecho de revocación tiene como fundamento el artículo 1733 del Código Civil, precepto que no permite hacer distinción entre el mandato gratuito y el mandato retribuido ¹⁵⁹.

De manera que descartada la posibilidad de que el mandato retribuido (y, por tanto, el contrato entre profesional y cliente) sea irrevocable por naturaleza, únicamente cabe plantearse en este epígrafe sobre la validez del pacto por el que mandante (y cliente) renuncia a la facultad de desistir de forma anticipada. En nuestro ordenamiento no parece haber dudas en la admisión de la validez del pacto de irrevocabilidad ni por parte de la doctrina ni por parte de la jurisprudencia, siempre que tales pactos sean conformes con la finalidad práctica perseguida y no estén en oposición con la moral ¹⁶⁰. Cuáles son las razones que justifican la validez de este pacto. Entre otras, porque si el mandante es libre de revocar a su arbitrio el mandato (art. 1733 del Código Civil), no hay duda de que esa autonomía de la voluntad que se le reconoce debe conducir a la consecuencia de que puede válidamente renunciar al ejercicio de esa facultad mediante el pacto de irrevocabilidad del mandato ¹⁶¹. Y además porque el interés del mandatario en obtener una remuneración constituye un interés perfectamente respetable y tal interés queda tutelado de forma satisfactoria mediante un pacto de irrevocabilidad ¹⁶².

¹⁵⁹ Por todos CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 275 y 281.

¹⁶⁰ Véase LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, cit., pp. 245-246. Por parte de la jurisprudencia puede consultarse, a título ejemplificativo, la STS 6 mayo 1968 (RJ 1968, 4537).

¹⁶¹ GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil...*, cit., p. 300.

¹⁶² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato...», cit., p. 627.

En otros ordenamientos de nuestro entorno el tema, sin embargo, no es tan claro. Sobre todo ha sido objeto de especial debate en Italia, país en el que existen dos corrientes jurisprudenciales: Una primera entiende, en virtud del carácter fiduciario de la relación entre cliente y profesional, que la facultad de desistir del cliente es un elemento esencial del contrato y, en consecuencia, que se trata de un elemento inderogable. Desde esta primera dirección doctrinal el pacto de renuncia por parte del cliente no tendrá eficacia y si el cliente desiste, a pesar de la existencia del pacto, no tendrá que indemnizar. Una segunda corriente jurisprudencial, por el contrario, afirma que el desistimiento permitido en el artículo 2237 del Código Civil no es más que un elemento natural del contrato, de manera que la autonomía contractual de las partes debe prevalecer respecto a la disposición legal. Por ello si el cliente, a pesar del pacto, ejercita la facultad de dar por terminado el contrato de forma anticipada ha de considerarse su comportamiento como incumplimiento y genera una obligación de resarcir al profesional daños y perjuicios salvo que concurra una justa causa¹⁶³. Desde luego es más adecuada esta segunda tesis, al fin y al cabo el desistimiento es una institución que en principio está dirigida a tutelar unos intereses que no trascienden a otros sujetos distintos de las partes contratantes. Ahora bien, cabría preguntarse, ya que así lo ha entendido en Italia esta segunda corriente jurisprudencial, si el hecho de que las partes señalen un tiempo de duración determinado en el contrato significa en todo caso que renuncian a su facultad de desistir. Creo que la respuesta ha de ser negativa y que debe exigirse que la renuncia a la facultad de desistir sea expresa.

En Suiza el Tribunal Federal desde el año 1933 hasta el año 1983 ha afirmado siempre que el artículo 404 del Código de las Obligaciones es una norma de derecho imperativo (de manera que no cabe la renuncia a la facultad de desistir del mandato). Aunque parece que en el año 1983 alguna resolución deja abierta la cuestión, sigue manteniendo la concepción doctrinal dominante de que en todo caso el artículo 404 es una norma imperativa en cuanto a los mandatos típicos, gratuitos o estrictamente personales (suelen considerarse entre los mandatos estrictamente personales las actividades desarrolladas por profesionales liberales)¹⁶⁴. Por el contrario

¹⁶³ Vid. Estas dos corrientes jurisprudenciales en DI CERBO, F.: *Le professioni...*, cit., pp. 323-334.

¹⁶⁴ FAVRE-BULLE, X.: «L'évolution du droit...», cit., pp. 374-375. Por su parte WERRO, F.: *Une étude sur le...*, cit., p. 123, admite el carácter dispositivo del artículo 404 CO.

en Alemania hay una tendencia a mantener en la doctrina y en la jurisprudencia el carácter dispositivo del parágrafo 627 *BGB*¹⁶⁵.

Respecto al pacto por el que el mandatario (profesional) renuncia a su facultad de desistir no parece plantear, frente al anterior, ningún problema. Únicamente se ha cuestionado su utilidad dada la imposibilidad de forzar materialmente la ejecución del mandato contra la voluntad del mandatario, a la que en otros momentos del trabajo ya se ha aludido¹⁶⁶. En todo caso parece que la renuncia al desistimiento por parte del mandatario es un complemento implícito en el pacto de no revocar por parte del mandante.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, II, 3.^a edición, Barcelona, Bosch, 1984.
- ALEMÁN MONTERREAL, A.: *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, 1996.
- ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1994.
- ALONSO PÉREZ, M. T.: «El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dicho (Estudio Jurisprudencial), *Aranzadi Civil*, tomo I, vol. III, 1998.
- *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a edición, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1968.
- ASSANTI, C.: «Le professioni intellettuali e contratto d'opera», *Trattato di Diritto Privato*, t. 15, Diretto da Rescigno, Utet, 1986.
- ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

¹⁶⁵ ENNECCERUS, L.: *Derecho de obligaciones...*, *cit.*, p. 272 nota 17. No hay peligro de que a través de la renuncia al desistimiento se desproteja al cliente, ya que siempre pueden las partes contratantes denunciar el contrato, si media una causa seria, en virtud del parágrafo 626. A título ejemplificativo puede verse *NJW* 1989, I, pp. 1479-1480. En esta resolución del *BGH* el cliente considera que los servicios realizados por el profesional (en concreto, una agencia matrimonial) no eran conformes con lo que esperaba, de manera que reclama la restitución de los honorarios que había pagado ya por toda la prestación, menos una cantidad que la cliente reconocía deber en concepto de gastos. El Tribunal considera que la cláusula inserta en las condiciones generales del contrato, por la que el cliente se compromete a renunciar al derecho a desistir libremente, es contraria al artículo 9.II *AGB-Gesetz*. No parece que el Tribunal funde su decisión en que la cláusula deroga un elemento esencial del contrato como es la posibilidad de denunciarlo, sino en que tal cláusula no había sido negociada y obligaba a la cliente a invocar justos motivos que ponían en peligro la protección de su personalidad, ya que la alegación de justos motivos le obligaba a revelar algunos hechos de su intimidad.

¹⁶⁶ Véase al respecto GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1736 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, p. 1591.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores», *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS 12.5.1997», *CCJC*, núm. 45, 1997.
- «Comentario al artículo 1156 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.^a edición, Madrid, 1993.
- BONET RAMÓN, F.: «Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales», *RDP*, 1941.
- «La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1935.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.: *La ley de condiciones generales de la contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- CAPILLA RONCERO, F.: «Arrendamiento de servicios», *EJB*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.
- «Desistimiento (derecho civil)», *EJB*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995.
- CASALS COLLEDECARRERA, M.: «Arrendamiento de servicios», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Seix, Barcelona, 1950.
- CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- COLIN, A. y CAPITANT, M.: *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo IV, Reimp. de la 3.^a edición, con traducción y notas de De Buen, Reus, Madrid, 1981.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato y del poder», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, 1948.
- DE MARTINO, V.: *Codice civile commentato*, tomo terzo, artt. 2060-2969, Jandi Sapi editori, 1979.
- DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service», *RDS*, 128 Band, NF 106, II, Heft 2, 1987.
- DI CERBO, F.: *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1988.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 6.^a edición, Tecnos, 1990.
- DÍEZ PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1256 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.^a edición, Madrid, 1993.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993.
- *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992.
- «Comentario a la STS 2.6.1960», *EJC*, I, Tecnos, Madrid, 1966.

- ENNECCERUS, L.: *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación por Pérez González y Alguer, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1950.
- ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968.
- ESPIAU ESPIAU, S.: «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», *ARANZADI CIVIL*, 1998.
- ESPÍN ALBA, I.: *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESSER, J. Y WEYERS, H.-L.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 7. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1991.
- FAVRE-BULLE, X.: «L'évolution du droit des contrats de prestation de service», *RDS*, 132 Band, NF 110, I, Heft 3, 1991.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984.
- FERRANDIS VILELLA: *Prólogo a La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.
- GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 76, Dott. A. Giuffré, Milán, 1985.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852.
- GARCÍA VALDECASAS: «La esencia del mandato», *RDP*, 1944.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998», *CCJC*, núm. 48, 1998.
- GIACOBBE, G.: «Professioni intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Giuffré Editore, 1987.
- GIERKE, O. von: *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y estudio crítico de Germán Barreiro, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1982.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho Público y Privado* ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano, I, Universidad de Valladolid, 1965.
- «En la convergencia de dos humanismos (sobre el contrato de servicios médicos)», *ADC*, 1977.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «Apuntes para el estudio del contrato profesional del arquitecto», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, 1.ª edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1737 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1733 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1736 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil*, Contratos en especial, responsabilidad extracontractual, Tecnos, Madrid, 1968.

- HÉRNANDEZ MORENO, A.: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», *RJC*, 1980.
- HUET, J.: *Traité de droit civil*, Les principaux contrats spéciaux, sous la direction de Ghestin, LGDJ, 1996.
- KASSER, M.: *Derecho Romano Privado*, versión de la 5.^a edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, 2.^a edición, Reus, Madrid, 1982.
- KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1997.
- KRAFT: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schuldrecht, II, en Soergel, Band 3, 11.neubearbeitete Auflage, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1980.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.^o, 3.^a edición, Bosch, Barcelona, 1995.
- *Elementos de Derecho Civil*, Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. 1.^o, 3.^a edición, Bosch, Barcelona, 1994.
- LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1981.
- LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, T. 27, 3.^a edición, Bruxeles, 1878.
- LENEL, O.: «El mandato retribuido», *RDP*, 1928.
- LEÓN ALONSO, J.: «Comentario al artículo 1718 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1723 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1732 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*, tomo XXI, vol. 2, Edersa, 1986.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra, Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*, Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Área de Derecho Civil de la Universidad de Jaén, días 28-30 de septiembre de 1995.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirección por Albaladejo, tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986.
- LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, 1.^a edición, Trivium, 1988
- MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1962.
- MAS BADÍA, M. D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 6.Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.
- MINERVINI, G.: *El mandato*, traducción y notas de derecho español de Perú Raluy, Bosch, Barcelona, 1959.
- MUSOLINO, G.: *L'opera intellettuale*, Cedam, Padova, 1995.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Traducción y comentarios del Derecho de Obligaciones* de Enneccerus, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1950.
- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1994.
- PUTZO, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, en Palandt, 52. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.
- RIVA SANSEVERINO, L.: «Comentario al artículo 2237 del Código Civil», *Comentario del Codice Civile a cura di Scialoja*, libro 5.º, Del Lavoro (arts. 2060-2246), Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1943.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, 1993.
- ROUAST, A.: «Contrat de travail», *Traité pratique de Droit Civil Français* de Planiol y Ripert, tomo XI, 2.ª edición, Paris, 1954.
- SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho del Trabajo*, 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 1594 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1993.
- SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1965.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: «Professioni intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIV, 3.ª edición, UTET, 1967.
- SANZ CANTALEJO, M. D.: «Comentario a la STS 19.12.1991», *CCJC*, núm. 28, 1992.
- SAVATIER, R.: «Mandat», *Traité pratique de Droit Civil Français* de Planiol y Ripert, tomo XI, 2.ª edición, Paris, 1954.
- SCHULZ, F.: *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Bosch, Barcelona, 1960.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- THOMAS, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.
- TRAVIESAS, M.: «El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra», *RGLJ*, núm. 132, 1918.
- TROPLONG: «L'Échange et du louage», *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris, 1840.

- Werro, F.: *Un étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations. Analyse critique et comparative*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Westermann, H. P.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht-Besonderer Teil II, 3. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.
- Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

V. SELECCIÓN CRONOLÓGICA DE DECISIONES JUDICIALES

Sentencias del Tribunal Supremo

- 23 octubre 1860 (CL 1860, 223).
 25 junio 1902 (CL 1902, 195).
 14 junio 1907 (CL 1907, 103).
 27 diciembre 1915 (CL 1915, 159).
 25 febrero 1920 (CL 1920, 72).
 1 julio 1924 (CL 1924, 69).
 6 diciembre 1924 (CL 1924, 130).
 2 febrero 1925 (CL 1925, 62).
 1 junio 1927 (CL 1927, 83).
 22 enero 1930 (RJ 1930, 598).
 17 octubre 1932 (RJ 1932, 1233).
 16 febrero 1935 (CL 1935, 106).
 1 febrero 1941 (RJ 1941, 133).
 22 mayo 1942 (RJ 1942, 634).
 6 marzo 1943 (RJ 1943, 306).
 1 diciembre 1944 (RJ 1944, 1272).
 27 enero 1945 (RJ 1945, 257).
 21 marzo 1946 (RJ 1946, 272).
 10 julio 1946 (RJ 1946, 938).
 2 junio 1960 (RJ 1960, 2072).
 21 diciembre 1963 (RJ 1963, 5363).
 6 mayo 1968 (RJ 1968, 4537).
 5 febrero 1983 (RJ 1983, 860).
 17 septiembre 1983 (RJ 1983, 4544).
 25 noviembre 1983 (CL 1983, 602).
 14 febrero 1984 (RJ 1984, 658).
 14 marzo 1986 (RJ 1986, 1252).
 25 marzo 1988 (RJ 1988, 2429).
 19 diciembre 1991 (RJ 1991, 9409).
 30 marzo 1992 (RJ 1992, 2306).
 31 octubre 1992 (RJ 1992, 8358).
 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9596).

3 febrero 1994 (RJ 1994, 968).
20 julio 1995 (RJ 1995, 5726).
12 mayo 1997 (RJ 1997, 4121).
28 enero 1998 (RJ 1998, 357).
3 febrero 1998 (RJ 1998, 614).
3 marzo 1998 (RJ 1998, 1292).
25 marzo 1998 (RJ 1998, 1651).
29 abril 1998 (RJ 1998, 2601).
20 mayo 1998 (RJ 1998, 3380).
30 mayo 1998 (RJ 1998, 4076).
25 junio 1998 (RJ 1998, 5013).
20 mayo 1998 (RJ 1998, 3380).

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

— Navarra 2 julio 1998 (RJ 1998, 7073).