

# Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios

Artículo 526-4 PCC

**GABRIEL MACANÁS VICENTE**

Doctor en Derecho civil por la Universidad de Bolonia  
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad de Murcia

## RESUMEN

*El desistimiento unilateral del principal de contratos caracterizados por prestaciones de hacer –contratos de servicios– no encuentra ninguna regulación directa en nuestro Derecho actual. Y, sin embargo, su existencia no solo es real, sino inevitable. La institución encuentra su mejor sede en el artículo 1594 Cc pero, más allá de ello, es la naturaleza de estas relaciones contractuales y la imposibilidad de exigir su cumplimiento forzoso lo que lleva a la necesidad de construir algún tipo de desistimiento, para regular un fenómeno esencial a los contratos de servicios. Partiendo de esa base, así como de los argumentos en los que se sustenta, puede comprenderse, explicarse y defenderse el nuevo modelo de regulación propuesto en el artículo 526-4 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.*

## PALABRAS CLAVE

*Desistimiento. Incumplimiento. Contrato de servicios. Indemnización.*

## Present and future regulation of the client's right to terminate the contract

### ABSTRACT

*Client's right to terminate the service contractual relationship at any time by mere notice it is not regulated by any legal norm under Spanish Law. And yet, the existence of that right is not only real, but unavoidable. The closest rule to that right to terminate would be the article 1594 of the Spanish Civil Code but, it is mostly linked to its own nature, and the impossibility of specific enforcement or mandatory injunction –which is not habitual on Continental civil Law–. From that starting point, and the reasons that support it, the new model proposed, the article 526-4 PCC, could be understood, explained and defended.*

### KEY WORDS

*Termination. Withdrawal. Breach. Service contract.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*–II. *Situación actual del desistimiento del principal de los contratos de servicios.* 1. Los posibles desistimientos en el Ordenamiento español. 2. Fuentes reguladoras de los contratos de servicios y ámbito de aplicación del desistimiento unilateral del principal. 2.1 Marco regulatorio general y aplicabilidad del art. 1594 CC. 2.2 Doctrina jurisprudencial respecto la facultad de desistimiento unilateral general del principal. 2.3 La necesaria aplicación del desistimiento unilateral del principal a los contratos de servicios: la indiferenciación de los efectos del incumplimiento voluntario. 3. Algunos modelos posibles de referencia. 3.1 Derecho comparado vigente. 3.2 Propuestas de modernización contractual europeas. 3.2.1 *Principles of European Law: Service Contracts.* 3.2.2 *Draft Common Frame of Reference.* 3.2.3 Propuesta de Reglamento Europeo relativa a una normativa común de compraventa europea. 3.3 Propuestas de modernización en España. 3.3.1 Propuesta sobre el contrato de servicios, de la Comisión General de Codificación. 3.3.2 Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. 3.3.3 Propuesta y Anteproyecto de Código mercantil.–III. *Propuesta de desistimiento unilateral del principal de contratos de servicios en la PCC.* 1. Supuestos de desistimiento excluidos. 2. Efectos generales del desistimiento. 3. La indemnidad del prestador. 3.1 Partidas indemnizables como consecuencia del desistimiento. 3.1.1 Pérdida de la utilidad: objetivación o prueba del «beneficio industrial». 3.1.2 Gastos no recuperados o recuperables. 3.2 La indemnización por la utilidad perdida del prestador. 3.2.1 La carga mitigar el propio daño y el negocio de sustitución 3.2.2 Otras utilidades perdidas distintas o indirectas al precio descontando los gastos. 3.2.3 La indemnización por «trabajo». 3.3 Ejercicio del desistimiento y pago de la indemnización. 4. Imperatividad del desistimiento y límites a sus limitaciones. 5. Sistemática de la

regulación: ¿una norma general de contratos o específica de servicios? 5.1 Indeterminación relativa, pasada y presente, del contenido y destino de la PCC. 5.2 Subsidiariedad general. 5.3 Desistimiento general como base de las obligaciones contractuales. *Tabla de jurisprudencia. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio del desistimiento unilateral del principal, en contratos con prestaciones de hacer, se enfrenta a la tensión inevitable entre la claridad de su realidad cotidiana, y la oscuridad de su fundamentación normativa. Esta paradoja, persistente ya durante décadas, ha contribuido a crear una bruma útil, entre la que, aun sin demasiada certeza sobre el cómo y hasta el qué, la finalidad incontenible de la institución se ha asentado sobre frágiles construcciones doctrinales, jurisprudenciales y, sobre todo, normativas.

Asumida la realidad actual, y para acaso poder alcanzar una mejor interpretación o aplicación de la misma, también la mayoría de las propuestas de actualización y modernización contractual, europeas y españolas, han apuntado también al mismo camino, con mayor o menor detalle o acierto. Lo anterior, sin embargo, acaba enfrentándose a los límites de una legislación vigente en la que la analogía necesaria para dotar de base y certeza a la institución es más techo que punto de partida. De ordinario, no sería posible ir mucho más allá, no sin transitar el peligroso camino-laberinto, puente o trampolín— de la *lege ferenda*.

Sin embargo, pese a que la imaginación, aun la más autorizada y creativa, no pueda ser fuente ordinaria del Derecho, en alguna ocasión puede suceder que la propuesta personal, más que mera ocurrencia, pueda llegar a ser algo más. Algo, si no más real, al menos sí mucho más completo y, como tal, útil en sí mismo, tanto por su potencialidad transformadora, como por su resonancia científica. Y así, después de conocer y reconocer qué es el desistimiento unilateral del principal de contratos de servicios en el Derecho civil que es, se puede tratar de alcanzar tal desistimiento en el Derecho civil que puede llegar a ser.

La Asociación de Profesores de Derecho Civil acordó, en abril de 2014, redactar un borrador de Propuesta de Código Civil que, de uno u otro modo, propendiera la actualización y modernización del Derecho civil positivo en España, entonces y ahora necesitada de

un nuevo Código civil. Tal tarea, enorme, fue distribuida en grupos de trabajo, que irían proponiendo borradores a la Junta Directiva, al resto de grupos y, finalmente, a la Asociación. Ésta, tras aprobar el borrador final, lo pondría a disposición de todos los juristas españoles, en la esperanza de que pudiese servir como germen de un renovado Derecho civil. Fruto lo anterior ha sido la Propuesta de Código civil que, en su artículo 526-4, regula de forma general la facultad unilateral de desistimiento del principal de relaciones contractuales con prestaciones de hacer.

Comentaré, pues, el artículo 526-4 de la Propuesta de Código Civil. Pero no como autor, aunque haya participado en la elaboración del mismo, ya que no pretende ésta ser una interpretación auténtica, sino un comentario de la norma. No se puede perder de vista, además, que el gran mérito y la gran dificultad de esta Propuesta de Código Civil no es, ni puede ser, ninguna regulación concreta, sino el intento de creación sistemática de todas ellas. Por lo tanto, se podrá intentar comprender cada precepto en lo que es, y en lo que pueda llegar a ser, pero siempre dentro de un sistema más amplio, que deberá ser tan coherente y adecuado en sus partes como con el todo. De hecho, si el trabajo resultó como se pretendía, los artículos habrán de tener sentido propio, sistemáticos consigo mismos, con el resto del Código propuesto y con el Ordenamiento todo; más allá de lo que pudiera pensarse en el momento de su redacción.

Sí intentaré ahora aportar algunos de los instrumentos, consideraciones e ideas que se plantearon durante la ejecución del trabajo de elaboración del artículo –fueran finalmente asumidas o no–. Desde ahí, este comentario no será más exegético, completo o cierto por haber participado en su elaboración. De hecho, tratándose como se trata de una propuesta, su valor y utilidad está, precisamente, en la discusión de su fundamento y en el contraste de su idoneidad. No se trata, en fin, de la mera exposición del artículo propuesto; sino de la búsqueda de la mejor norma posible.

## II. SITUACIÓN ACTUAL

El actual Ordenamiento civil español carece de una regulación sistemática y homogénea del desistimiento unilateral, *ad nutum*, del contrato de prestaciones de hacer. Desde su propia denominación, hasta su delimitación de figuras afines pero dissociables, incluso su especialidad en determinados ámbitos, su deficiente regulación dificulta una adecuada reconstrucción general de la ins-

titución. Sin embargo, y a pesar de los obstáculos, el desistimiento unilateral, como norma general para las prestaciones de hacer, aun entre brumas, ya existe hoy. Siendo así, y resultando de hecho consecuencia inevitable de la sistemática aplicable a las obligaciones y los contratos, proyectados sobre la categoría de los contratos con prestaciones características de hacer, su reconocimiento no solo sería una mejora deseable, sino una necesaria; en cuanto a la seguridad y certeza exigible al Derecho en general y a las relaciones contractuales en particular.

## 1. LOS POSIBLES «DESISTIMIENTOS» EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El tratamiento sistemático del desistimiento afronta, como primer problema, una terminología profusa y equívoca –cuando no arbitraria– sobre instituciones parecidas pero distintas<sup>1</sup>. No se trata aquí del «desistimiento» previsto en la legislación de consumo (llamado como tal, o también renuncia o rescisión<sup>2</sup>, pudiendo calificarse también como revocación<sup>3</sup>). Tampoco se trata de la renuncia en sentido propio, apuntado en el artículo 6.2 CC; de la rescisión prevista en los artículos 1290 y siguientes CC; ni la resolución del artículo. 1124 CC.

Aunque también es frecuente utilizar el mismo término<sup>4</sup>, cabe distinguir el desistimiento que va a tratarse de la denuncia, entendida esta última como una consecuencia tanto de la proscripción

---

<sup>1</sup> Explica BELUCHE RINCÓN que «En nuestro Derecho, el desistimiento unilateral adolece de una gran imprecisión terminológica: las propias disposiciones del Código Civil (v. gr. arts. 1705 CC, 1732 CC, 1733 CC), y de su mano la doctrina y jurisprudencia, utilizan voces heterogéneas como «revocación», «renuncia» o «denuncia» para referir esta institución del «desistimiento unilateral» en «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», en *RDC*, 2015, p. 83. Y sigue en la nota 48 «Este problema terminológico se agrava, además, cuando se habla de «desistir» para referir fenómenos distintos a la facultad unilateral y discrecional de extinción de obligaciones (...)\", continuando en el texto de la misma página: «Estas diversas denominaciones, que originan equívocos y confusiones, quizá, traigan causa de la asistemática y fragmentaria regulación de esta figura que, contemplada solo en supuestos concretos y con distintas voces, carece de una reglamentación general».

<sup>2</sup> En la (traducción de la) Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, ya se utilizaba para tal desistimiento, con aparente indiferencia, «derecho de rescisión» (quinto considerando) y «derecho de renunciar a los efectos de su compromiso», en el artículo 5.1, 6 y 7.

<sup>3</sup> Así nominaba a este «desistimiento», como revocación, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre (derogada por el texto refundido, aprobado por RD Legislativo 1/2007), en sus artículos tercero, quinto, sexto y séptimo.

<sup>4</sup> En la PCC, el artículo 526-4, del *desistimiento*, sí lo diferencia –como institución con premisas y efectos distintos– de la *denuncia*, regulada en el artículo 526-3. Sin embargo, en la misma PCC, en sede de Disposiciones Generales de los Contratos de Servicios, denominan igualmente al *desistimiento* del principal, en el artículo 582-21, que al *desistimiento* de los contratos de duración, en el artículo 582-4.

general de vinculación perpetua<sup>5</sup> como de la eventual falta de previsión contractual respecto a la terminación del contrato. A través de la buena fe y la integración e interpretación de la voluntad contractual se permitiría terminar de forma ordenada una vinculación imperfecta en cuanto a la indeterminación de la duración<sup>6</sup>.

Se va a tratar, en fin, la concreta facultad unilateral, *ad nutum*, de terminación del contrato, *ex nunc*, de la que goza el principal<sup>7</sup> de prestaciones de hacer; independientemente de la duración o plazo de la relación contractual, que podrá ser también determinado.

## 2. FUENTES REGULADORAS DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL PRINCIPAL

### 2.1 Marco regulatorio general y aplicabilidad del artículo 1594 CC

Partiendo de la anacrónica e insuficiente regulación del arrendamiento servicios, más nominado que regulado en el Código civil<sup>8</sup>, se hace necesario encontrar una base normativa de referen-

<sup>5</sup> Lo explica Díez-PICAZO: «El problema se plantea como una tensión entre dos fuerzas o reglas contrarias: por un lado, aparece la idea de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede nunca dejarse al arbitrio de una de las partes; por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de las partes», 2008, pp. 891-892.

<sup>6</sup> Entiende DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ que «(...) la duración indefinida se convierte así en el elemento que fundamenta la operatividad del mecanismo de la resolución unilateral *ad nutum* en determinadas relaciones contractuales», 2000, p. 75.

<sup>7</sup> También en el caso de «el principal» la terminología dista de ser unívoca. Podría haberse utilizado también el término «comitente», expresivo del mismo contenido de acreedor de la prestación de hacer, si bien su uso está más extendido –sin ser exclusivo– en el ámbito del contrato de obra (que, además, al verse integrado como se verá en el ámbito de los servicios en general, y al resultar actualmente de aplicación su regulación del desistimiento a todo servicio, podría justificar de forma especial tal término). «Arrendatario» –del servicio– parece un término tan anacrónico como «locador», sobre todo en cuanto a las categorías hacia las que se tiende –en este texto, y en la PCC–. «Cliente», si bien se utiliza también en este ámbito, puede resultar asimismo confuso ya que, en ocasiones, las normas le dotan de un sentido de permanencia o persistencia que podría no darse en lo que aquí se trata. Por último «acreedor de la prestación de hacer» quizá resulte demasiado extensa, sin una evidente mejora en la precisión, aunque sea el término (acaso por parecer más neutro) utilizado en el Título II del Libro Quinto de la PCC. En fin, se ha optado aquí por «principal» porque es el término utilizado en el Título VIII del Libro Quinto de la PCC, «De los contratos de servicios», que afronta de forma extensa y específica este tipo de relación.

<sup>8</sup> «[el arrendamiento de servicios] (...) en primer término, está llamado a cumplir una función residual en la labor calificadora (...) En segundo lugar, el arrendamiento de servicios se identifica con el régimen jurídico común de la contratación onerosa de la actividad (...) Hoy el arrendamiento de servicios no puede cumplir adecuadamente ninguna de las funciones apuntadas, y ello es debido tanto a la insuficiencia normativa del arrendamiento de servicios, como a la deficiente configuración legal de los otros contratos básicos de servicios: el arrendamiento de obra y el contrato de mandato», VAQUERO PINTO, 2005,

cia, antes que asumir una laguna general para todos los contratos con prestaciones de hacer distintas de la obra. Si bien la formulación abierta del mandato ha llevado a que, en ocasiones, se haya propuesto su aplicación analógica<sup>9</sup>; tanto sus bases naturalmente gratuitas<sup>10</sup>, como su objeto<sup>11</sup>, desaconsejan la categoría. A veces

---

p. 24. En el mismo sentido CAPILLA RONCERO, 1995, p. 576: «se someten a la aplicación del Código civil los servicios prestados por profesionales (liberales o no), artistas, artesanos, etc., y los prestados por empresas, cuando por la naturaleza de la prestación asumida merezcan esta calificación de contrato de servicios. Mas su no contemplación específica por el CC, obliga a reconstruir su régimen sobre normas distintas de las contenidas en la Sección 1.ª del Capítulo III del Libro IV CC».

<sup>9</sup> «Así, desde el arrendamiento de servicios, volvemos nuestra mirada al contrato de mandato (...) Por ello, la hipótesis de trabajo no es otra que intentar justificar o argumentar cómo las normas que nuestro Código civil dedica al contrato de mandato son las que nos ayudan a resolver las cuestiones que las relaciones de servicios que nos ocupan plantean, y que mal se resuelven aplicando unos pocos preceptos que originariamente fueron pensados para unas relaciones distintas totalmente (...)». CERVILLA GARZÓN, 2001, p. 92. En un sentido más conceptual, entiende ALONSO PÉREZ, el mandato como categoría general de referencia para los contratos de servicios –y obra– gratuitos, al margen de las precisiones en cuanto a régimen aplicable (que permiten para la autora acudir, en fin, al doble régimen establecido en el código), 1997, pp. 126-138. Podría oponerse a esta última consideración que muy probablemente no se trate de «escoger» entre obra y mandato, sino reconocer un origen histórico que ya parte de una distinción incompleta (basada, empero, en una confrontación de onerosidad y gratuidad que persiste en no pocas de las normas utilizables; además de las limitaciones históricas de la «locación» de trabajo ajeno). Ya el propio Digesto reconoce la cercanía «Es nulo el mandato, si no es gratuito (...) porque interviniendo dinero, la cosa tira más bien a locación y a conducción», Digesto. XVII: I. 1. 4. (*Cuerpo de Derecho civil romano* traducido y compilado por GARCÍA DEL CORRAL, I., 1989, tomo I, p. 844).

<sup>10</sup> Lo explica ATAZ LÓPEZ: «[en el Derecho romano] muy probablemente fuera esa configuración del contrato [mandato] como esencialmente gratuito la razón por la que este contrato tardó en ser reconocido como susceptible de generar una obligación (...) se terminó aceptando (...) Pero se trataba, eso sí, de una obligación que tenía la importante peculiaridad de que el obligado por ella podía desvincularse (...)», 2019, pp. 65-66. Ya respecto al actual Código civil, continúa «en la parte especial, el Código civil, como buen heredero del sistema romano, configura todas las promesas gratuitas concretas que en nuestra tradición jurídica se habían tomado en consideración [entre las que trata, de forma expresa, al mandato], de tal manera que, o bien no obligan, o bien, si lo hacen, la obligación resulta atenuada», p. 81; y continúa «Por ello aunque es innegable que en estos casos nace una obligación en la regulación del Código se ven detalles que, posiblemente justificados por el carácter gratuito del contrato, contribuyen a configurar esta obligación como más suave que otras obligaciones, lo que se manifiesta en dos características: la responsabilidad atenuada del mandatario gratuito (art. 1726 CC) y la libre renunciabilidad por el mandatario (arts. 1732.2, 1736 y 1737)», p. 94. En el mismo sentido, explicaba también IHERING que «La exigibilidad de la promesa a título gratuito no está en la misma línea que la de la promesa onerosa. Esta es una necesidad del comercio jurídico; la otra le es indiferente (...) El derecho romano confirma esta necesaria distinción (...) La promesas de servicios gratuitos (*mandatum*) ofrece el primer caso de una promesa a título gratuito, revestida de efectos jurídicos (...) El que arrienda sus servicios está ligado por el contrato; el mandatario que los presta gratuitamente puede, bajo ciertas condiciones, renunciar a su misión; su responsabilidad es menos rigurosa por el mismo hecho de que realiza un acto de complacencia», 1911, p. 180.

<sup>11</sup> Distinto, aunque también contenga una prestación de hacer, del propio de los contratos de servicios. Por ello, se puede afirmar en general que «(...) no habrá mandato cuando el contrato tenga por objeto la prestación de un servicio puramente material, sin trascendencia jurídica para el que lo encargó; y, teniéndola, será arrendamiento de servicios, y no mandato, si la actividad se presta *por encargo de otro*, pero no *por su cuenta* (...) implicando esto último que, en ese actuar, se sustituya al *dominus negotii*, realizando actos o gestio-

podría ser forzoso acudir al mandato, si no hubiera más remedio autointegrativo. También, y sobre todo, cuando en efecto se trate de un mandato, casi siempre como relación accesoria a una prestación de servicios principal. Pero, en general, parece preferible una comprensión más amplia del contrato de servicios<sup>12</sup>. Esta categoría, proyectable desde la regulación actual, proporciona al menos una base general del modelo contractual<sup>13</sup>. Permite también extender, de la regulación del contrato de obra, aquellas normas que respon-

nes que éste podría realizar por sí mismo, y no de la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro (por ejemplo: será mandato encargar a un abogado la compra de una finca; en cambio, encomendarle la redacción del pertinente contrato será arrendamiento de servicios)». DE PABLO CONTRERAS, 2000, pp. 653-654. De forma completa y exhaustiva, resuelve la cuestión VAQUERO PINTO en los capítulos III y IV de su obra monográfica al respecto, 2005, pp. 187-328. Este es, asimismo, el criterio adoptado por la Propuesta de Código civil (PCC), al recoger la categoría general de contrato de servicios en el título VIII del Libro Quinto, concretada tal generalidad para las prestaciones de hacer en el artículo 581-1 del mismo texto: «Las disposiciones del presente Título [De los contratos de servicios] son aplicables a los contratos por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución. Son igualmente aplicables, en cuanto lo permita su naturaleza, a los contratos por los que el prestador preste sus servicios de forma gratuita»; en contraste con el ámbito de aplicación del contrato de mandato, contenido en el artículo 591-2.1: «El presente título es de aplicación supletoria a los contratos por los que una persona se obliga a realizar una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, bien aportando para ello los medios adecuados, bien comprometiéndose a un resultado, sin realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por cuenta de aquella», APDC, *Propuesta de Código civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blach, 2016.

<sup>12</sup> En el sentido en el que «El arrendamiento de servicios como contrato de simple intercambio de «servicio» y «precio», según el concepto proporcionado por el codificador -1544 CC- puede ser considerado como el tipo general de la contratación onerosa de servicios», VAQUERO PINTO, 2005, pp. 23-24; o, en la misma obra, «contratos de servicios son todos aquellos en que una de las partes asume libremente la obligación de realizar una actividad o trabajo en servicio o interés de otro» pp. 36-37. También para MORENO QUESADA, 2006, pp. 361-266. Por su parte, en LACRUZ BERDEJO se entiende que «el arrendamiento de servicios comprende la prestación de cualesquiera servicios, en general, salvo aquellos que tradicionalmente tienen una disciplina específica y figura propia», 2009, p. 208. Asimismo, para LÓPEZ LÓPEZ «la lectura de los arts. 1538 a 1600 del Código civil, dejan la duda (...) sobre la existencia de una neta distinción entre obras y servicios, más allá de los supuestos típicos que el Código contempla», 1995, p. 31.

<sup>13</sup> «Los efectos jurídicos comunes a los contratos de servicios (...), además de la acción profesional que constituye el elemento nuclear del servicio, podrían enumerarse como: la prohibición de vinculaciones perpetuas; la existencia de una concreta confianza que informa la génesis de la relación; un régimen especial de vinculaciones indefinidas regido por la posibilidad de denuncia; la diligencia como criterio informador del contenido dinámico de la actividad debida; cierta discrecionalidad técnica del prestador, dentro de los márgenes de la diligencia, para el ejercicio de la actividad; capacidad de disposición del objeto por parte del acreedor, si bien de forma limitada o responsable; e inejecutabilidad forzosa directa de la prestación personal de servicio incumplida. Además, emancipado del deber genérico de la buena fe, podría señalarse hoy también como efecto del contrato de servicios la obligación accesoria para el prestador de servicios de informar respecto a la prestación al principal. La obligación genérica será del prestador, toda vez que es su capacidad y ciencia el elemento subjetivo de dicha aptitud, sin perjuicio de que el deber de colaboración del principal se extienda a la información necesaria sobre el objeto del contrato», MACANÁS, *Indret*, 2015, p. 7 ss.

dan no al tipo específico de la misma, sino a la *ratio* conformadora y general de las prestaciones de hacer.

De tal consideración general, resulta que el desistimiento previsto en el artículo 1594 CC sería aplicable, no solo a los contratos de obra –ni, en rigor, a las obras realizadas por ajuste o precio alzado a las que en concreto se refiere el Código–, sino a todos los contratos de servicios<sup>14</sup> (lo que es, empero, una cuestión controvertida<sup>15</sup>). Por lo tanto, el principal, *puede desistir, por su propia*

<sup>14</sup> Así lo entiende MORALES MORENO: «(...) creo que la facultad reconocida por el artículo 1594 puede ser extendida a otros contratos de prestación de servicios, hasta donde alcance la identidad de razón», 2010, p. 59. También, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, y PARRA LUCÁN, 2011, «(...) el principal puede desistir en cualquier momento, sin necesidad de causa alguna (...) salvo el motivado por culpa del otro contratante, genera la obligación de indemnizar por los perjuicios que dicho desistimiento produce en el otro contratante (argumento *ex arts.* 1584 y 1594 CC)», p. 618. RODRÍGUEZ MARÍN «(...) queda configurado el desistimiento en el contrato de arrendamiento de servicios tal y como está redactado en el Código civil y cuyo ámbito de aplicación queda circunscrito a las profesiones liberales», 1989, p. 354. ECHEVERRÍA SÁENZ: «al desistimiento, no mediando culpa del prestador de los servicios, es aplicable, en su caso, el artículo 1594 en lo relativo al resarcimiento», 1995, p. 223, nota 5. Lo reconoce también, aunque de forma crítica por la absorción en la misma categoría práctica de los supuestos de pérdida de la confianza en relaciones *intuitu personae*, DÍAZ REGAÑON-ALCALÁ «(...) con lo que, así, nos acercaríamos al concepto de «utilidad» contenido en el artículo 1594, con la consiguiente aplicación analógica del precepto en sede de contrato de servicios», 2000, p. 324. VAQUERO PINTO enuncia: «debe reconocerse al principal, en todo contrato de servicios, un derecho de desvinculación con fundamento en la posibilidad de ahorrar el esfuerzo del prestador y con el límite de garantizar su indemnidad. Es decir, un derecho de desistimiento impropio o derecho de arrepentimiento que, regulado para el contrato de obra, consiente su general aplicación al conjunto de contratos de servicios, con los límites que en su momento veremos», 2005, p. 401.

<sup>15</sup> Ya afirmaba SÁNCHEZ ROMÁN que «No siendo objeto del pleito [contrato] servicios de obra alzada ni por tiempo cierto, sino remunerables por razón del tiempo en que se presten, son inaplicables los artículos 1588 y 1594 del Código civil», 1899, p. 786. También para GÁLVEZ CRIADO «(...) según el actual artículo 1594 es aplicable únicamente hoy al contrato de obra y no al de servicios», p. 437; si bien el mismo autor reconoce que «es cierto que este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia con mucha frecuencia (...) en general, sobre la idea del contrato de servicios basado en una relación de confianza (...)», 2014, p. 428. Puede ser muy discutible que, al margen de las justificaciones varias de la jurisprudencia, que la confianza sea un elemento determinante. Para RODRÍGUEZ GUITIÁN «Solo 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 principal de el artículo 1594 del Código Civil radica también la confianza, (...) Pero a mi juicio, éste no es el fundamento (...)», ADC, p. 701. Asimismo, para KLEIN «Estamos aquí [el artículo 1594] ante una facultad extintiva de libre ejercicio, cuyo específico fundamento no permite la extrapolación de esta figura a otros contratos», 1997, p. 88. Además, para los contratos duraderos por tiempo determinado, objeto fundamental de la cuestión (por excluir la denuncia, que se tratará, los de duración indefinida) mantiene que «en este tipo de contratos no cabe la existencia de una facultad de desistimiento (...). Por ello, puede decirse que cualquier interrupción de cualquiera de los dos contratantes en el cumplimiento de su obligación antes de la llegada del término final con la intención de desistir o extinguir el contrato unilateralmente, habrá de calificarse como incumplimiento contractual», de lo que exceptúa únicamente los supuestos tipificados, pp. 102-103. Para CARRASCO PERERA «La existencia de un derecho de desistir *ad nutum* ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia para toda suerte de contratos en los que no se ha acordado una duración predeterminada. Fuera de estas hipótesis, nuestro Derecho no conoce por principio un derecho de desistimiento por justa causa en las relaciones duraderas por tiempo determinado, salvo que la relación contractual pueda ser reconducida al

*voluntad, de la ejecución del servicio, aunque ya hubiese comenzado, indemnizando al prestador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.*

No es necesaria la nominación directa de tal precepto a la hora de que el principal ejercite el desistimiento<sup>16</sup>; aunque es la fuente jurídica más razonable que, en ausencia de pacto, justifique en prestaciones de hacer de duración determinada el ejercicio de un desistimiento unilateral, *ad nutum*, del principal del servicio.

Existe, pues, una facultad de desistimiento unilateral *ad nutum*, aunque responsable –de la indemnización debida por el ejercicio del desistimiento–, para todo principal de una prestación de hacer. Una facultad, además, que no puede exceder este concreto ámbito, ni alcanzar en la analogía el régimen de las prestaciones de dar<sup>17</sup>.

---

amplio y flexible tipo convencional de la sociedad civil o calificada como un tipo *contractual intuitu personae* que, a su vez, pueda ser reconducido al marco genérico del mandato», 2017, pp. 1069-1070.

<sup>16</sup> En general, para LÓPEZ LÓPEZ, sin invocar el precepto concreto, «el cliente pueda desistir siempre, siendo el único juez de su conveniencia en que le presten el servicio, pero desde luego dejando indemne a la otra parte con abono de expensas, trabajo efectuado y beneficio dejado de percibir», 1995, p. 28. Refiere DÍAZ MARTÍNEZ que «partiendo de este precepto [el art. 1594 cc], cada vez son más los autores que proponen la aplicación de tal facultad de desistimiento del principal a todos los contratos de servicios, incluidos los de duración determinada, situación actual que se ha llegado a describir como una evolución hacia el reconocimiento general de un derecho de desistimiento del cliente en las obligaciones de hacer», 2017, p. 217. Después añade que «Sin embargo, en general, todavía la doctrina española mayoritaria admite, en el contrato de servicios de duración determinada, el verdadero desistimiento unilateral, *ad nutum*, solo para el cliente, exigiendo para la desvinculación del contrato de prestador del servicio, la alegación y prueba de un motivo suficiente, una justa causa», pp. 217-218, lo que resulta bastante equivalente a la aplicación general del precepto tratado (que solo permite al principal desistir y, si bien lo hace sin necesidad de justa causa, lo hace –como la autora refiere en la nota a pie de página relativa a esta afirmación, tratando la propuesta de regulación de la CGC– debiendo «[indemnizar] al prestador del servicio por todos los gastos, trabajos realizados y utilidad que haya podido obtener» (utilizando la literalidad del actual art. 1594 cc). También afirma GALLEGU DOMÍNGUEZ que «(...) cabe el desistimiento *ad nutum* en los arrendamientos de servicios de duración determinada, por el carácter *intuitu personae*, sin que se pueda obligar a una persona a seguir recibiendo unos servicios que ella no desea, si bien, en estos casos, la otra parte puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios (...)», 2017, p. 489. Y, aunque el autor parezca justificar este desistimiento en tal carácter *intuitu personae*, no solo el mismo es más dudoso como característica general de todas las prestaciones de hacer que el desistimiento tratado, sino que tampoco es fácil correlacionarlo directamente con la circunstancia desencadenante del desistimiento entendida como «que no desea». En todo caso, y aunque la configuración sea equivalente a los efectos propios del artículo 1594 CC, niega el autor que esta sea la fuente del mismo (pp. 490-491), de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (que, si bien es cierta, queda referida a la etapa en la que la citada sentencia de 1975 se encuadra).

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO, pese a la negación general de la categoría, entiende que «(...) en nuestro Derecho positivo, ni la pérdida de sentido de la prestación, ni la desaparición de un interés razonable del acreedor a la misma justifican una liberación del deudor, que solo podría encontrar su adecuado cauce a través de la idea de buena fe y de una consideración de la demanda del acreedor, como ejercicio abusivo del derecho de crédito», 1963, p. 198.

## 2.2 **Doctrina jurisprudencial respecto la facultad de desistimiento unilateral general del principal**

La concepción doctrinal de un contrato de servicios como categoría viva, pese a su defectuosa regulación, necesita completarse con su aplicación por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Lo rechazó inicialmente, partiendo, no obstante, de una regulación distinta a la actual, que abarcaba también los supuestos hoy laborales. Después, sin embargo, se ha ido incorporando tanto la perspectiva general de los contratos de servicios –cada vez más opuesto, además, al paradigma del mandato para las prestaciones profesionales–; como, también, la facultad general de desistimiento para el principal de los mismos.

La STS de 12 de abril de 1897<sup>18</sup>, de las primeras en aplicar el precepto, comenzó entendiendo que «(...) no siendo servicios de obra alzada ni por tiempo cierto, sino remunerables por razón del tiempo en que se prestasen (...) son especialmente inaplicables los artículos 1588 y 1594 del Código, relativos a obras por ajuste o a precio alzado», en un supuesto en el que se discutía la revocabilidad del encargo de dirección facultativa de una obra, a un ingeniero civil que extingue el principal de forma unilateral, sin prestar indemnización alguna (en todo caso, finalmente sí se reconoce el «desistimiento», si bien vía mandato libremente revocable, en la –ahora– arcaica contraposición de profesiones liberales-mandato y obras manuales y mecánicas-servicios). Dicha tendencia, con alguna expresión literal de la misma (así la STS de 10 de junio de 1975 [RJ 1975/3265]), se mantendría, cada vez más reducida (y en muchos casos salvada por una extensión –no siempre razonable– de otras vías de desistimiento al principal) hasta finales del pasado siglo.

La STS de 9 de febrero de 1996 [RJ 1996/865] sobre un contrato que las partes calificaron como de servicios (y que la sentencia entiende como de contenido complejo –lo que suele ocurrir en los contratos de servicios–), entiende que se «(...) permitiría en cualquier momento al dueño del negocio incluso prescindir de la valiosa colaboración de la empresa de gestión, por mera decisión unilateral, sin necesidad de dar explicaciones, pero en todo caso, con obligación de indemnizar o de compensar al gestor en la forma prevista por el artículo 1594 CC, en definitiva, indemnizándole». Poco después, la STS 386/1997, de 12 mayo [RJ 1997\4121], en relación a un contrato de servicios de perito tasador, aun con una

---

<sup>18</sup> Como consta en *Jurisprudencia civil española (1894-1897)*, dirigido por MANRESA Y NAVARRO, J. M., Imprenta de la Revista de Legislación, 1898, pp. 39,40.

técnica acaso mejorable –pues no termina de delimitar la denuncia en casos de duración indefinida de desistimiento para contratos de duración determinada–, declara –con mucha repercusión en sentencias posteriores de las Audiencias–, que «(...) nos encontramos ante un contrato civil de arrendamiento de servicios, que se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto, por la normativa que contienen los arts. 1544 y 1583 y siguientes del Código Civil, (...) puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos (arts. 1594, 1732 y 1700 del CC)».

Desde entonces, la tendencia expansiva respecto a la aplicabilidad del desistimiento ha sido constante. Así, la STS 1103/2006, de 8 noviembre [RJ 2006\9419], tratando sobre la prestación de dirección de obra (servicio distinto del proyecto y de la propia obra, encargada a otros agentes de la construcción) establece que «fue la voluntad del contratista la de decidir su desistimiento unilateral de ella con respecto a los técnicos proyectistas en lo que afecta a su dirección, por lo que parece más correcto, llegando a esta solución, como se ha hecho, entender más correcta la aplicación del artículo 1594, aunque en otros casos distintos no lo sea». También la STS 404/2010, de 18 junio [RJ 2010\4892], sobre un contrato de servicios profesionales de arquitecto, afirma y detalla los efectos del artículo 1594 CC.

El ATS de 28 enero de 2014 [JUR 2014\46421], entrando a conocer del fondo en la medida que valora el mismo para entender inaplicable, al mismo supuesto, las sentencias aportadas en la demanda como doctrina contradictoria, mantiene «(...) estamos ante una cláusula no negociada individualmente, siendo impuesta por el demandado y es evidentemente perjudicial para el consumidor, al suponer un obstáculo serio y limitación importante al sustancial derecho al desistimiento de los contratos de arrendamiento de servicios profesionales de abogado».

En fin, el ATS de 26 de abril de 2017 [JUR 2017\99941], asume la aplicabilidad general del artículo 1594 CC a los arrendamientos de servicios, cuando niega que su contenido indemnizatorio sea imperativo: «aplicando la doctrina expuesta, la cual niega carácter imperativo al artículo 1594 CC, permitiendo que las partes puedan establecer pactos sobre los conceptos que han de ser incluidos en la indemnización prevista para los supuestos de desistimiento unilateral por la promotora en los arrendamientos de servicios».

Por su parte, la doctrina de las Audiencias también reconoce, de forma cotidiana, la facultad de desistimiento unilateral del principal de los contratos de servicios.

Aunque ya se había reconocido con anterioridad<sup>19</sup>, se hace manifiesto en la SAP de Barcelona 577/2006, de 19 de octubre [JUR 2007\140596] entiende que «En este sentido, es doctrina comúnmente admitida la que, en materia de arrendamientos de obras o servicios, viene reconociendo la facultad de desistimiento *ad nutum*, o por su sola voluntad, del principal, previsto en el artículo 1594 CC»; la SAP de Córdoba 302/2010, de 14 de diciembre [JUR 2011\391683], recoge como propia la doctrina de la AP de Barcelona, que cita: «El contrato civil de arrendamiento de servicios se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto por la normativa que contienen los artículos 1544 y 1583 y siguientes del Código Civil, predominando en la relación contractual el principio *intuitu personae*, en el que por ello la facultad implícita de su denuncia unilateral deriva de lo establecido en el artículo 1594 CC, pero sin perjuicio de indemnizar a la otra parte caso de no existir justa causa para desistir». Se ha seguido acogiendo el mismo pronunciamiento, a veces en su literalidad, hasta la SAP de Zaragoza 121/2015, de 14 de abril [JUR 2015\132635]. También, entre muchas otras –que se reproducen o citan sentencias ya citadas– la SAP de Valencia 137/2011 de 14 de marzo [JUR 2011\270849], declara que «en el campo de los contratos de arrendamiento de servicios está mayoritariamente admitida la aplicación analógica del artículo 1594 CC (arrendamiento de obra), que posibilita el desistimiento unilateral de una de las partes en este caso del cliente».

En cuanto a los pronunciamientos más recientes, para la SAP de Córdoba 82/2019, de 24 de enero [JUR 2019\66878], relativa a servicios de mantenimiento de ascensores, «participa de la naturaleza de un contrato de arrendamiento de obras y servicios, y en dicho ámbito es admisible, sin alegación ni justificación de causa, la resolución unilateral del contrato por parte de la arrendataria conforme a los arts. 1588 y 1594 Cc». Reitera en esta sentencia la doctrina expresada en otras anteriores por la misma audiencia, como la 337/2018, de 11 de mayo [JUR 2018\259949].

La SAP de Málaga 11/2018, de 12 de enero [JUR 2018\264644], en cuanto a un contrato de servicios de limpieza, también declara

<sup>19</sup> También, con anterioridad, existían pronunciamientos opuestos como el de la SAP de Sevilla 112/2010 de 9 marzo [AC 2010\1392], sobre un contrato de mantenimiento de ascensores, «la relación jurídica que vincula a las partes ha de ser calificada de contrato de arrendamiento de servicios, y no de contrato de obra, por lo que resulta inaplicable a la misma el artículo 1594». Más recientemente tales pronunciamientos son la excepción, a veces explicados por motivos distintos a la fundamentación jurídica sustantiva de la aplicabilidad del precepto. Así, aunque la SAP de Madrid 33/2016, de 3 marzo [JUR 2016\88949], parece excluir la aplicación de la norma al contrato de servicios, en rigor lo desestima por cuanto no se había planteado con anterioridad en el proceso, por lo que necesariamente habría de quedar fuera del objeto del mismo, de conformidad con el artículo 400 LEC.

«estamos ante un contrato arrendamiento de servicios que es de tracto sucesivo respecto del cual la doctrina y la jurisprudencia al igual que en relación con el del arrendamiento de obras viene reconociendo la facultad de desistimiento *ad nutum*, o por su sola voluntad del principal, previsto en el artículo 1594 CC, como derogación excepcional de la regla de inmutabilidad unilateral de los contratos que, con carácter general, se establece en el artículo 1256 del Código Civil». Reproduce así la literalidad del pronunciamiento recogido en la SAP de Vizcaya 99/2017, de 30 marzo [JUR 2017\136679]. Antes, sin embargo, la propia Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia 377/2016, de 31 mayo [JUR 2016\266280], para un contrato de proyección de obras cinematográficas al aire libre, en el que «no hay duda que (...) se trata de un arrendamiento de servicios», dispone la aplicación del artículo 1594 cc, explicando su origen, función y efectos.

La SAP de Sevilla 472/2017, de 11 diciembre [JUR 2018\86734], sobre un contrato de intermediación inmobiliaria, «la facultad de desistimiento se le concede al arrendador aun cuando los servicios se hayan comenzado a prestar (...) si otra cosa no se ha pactado». Y, si bien califica *desde luego* tal contrato como arrendamiento de obra (extremo enteramente discutible), se refiere en efecto a los servicios prestados –y no a la obra ejecutada, que no es tal–.

Asimismo, la SAP de Pontevedra 567/2016, de 5 diciembre [JUR 2017\5518], también declara que «en materia de arrendamientos de obras o servicios, se viene reconociendo la facultad de desistimiento *ad nutum*, o por su sola voluntad del principal, previsto en el artículo 1594, como derogación excepcional de la regla de inmutabilidad unilateral de los contratos que, con carácter general». Reitera así la doctrina de la propia Audiencia establecida en su sentencia 339/2016, de 27 junio [JUR 2016\188038].

La SAP de Palencia 129/2016, de 20 junio [JUR 2016\259380], aplica también el artículo 1594 CC a un contrato de suministros y servicios (suministro de equipos y tecnología y consultoría técnica para una línea de café soluble).

En fin, entre muchas otras, la SAP de Albacete 255/2015, de 15 octubre [JUR 2015\296693], acoge la pretensión de la recurrente, fundado precisamente en que «si la prestataria se compromete a prestar un servicio durante un determinado tiempo la ruptura anticipada del contrato le irroga perjuicio al no poder amortizar sus economías de inversión referidas a ese concreto contrato siendo contrario al artículo 1594 cc la posibilidad de desistir por una parte sin indemnizar a la otra parte ya que dejar al arbitrio de una sola de las partes el cumplimiento y su resolución sin causa supondría un

enriquecimiento injusto y un perjuicio por el cese prematuro de la relación contractual».

### 2.3 La necesaria aplicación del desistimiento unilateral del principal a los contratos de servicios: la indiferenciación de los efectos del incumplimiento voluntario

Se ha defendido la actual aplicabilidad, por motivos teleológicos y sistemáticos, del artículo 1594 CC a los contratos de servicios<sup>20</sup>; y, por lo tanto, la generalización de la facultad de desistimiento unilateral a todos los contratos con prestaciones de hacer. Sin embargo, aunque por esos mismos motivos se argumentara en sentido contrario, resultaría *inevitable* la aplicación de un desistimiento de esa misma naturaleza, se quiera o no ver aplicable tal norma.

Es inevitable que, como hecho posible, cualquier deudor decida no cumplir su prestación. Podrá, además, comunicarlo de forma clara y terminante a la contraparte. De ordinario, frente a tal incumplimiento el acreedor podría acudir, como remedios, al cumplimiento forzoso o a la resolución del contrato, en ambos casos además de la indemnización de los daños que en su caso hubiera sufrido, todo ello *ex* artículo 1124 CC. Sin embargo, si en estos supuestos la consecuencia de un incumplimiento como el descrito fuera esencialmente idéntica a la del desistimiento unilateral previsto en el artículo 1594 CC, sería por eso mismo inevitable el mismo, pues sin otra sanción posible sería una efectiva posibilidad para cada principal de cada contrato de servicios.

La particularidad de los contratos con prestaciones de hacer conduce a que para el prestador de las mismas resulte inane exigir el cumplimiento forzoso del contrato<sup>21</sup> sobre el principal que no quie-

<sup>20</sup> Incluso, desde su consideración originaria, la *ratio* del precepto parece íntegramente extensible al contrato de servicios. Entendía GARCÍA GOYENA que «Ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues, se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra; y al mismo tiempo se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en extremo dispendiosos. Puede también ocurrir que la obra no le sea ya útil ni necesaria», 1852, p. 486.

<sup>21</sup> Desde una perspectiva puramente teórica, cabría alguna forma de ejecución indirecta. Cabe colegir con VAQUERO PINTO cuando afirma que «*Nemo ad factum praecise cogi potest*, es decir, se prescinde del uso de la violencia para imponer el cumplimiento de deberes aun cuando éstos fueron libremente asumidos, de manera que, el interés del acreedor en el cumplimiento, que no encuentra la colaboración del deudor, se ve necesariamente sustituido por el interés a la indemnidad, imponiéndose al deudor la obligación de reparar el daño causado por la infracción de su deber», 2005, p. 340. Sin embargo, cabría la hipótesis de acudir a una ejecución en la que las sanciones pecuniarias previstas en el artículo 709 de la LEC estimularan la «recepción del servicio prestado», lo que parece absurdo en la práctica. Debería el tribunal en tales supuestos, como afirma de forma general DE

ra recibir tales actos<sup>22</sup>. Podría resultar, en primer lugar, un abuso de derecho el forzar recibir una prestación cuyo desempeño resulta inútil al principal<sup>23</sup>, a cambio de un beneficio que el prestador iba a obtener igualmente –y de forma idealmente idéntica– a través del desistimiento indemnizatorio bajo el modelo del artículo 1594 CC<sup>24</sup>.

Así, no siendo una posibilidad para el acreedor el cumplimiento forzoso del contrato, resulta la identidad de consecuencias entre supuestos de incumplimiento y desistimiento, en cuanto a la indemnidad total del prestador del servicio<sup>25</sup>. Desde esa perspectiva, el desistimiento previsto en el artículo 1594 CC, aunque unilateral y libre es responsable, se debe mantener al prestador del servicio en una situación de plena indemnidad<sup>26</sup>. El mismo contenido parece tener la indemnización derivada de la resolución contractual *ex* artículo 1124 CC, coincidentes ambos casos con el interés contractual positivo<sup>27</sup>.

---

LA OLIVA SANTOS, negar las multas coercitivas si «(...) se consideran fundadas sus alegaciones sobre motivos para negarse al hacer personalísimo o sobre el carácter no infungible o personalísimo de la obligación de hacer» 2005, p. 325.

<sup>22</sup> Cabría excepcionar determinados supuestos, en los que el prestador pudiera tener un interés legítimo –y contractualmente causalizado– en consumir la prestación. Así, por ejemplo, el artista que hubiera de actuar en un foro público; a quien la exposición pública de su interpretación también interesa de forma directa. Sin embargo, incluso en esos supuestos, cabría dudar de que se tratara en puridad de prestaciones de servicios a cambio de retribución; ya que si la actuación forma parte del interés contractual de ambos, quizá habría de contemplar la complejidad de un supuesto societario, aunque se limite a la perspectiva causal de la principalidad de la prestación.

<sup>23</sup> No parece razonable forzar al que contrató un maestro a recibir forzosamente tales clases; escuchar a quien contratara una orquesta; o forzar a ser masajeadado al principal que contrató tal prestación. En un sentido aproximado, entiende MORALES MORENO que «No teniendo el proveedor un interés distinto del de obtener la retribución del servicio (y el abono de los gastos realizados), no es una medida adecuada, tanto desde el punto de vista práctico como económico, que le imponga al cliente la ejecución completa del contrato», 2010, p. 5.

<sup>24</sup> Afirma en este mismo sentido, BELUCHE RINCÓN que «(...) a nadie se le oculta que esta regla [la del artículo 1594 Cc] conduce a idéntico resultado indemnizatorio que el que derivaría de un incumplimiento; se obliga al principal a indemnizar como lo tendría que hacer un deudor que no cumple sus obligaciones», en «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», en *RDC*, 2015, p. 112.

<sup>25</sup> Para un supuesto distinto, aunque con relevantes analogías, en cuanto a la subsistencia de las ofertas «irrevocables» y la consecuencia para el aceptante de las mismas frente al oferente que no va a cumplirlas, entiende RUIZ ARRANZ que «(...) cuando el oferente celebra un contrato incompatible con su oferta vinculante inicial, de modo que la prestación ofrecida ya no puede ser procurada al destinatario (...) En tal caso, la satisfacción del interés del acreedor destinatario de la oferta se articulará mediante el remedio indemnizatorio», *ADC*, 2018, pp. 1442-1443. Lo cual se acerca además mucho más al supuesto planteado en cuanto a la concreción del remedio indemnizatorio y su relación –aunque inversa en ambos supuestos– con la operación del reemplazo.

<sup>26</sup> «La idea básica del precepto que reiteradamente he expresado es la de que el desistimiento no debe producirse en daño o perjuicio del contratista, y en consecuencia debe éste quedar indemne», LUCAS FERNÁNDEZ, 1987.

<sup>27</sup> «(...) la doctrina española dominante opina, creo que con razón, que la indemnización de daños y perjuicios de que habla el artículo 1486.11 del Código Civil, tiene por objeto el interés contractual positivo» PANTALEÓN PRIETO, 1989, p. 1167. Más recientemente, en el mismo sentido, entiende GÓMEZ POMAR que «En Derecho español el interés

Podría defenderse que el *numerus* del artículo 1594 CC es más limitado que la universalidad de daño resarcible para la indemnización ordinaria. Sin embargo, ni es imposible una interpretación extensiva de aquella partida indemnizatoria<sup>28</sup> (o una subsunción elástica de los supuestos en las categorías propuestas); ni será sencillo que surjan daños adicionales resarcibles si se desistiese (o incumpliese) conforme a la «buena fe».

Si bien el desistimiento es libre, sin verse sujeto a la necesidad de ningún otro requisito más que la voluntad unilateral del principal, no por ello su ejercicio deja de sujetarse a las normas generales de la buena fe, y proscripción de daño ajeno<sup>29</sup>. Por ello, cuando pudiera ser previsible la causación de un daño a la contraparte, la pretensión de una extinción instantánea podría ser causa de perjuicios indemnizables. Si no se quisiesen contemplar dentro del ámbito indemnizatorio del 1594 CC, bien podrían situarse en el ámbito de la indemnización genérica del daño causado, *ex* 1902. Esta afirmación, muy matizable en cuanto se trataría del ejercicio de una facultad legítima, toma mayor sentido puesta en relación con la posibilidad –y carga– del acreedor de mitigar su propio daño, y los efectos que ello pudiera generar en cuanto a la utilidad indemnizable.

---

contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (...) Esta es hoy la opinión común entre los tratadistas españoles (...)), en «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *Indret*, 2007, p. 20. Asimismo, para GONZÁLEZ PACANOWSKA, «La opinión favorable al interés contractual positivo debe admitirse», 2013, p. 8258. En concreto, respecto a los efectos indemnizatorios del 1594, GÁLVEZ CRIADO afirma que «(...) el artículo 1594 concede al contratista, en caso de desistimiento del dueño de la obra, una indemnización en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato (el interés contractual positivo o utilidad esperada del contrato)», 2008, p. 89.

<sup>28</sup> «El artículo 1.594 enumera los conceptos más importantes por los que el contratista podría quedar lesionado en sus intereses a consecuencia de la decisión unilateral del dueño. Pero creo conforme a la *ratio* del precepto que cualquier daño o perjuicio por cualquier otro concepto que tenga por causa el desistimiento debe ser comprendido en la indemnización», LUCAS FERNÁNDEZ, 1987.

<sup>29</sup> CARRASCO PERERA: «Aunque la exigencia de un preaviso para el ejercicio del derecho de desistimiento legal o contractual solo se impone por ley en relaciones contractuales específicas, la jurisprudencia ha inferido de la regla de la buena fe que el titular del derecho está sujeto a la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte, cuando se quiere hacer valer un derecho de desistimiento *ad nutum* en un contrato de distribución o servicios. Pero se trata de una regla circunstanciada, y no siempre la buena fe exigirá un preaviso. Solo será preciso en aquellos contratos en que sea razonable esperar que la parte adversa haya incurrido en gastos para cuya amortización requiera un tiempo, o que deba buscar una ocupación alternativa a los activos liberados por el desistimiento. No hay deber de preaviso si el deudor no enfrenta costes de salida o si son mayores los costes que soporta el acreedor como consecuencia de la espera», 2017, pp. 533-534. También GALVEZ CRIADO: «ningún problema existe en someter el ejercicio del derecho de desistimiento a las reglas generales de ejercicio del derecho de desistimiento a las reglas generales de ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 Cc), ni en exigir a los contratantes unos recíprocos deberes de continuación y liquidación a los efectos del contrato», 2008, p. 52.

Respecto al mero incumplimiento, podría pensarse que siendo un acto ilícito no puede aprovecharle el preaviso. Sin embargo, el mismo deber de mitigar el daño por el mismo acreedor habría de limitar la generación de aquéllos. Así, no resulta un contrasentido el incumplir de buena fe, referido no tanto al fondo del incumplimiento –que sería igual– como al modo, y la función de optimización global de los intereses contractuales. El contratante dispuesto a incumplir podrá preavisar su intención definitiva de separarse de forma fáctica del contrato, ofreciendo incluso de forma anticipada a su contraparte la indemnización por los daños causados hasta ese momento del incumplimiento, después del preaviso razonable otorgado. Si, a partir de ahí, el acreedor generara o agravara sus daños por su inacción, podrían imputársele a sí mismo.

En suma, si como consecuencia de un incumplimiento comunicado que procure la indemnidad absoluta el prestador del servicio no perdería beneficio alguno; y al tiempo el desistimiento referido supondría indemnizar la totalidad del beneficio que el prestador habría de percibir; entonces las partidas indemnizatorias fruto del desistimiento habrían de ser esencialmente idénticas a las derivadas de un incumplimiento equivalente<sup>30</sup>.

Reconoce asimismo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo la equivalencia de efecto –que no de institución– entre la indemnización plena por incumplimiento *ex* artículo 1124 CC, y los efectos indemnizatorios completos del artículo 1594 del mismo Código.

---

<sup>30</sup> Entendiendo, además, que en poco o nada afectaría a estas afirmaciones la eventual aplicación del artículo 1107 II del Código civil a la hipótesis del incumplimiento y no a la del desistimiento, en cuanto a que «(...) la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, a la vista de la jurisprudencia reciente del TS, que raramente explota en profundidad, si es que lo hace en absoluto, las consecuencias antedichas, más allá de la cita nominal de los correspondientes preceptos (arts. 1102 y 1107)», GÓMEZ POMAR, 2007, p. 11. Asimismo, al respecto del artículo tratado, para CARRASCO PERERA «(...) la jurisprudencia no ha podido o sabido discriminar, ni seguramente ha tenido necesidad de ello, entre la exclusión de resarcibilidad fundada en el juicio de previsibilidad y la derivada de la regla de la adecuación causal», 2017, p. 1244. Sobre todo si ni siquiera parece claro si, con MORALES MORENO, se entiende la regla como un modelo de imputación objetiva del daño conforme a la teoría de la adecuación, «(...) la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, a la vista de la jurisprudencia reciente del TS, que raramente explota en profundidad, si es que lo hace en absoluto, las consecuencias antedichas, más allá de la cita nominal de los correspondientes preceptos (arts. 1102 y 1107)», 2010, pp. 178 y 179; en el sentido del *pecus morbosus* de AZZO (Cod 4, 49, *Summa Codicis*). En contra de esto último, CARRASCO PERERA entiende que «la previsibilidad es de los daños, no de la conexión causal adecuada entre éstos y el incumplimiento (...) la adecuación causal no es el objeto de la previsibilidad a la que se refiere el art. 1107», 2017, p. 1242. En el mismo sentido también para GÓMEZ POMAR «El artículo 1107 Cc afronta un problema de previsibilidad de consecuencias dañosas, no de causalidad, o de Imputación objetiva», 2007, p. 11.

La STS 1103/2006, de 8 noviembre [RJ 2006\9419], pese a lo discutible de su contenido procesal<sup>31</sup>, declara que «Lo cierto es que, en el presente caso, esa disyuntiva es, en principio, intranscendente, por cuanto al mismo resultado e indemnización se llegaría aplicando el uno (el 1594, referido al contrato de obra, en cuanto estando la misma comenzada, e incompleta, el precepto faculta al dueño de ella a desistirla unilateralmente, debiendo de indemnizar a la otra parte –el contratista, o, en su caso, el Arquitecto o Técnico que también pone su trabajo– de “todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”), o el otro (el 1124, de aplicación general a todos los contratos, sobre resolución de los mismos por incumplimiento de la parte que reclama, con indemnización de daños y perjuicios), y por cuanto la indemnización es equivalente en uno u otro caso –es decir, tanto basada en la “utilidad” dejada de obtener, como haciéndolo en el daño o perjuicio sufridos, que en la demanda se cifran como el “lucro cesante”–».

En el mismo sentido, declaró la STS 404/2010, de 18 junio [RJ 2010\4892], que «(...) el citado artículo 1594 obliga en tal caso al dueño de la obra a indemnizar al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella; de modo que, según la doctrina jurisprudencial surgida de los diversos pronunciamientos de esta Sala, el ejercicio de la facultad de “desistimiento” derivada del artículo 1594 CC tiene como contrapartida la indemnización que debe hacerse efectiva al contratista con independencia de los motivos que lo produjeron, tratándose de un resarcimiento integral del interés que el contratista tiene en el cumplimiento, de modo que habrá de ser indemnizado en su interés contractual positivo o de cumplimiento colocándole en aquella posición económica que tendría si el contrato se hubiera ejecutado, restituyéndole así todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener. Por ello esta Sala ha declarado que el concepto de utilidad a que se refiere el artículo 1594 se refiere a la de toda la obra y no solo a la de la parte utilizada, incluido lógicamente el

---

<sup>31</sup> En cuanto a la interpretación sistemática de los artículos 400.1, 209.3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, y 218.1 de la LEC; de los que deducir el objeto del proceso y el límite de la congruencia, bien conforme a la teoría de la individualización o, por el contrario, de la sustanciación de la *causa petendi*. Defendiendo cada una, respectivamente, DE LA OLIVA SANTOS, 2004, p. 459; y ORTELLS RAMOS, 2013, pp. 286-287; pues, conforme a la sentencia: «no se citan para nada, ni el artículo 1594, ni el 1124, ambos del Cc, ni otro alguno en que funde la parte su pretensión de rescisión del contrato, por incumplimiento» y «tampoco de los hechos de la demanda se deduce una u otra aplicación». El hecho de que puedan tener efectos análogos no equipara a las instituciones ni, por tanto, las hace fundamentos jurídicos equivalentes en una pretensión judicial, en cuanto a las formalidades razonables –para evitar riesgos de indefensión– establecidas en la Ley procesal. Por ello, con más tino, la STS 36/2015 de 30 de enero [RJ 2015\317], desestima la aplicación de la norma «(...) por razón de forma, al no haber sido alegado en la instancia», confirmando así la sentencia de la Audiencia que revoca la instancia, que aplicó el precepto *vía iura novit curia*.

beneficio industrial que el contratista confiaba obtener y que deberá calcularse sobre la totalidad de la obra proyectada y no solo sobre la parte ejecutada descontando el beneficio efectivamente obtenido por la eventual realización de parte de la obra y cobro del precio correspondiente a la misma. Se trata, en definitiva, de que el contratista quede indemne en cuanto a los efectos económicos que suponga la decisión unilateral de la contraparte, lo que significa que haya de percibir también la ganancia dejada de obtener».

Asimismo, para aclarar el término *utilidad* del artículo 1594 CC, que acaso podría resultar dudoso en cuanto a su equiparación al lucro cesante propio del interés contractual positivo, la STS 318/2012, de 24 de mayo [RJ 2012\6538], declara que «En ocasiones el «lucro cesante» no necesita ser probado porque claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato. Así ocurre en los contratos de ejecución de obra en los cuales quien se compromete a ejecutarla lo hace a cambio de un precio en el que se incluye un justo beneficio llamado a retribuir adecuadamente su actuación profesional; beneficio que lógicamente deja de percibirse si la obra no llega a ejecutarse. Puede citarse al respecto la norma del artículo 1594 CC, referida al «desistimiento» del dueño de la obra, que obliga a indemnizar al contratista, entre otros conceptos, por la “utilidad” que pudiera obtener de ella que, según ha declarado esta Sala, se refiere a toda la obra y no solo a la parte realizada incluido el beneficio industrial que el contratista confiaba obtener y que deberá calcularse también sobre la totalidad de la obra proyectada».

Con anterioridad, la STS 474/1993, de 13 de mayo [RJ 1993/3546], también había entendido que: «si la calificación de la Sala de instancia acerca de la conducta del dueño de la obra (...) fuere, en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión, dado que los daños y perjuicios probados serían solo el beneficio industrial, con lo que se desembocaría en igual resultado, toda vez que los hechos obligarían al Tribunal a dar respuesta por el cauce del artículo 1124, máxime, cuando el resarcimiento de dicho precepto comprende tanto al *damnum emergens*, como el *lucrus cesam*, concepto este segundo que engloba la “utilidad” de que habla el 1594 (...)». Asimismo, ya la STS de 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6766], sin comparar ambos preceptos, sienta para el contenido indemnizatorio del artículo 1594 CC: «(...) la facultad del artículo 1594 pasa por la más perfecta indemnidad del contratista (...)». En el mismo sentido la STS de 10 de marzo de 1979 [RJ 1979\858]: «(...) el dueño que desiste de la construcción de la obra, viene obligado a

dejar indemne al contratista, es decir, a que el patrimonio de este no sufra menoscabo alguno como consecuencia de aquel desistimiento (...).».

Existen también resoluciones contrarias a la equiparación de efectos, pero no siempre se concretan los efectos de tales conclusiones más allá de la mera declaración. Así, para la STS de 8 de julio de 1983 [RJ 1983\4203]: «el desistimiento unilateral del principal y la obligada indemnidad del contratista a tenor del artículo 1594 responde a una situación distinta a la de resolución del contrato conforme a lo pactado o por aplicación del artículo 1124, diversidad de hipótesis que no consiente asimilar ni confundir ambos preceptos, por lo mismo que responden a heterogéneos presupuestos, como también son disímiles sus consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones», lo que empero no aclara cuáles podrían ser tales diferencias. Repiten la misma literalidad, y la misma carencia de desarrollo, otras resoluciones<sup>32</sup>, sin aplicar empero diferencias específicas en la cuantificación o determinación de la partida indemnizatoria (pues el resto de diferencias en cuanto a concepto, función y requisitos sí parecen claros).

Sí diferencia en cambio los efectos entre desistimiento y resolución la Sentencia 415/2009, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Burgos [AC\2009\2400]. Se manifiesta, sin embargo, el absurdo de la decisión cuando ésta cuantifica las consecuencias indemnizatorias por incumplimiento en 6.000 €; aceptando en cambio la cuantificación de la legítima facultad de desistimiento en 59.250 €. Una misma conducta, que según el juzgador es la que es al margen de como la denomine quien la ejerza<sup>33</sup>, puede llevar a consecuencias indemnizatorias tan dispares. Y la paradoja resulta de que, si esa misma conducta se califica como el ejercicio de una facultad legítima se deriva una indemnización que es casi un 1000% superior a la que resultaría de una calificación que la entendiera un incumplimiento deliberado e ilegítimo.

<sup>32</sup> Así las SSTS 54/2010, de 19 de febrero [RJ 2000\1788]—aunque con esta referencia están indexadas dos sentencias diferentes—; 815/2000, de 28 de julio [RJ 2000\6202]; o otras de las Audiencias Provinciales, hasta la práctica actualidad en la SAP de Asturias 191/2017, de 10 de julio [JUR 2017\224641].

<sup>33</sup> «(...) en este caso en el que se discute si existe un desistimiento o una denuncia de resolución del contrato el tribunal no está vinculado por la calificación que la parte haga de sus actos (...) mediando incumplimiento de una de las partes, lo que cuadra mejor con los términos de la carta es la intención de resolver el contrato, no de desistir». Parece tenue ese criterio interpretativo que, para el mismo acto, pueda generar tamaña diferencia indemnizatoria. De hecho, bien puede plantearse una situación en la que el principal ni siquiera sepa cuál es la base jurídica de su acción (y aunque en esos supuestos cabría inclinarse hacia el incumplimiento—por cuanto la regla general la obligatoriedad de la prestación—, bien podrían concurrir los intereses y razones que informan la *ratio* del desistimiento; sobre todo cuando quien desista no sea el demandante—y, por ende, soporte las cargas procesales de alegación y prueba—).

Esta equiparación de resultados puede llevar a la necesidad de entender inevitable la aplicación, por una u otra vía, del desistimiento unilateral del principal que no quiera recibir el servicio. Desde ahí, antes que consolidar la normalización de una suerte de «facultad de incumplimiento», inexistente –aún– en nuestro sistema; parece más razonable, existiendo una analogía cualificada para poder hacerlo –cuando no una directa aplicación–, utilizar la vía del artículo 1594 CC.

Puede parecer contraintuitivo, de conformidad con el sistema general, que los efectos de un incumplimiento equivalgan a una facultad legítima. Sin embargo, cabe pensar que es así porque, en este supuesto verdaderamente no cabe un incumplimiento en los términos apuntados. Y, cuando el incumplimiento sea distinto, aunque variase solamente la comunicación inmediata o previa al prestador del servicio, ya las consecuencias sí podrían ser diversas. No en vano, aunque la hipótesis general del interés positivo sea la misma; la carga del acreedor de mitigar su propio daño, en conjunción con tal comunicación previa y sobre cualquier prestación profesional ofrecida en un mercado abierto en el que quepa proyectar el tiempo y recursos sobre otros clientes, será la que pueda marcar la diferencia, en unos resultados indemnizatorios muy mitigados.

### 3. ALGUNOS MODELOS POSIBLES DE REFERENCIA

#### 3.1 Derecho comparado vigente

En *Francia*, de cuya tradición –y texto– resulta deudor nuestro artículo 1594, el artículo 1794 de su Code civil<sup>34</sup>, recoge su mismo contenido<sup>35</sup> y potencial proyección<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> «Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise».

<sup>35</sup> Ya interpretaba POTHIER que «Por lo que hace al locador, siempre que crea conveniente el que no se haga la obra que había encargado, puede separarse del contrato, advirtiéndoselo al conductor é indemnizándole (...) si yo por mi parte puedo separarme del contrato, podrá el empresario por la suya pedir una justa indemnización de los perjuicios que le acarrea la falta de cumplimiento de lo convenido (...) Débese asimismo comprender en los daños y perjuicios del empresario la ganancia, que hubiera podido hacer con otras contratas, que le ha impedido verificar aquella cuya disolución se pide», 1841, pp. 198-199.

<sup>36</sup> Si bien la extensión del mismo encuentra, en Francia, un estadio primero cual es su predicar su aplicabilidad no solo a contratos de obra con precio fijo, sino también a aquellos por pieza o medida. En todo caso, aun con diferentes intensidades, han afirmado una interpretación expansiva (desde una posición no unívoca en la doctrina francesa) desde DEMOGUE, R., para el que «Une fois sorti des termes étroits du texte, rien ne nous empêche d'aller plus loin et de généraliser tout à fait. Dans tous ces cas que j'ai dénommés contrats d'aide, pourquoi ne pas étendre la faculté de l'article 1704 ? Les raisons pratiques sont les

Para el *Derecho italiano*, el artículo 1671 del *Codice civile*<sup>37</sup> establece una norma prácticamente igual que el artículo 1594 de nuestro Código, aplicable en su caso también, de forma típica, a prestaciones de servicios. Por ello, además de confirmar la posibilidad, idoneidad y práctica de tal solución, permite explorar una doctrina plenamente aplicable.

En tal sentido, no parece haber duda de que se trata, al igual que en el caso español, de una facultad que asiste únicamente al principal<sup>38</sup>. También, por más que no se trate de un incumplimiento, sus consecuencias sí resultan paralelas en general<sup>39</sup>; pudiendo no obstante matizarse también los concretos efectos indemnizatorios con las particularidades propias de la situación generada por el desistimiento<sup>40</sup>. De hecho, hasta la perspectiva que entiende que la apli-

---

mêmes. Pourquoi n'oser affirmer sur un point nouveau non réglé par la loi que si l'on sent un texte tout proche?», *RTDCiv.*, 1907, p. 245. Propone también la extensión del ámbito de aplicación del precepto DURAND-PASQUIER, 2005.

<sup>37</sup> Artículo 1671. Recesso unilaterale dal contratto. Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

<sup>38</sup> Ya afirmaba RUBINO que «Nell'appalto è consentito il recesso unilaterale dal contratto, ma questa facoltà è attribuita di regola solo al principal», 1946, p. 440. Ello además, con la misma finalidad apuntada –distinta asimismo de la denuncia en los contratos de duración indeterminada–: «È opinione pacifica, ed esatta, che nell'appalto il recesso assolve ad una funzione, ed è giustificato da esigenze, completamente diverse che nei contratti di durata (...) con questa norma la legge ha voluto tutelare l'interesse, che ad un certo punto può sorgere nel committente, a che non venga più eseguita l'opera o il servizio», p. 441. Lo afirma del mismo modo la jurisprudencia: «(...) non è configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera, avendo, egli, diritto solo all'indennizzo previsto (...)» *Cass. civ. n. 11642/2003*, de 29 de julio.

<sup>39</sup> «Quanto all'«indennizzo» (...) ex art. 1671 «equivale», né più né meno, ad un inadempimento», en GUERRINI, *Rivista di diritto privato*, 1/2015, p. 82. También para RUBINO «(...) le conseguenze sono sostanzialmente quelle stesse della risoluzione per inadempimento», 1946, p. 441. Asimismo, para ROSITO: «La liquidazione prevista a favore dell'appaltatore (...) si ammette il ricorso ai medesimi principi che regolamentano il risarcimento del danno da inadempimento (...) la domanda dell'appaltatore di essere tenuto indenne dal committente avvalso del diritto di recesso», 2016, p. 373. Aunque la norma impone al principal la indemnización, entiende la jurisprudencia italiana que la carga de la prueba de la ganancia perdida es del prestador, pudiendo además el principal probar por su parte que no ha existido empobrecimiento (lo que abre también la puerta a aducir supuestos en los que, para prestadores profesionales, los negocios de sustitución limitarán notablemente la utilidad que pudieron efectivamente perder): «In ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto, ai sensi dell'art. 1671 Cc, grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi», *Cass. civ. n. 9132/2012*, de 6 de junio.

<sup>40</sup> Entiende BATELLI al respecto que «(...) il committente non è tenuto a fornire una giusta causa, ma se questa sussiste (...) sarà determinante nella quantificazione dell'ammontare indennitario che potrà essere inferiore a quello altrimenti spettante all'appaltante o interamente compensato dall'entità dei danni subiti dal principal», en «La disciplina del recesso», 2011, p. 246. En el mismo sentido, «(...) il contratto si scioglie

cabilidad de esta facultad al principal de los servicios resulta una consecuencia sistemática inevitable también es perceptible en el caso italiano, resultando por ello una facultad imperativa<sup>41</sup>, en la generalidad de los supuestos.

*Portugal* cuenta en su Código civil con una solución de desistimiento general para los contratos de servicios, vehiculizada a través de su contrato de mandato<sup>42</sup>, en el artículo 1172 de su Código civil<sup>43</sup>. Configura tal disposición, en la que el principal de un servicio decide unilateralmente, *ad nutum*, terminar la relación contractual, como un incumplimiento *lícito*<sup>44</sup>. Una facultad, por lo tanto, general para las prestaciones de hacer<sup>45</sup>, vinculada empero a sus consecuencias indemnizatorias<sup>46</sup>.

---

senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento, le quali sono rilevanti soltanto quando il committente, pretenda dall'appaltatore il risarcimento del danno per inadempimento, nonostante questi abbia esercitato il suo diritto potestativo di recedere dal contratto». Cass. civ. n. 2130/2017, de 27 de enero.

<sup>41</sup> En tal sentido afirma Guerrini que «Merita, pertanto, adesione l'opinione che afferma che il recesso discrezionale accordato al comittente sottende un principio di ordine pubblico economico, come tale inderogabile, e, alla luce di ciò, qualifica come nulle, e dunque inefficaci, le clausole che escludono tale diritto, così come quelle che ne limitano l'esercizio al rispetto di termini o condizioni», 2015, p. 81; matizando después, de forma consistente también con cuanto se ha afirmado con anterioridad, que sí podría limitarse la desistibilidad cuando la ejecución de la prestación suponga un interés no solo del principal, sino del propio prestatario o de un tercero.

<sup>42</sup> En cuanto a que, si bien el Código civil portugués sí nomina el contrato de prestación de servicios, en su artículo 1154 («Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição»); el artículo 1156 del mismo texto remite al mandato en cuanto a la regulación del mismo («As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente»).

<sup>43</sup> «A parte que revogar o contrato deve indemnizar a outra do prejuízo que esta sofrer (...) c) Se a revogação proceder do mandante e versar sobre mandato oneroso, sempre que o mandato tenha sido conferido por certo tempo ou para determinado assunto, ou que o mandante o revogue sem a antecedência conveniente».

<sup>44</sup> Explica Farrajota que «(...) nos casos previstos nas alíneas b), c) e d) do artigo 1172º do CC, nos encontramos perante situações de incumprimento pela parte que revoga o contrato de mandato. Trata-se todavia de situações em que o incumprimento é tolerado pela lei (...) não sendo assim o direito de livre revogabilidade do contrato, consagrado no n.º 1 do artigo 1170º, posto em causa: a contraparte não tem direito ao cumprimento do contrato, mas apenas a uma indemnização. É neste contexto que parte da doutrina entende que nos encontramos, nestes casos, perante um incumprimento lícito», 2013, p. 113.

<sup>45</sup> Así lo reconoce expresamente el *Acórdão* STJ 4865/07.7TVLSB. L1. S1, de 7 de julio de 2010, en cuanto a la calificación de los contratos de servicios, su inclusión en el régimen general del mandato y, específicamente, en el ámbito del desistimiento del artículo 1172, letra c, del Código civil. Afirma, entre otros extremos, que «basta o preenchimento de um dos requisitos previstos na alínea c) do art. 1172º do Código Civil, que na situação em apreço é a de nos confrontarmos com a revogação unilateral de um contrato de prestação de serviço «para determinado assunto», para que a parte que o revogar tenha a obrigação de indemnizar a outra parte».

<sup>46</sup> Abunda en cuanto a la interpretación de este contenido indemnizatorio el *Acórdão* STJ 4747/07.2TVLSB. L1. S1, de 5 de febrero de 2015, declarando que el lucro cesante —en el sentido de utilidad perdida, de la norma española— equivaldrá a la diferencia entre la situación patrimonial que existiría si el contrato se hubiera ejecutado íntegramente y la

El *BGB alemán*, en su § 648<sup>47</sup> –aplicable a un concepto extenso de obra, de conformidad con el § 631(2)– recoge el derecho de desistimiento del cliente. Si bien podría parecer que tal norma sustituye la indemnización por el efectivo pago de la retribución pactada, como refiere, matiza después este *quantum* al resultado de restar a tal precio los gastos no realizados, con una presunción *iuris tantum* de una utilidad –indemnizable– del cinco por ciento.

Resulta más difícil plantear esta cuestión, en los mismos términos, en el ámbito del Common Law. No en vano, partiendo su sistema de un principio general excluyente de la ejecución forzosa de la prestación<sup>48</sup> (o, más quizá de forma más exacta, la consideración de que ha de demostrarse la inidoneidad del remedio indemnizatorio para poder valorar entonces si pudiese proceder algún tipo de cumplimiento específico<sup>49</sup>); el hecho de que una parte pueda desistir del contrato, pagando por ello una indemnización, se acerca mucho más a la norma<sup>50</sup>, sin perjuicio de sus posibles excepciones<sup>51</sup>.

---

resultante de la terminación anticipada, debiendo remitirse en cuanto al daño emergente a criterios de probabilidad y previsibilidad, que deberán ser probados.

<sup>47</sup> Tradicionalmente §649, reenumerado como §648a desde el 1 de enero de 2018.

<sup>48</sup> Para Rowan, «Even the most cursory analysis of the criteria which must be satisfied before a court will order specific performance can leave Little room for doubt that English law is generally reluctant to compel a party in breach of contract to perform a non-monetary obligation», 2011, p. 25. Asimismo, para Burrows «(...) if whether a plaintiff has a free choice between claiming specific enforcement or compensation. In English law the answer is “no”», 1998, p. 137.

<sup>49</sup> En cuanto a que, como afirma Rowan, «As with specific performance, the single biggest obstacle to mandatory injunctive relief being granted is the condition that damages must be inadequate to protect the expectations of the injured promisee», 2011, p. 31; sin dejar de partir de que, en todo caso, «(...) the threshold for an award of specific performance or a mandatory injunction is deliberately high» p. 36.

<sup>50</sup> Desde la perspectiva del realismo jurídico americano, ya afirmaba HOLMES que «Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so-called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at com-mon law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it—and nothing else», 1897, p. 5. Más reciente, también respecto al Derecho norteamericano, de forma más matizada, para Farnsworth «(...) the injured party can always claim damages for breach of contract, that party’s right to specific relief as an alternative is much more limited» 2010, p. 162. Norma asimismo incluida, como genera, en el *Restatement (2<sup>nd</sup>) of the Law of Contracts*, § 359: «Effect of Adequacy of Damages (1) Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party (...)».

<sup>51</sup> En el sentido apuntado por Smith de «(...) a view of contract that implies that the plaintiff’s right to performance is a patrimonial entitlement (...) specific performance (...) prevents a defendant from expropriating a plaintiff’s patrimonial entitlement to performance», 2005, p. 232 y 233. Entiende el autor que el *Common Law* puede estar apuntando una tendencia de aproximación a un sistema más continental en cuanto a la consideración de la prestación forzosa: «This arguably is part of a lengthy process in which the remedial incidents of contract rights are being assimilated to those of real rights in tangible things (...) specific performance, while formally a supplementary remedy in the common law tradition, is becoming more widely available, even to the point where it might be seen to be the default remedy for breach of contract, as it is in the civil law tradition», p. 232. Y, aunque no sea imposible que pueda tenderse en esa dirección, ni parece una afirmación indiscutida, ni tampoco resulta imposible que tal avance se conjugue con un pragmatismo en el que

Desde esa perspectiva, confirmada por el *Case Law* preponderante, y más en supuestos relativos a prestaciones continuadas –como las típicas de servicios–<sup>52</sup>; para el desistimiento unilateral del principal de un contrato con prestaciones de hacer; parece que el interés del prestador del servicio quedaría naturalmente satisfecho por una indemnización de los beneficios que éste hubiese obtenido. Remedio *adecuado* a los daños que tal terminación unilateral habría de producir. Ello sin perjuicio de que, en las hipótesis singulares –como en los supuestos en los que el prestador del servicio tiene un interés específico, causalizado<sup>53</sup>–, en su propia actuación–, pudiesen existir excepciones, en las que el cumplimiento específico podría ser *adecuado*.

En ultramar, resulta interesante la comparación de Chile con el sistema español, por cuanto también parten de una laguna equiparable en cuanto a la adecuada y moderna regulación del contrato de servicios<sup>54</sup>, necesitando refugiarse en una analogía a medio camino entre el mandato y modalidades de arrendamientos de obra y de servicios<sup>55</sup>. Pese a ello, también se entiende

---

la ejecución forzosa no sea regla general ni facultad efectiva, sino opción posible a tenor del resto de circunstancias, cuando el resto no resulten efectivas o hasta puedan entenderse como un abuso del incumplidor.

<sup>52</sup> En cuanto a que, como entendió Lord Hoffmann en *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd.*, 1998 AC, 1 –como el caso quizá más influyente en los últimos tiempos, a este respecto–, «The most frequent reason given in the cases for declining to order someone to carry on a business is that it would require constant supervision by the court (...) It is the possibility of the court having to give an indefinite series of such rulings in order to ensure the execution of the order which has been regarded as undesirable». Ya lo había entendido de este modo Lord Dixon en *J. C. Williamson Ltd. v. Lukey and Mulholland*, 1931 45 C. L. R.: «(...) specific performance is inapplicable when the continued supervision of the court is necessary to ensure the fulfilment of the contract».

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, el artista que no solo se obliga a realizar su actuación artística como prestación debida, sino que la facultad de actuar supone también su situación activa en la relación contractual.

<sup>54</sup> «(...) la regulación que ofrece el Código Civil chileno es, debido a las bases sobre las que se construye, una regulación inadecuada e insuficiente», como expresa SEVERIN FUSTER, *Revista Ius et Praxis*, 2018, p. 304; habiendo profundizado el mismo autor en las raíces romanas del modelo, «el de la *locatio conductio*, en el que se halla la base de la aproximación legal que adoptaron la mayoría de los códigos civiles decimonónicos (...)», en «Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho romano. Algunos aspectos relevantes de la *locatio conductio*», en *Revista de Derecho*, 2015; concretando, entre otros, en el supuesto del Código español y el chileno en las pp. 360-361. Asimismo, para Brantt Zumarán y Mejías Alonzo «(...) el contrato de servicios en nuestro derecho es en rigor atípico, en tanto carece de una reglamentación sistemática destinada especialmente a fijar su régimen supletorio», en «El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento», *RDPUCV*, 2016, p. 75.

<sup>55</sup> Entienden Brantt Zumarán y Mejías Alonzo que «Para la construcción del régimen supletorio aplicable a los contratos de servicios, como ya se dijo, encontramos una pluralidad de regímenes o normas posiblemente aplicables en algún sentido cuyo alcance es necesario precisar (...) Las alusiones genéricas que mayoritariamente hace la doctrina a las reglas del mandato y arrendamiento deja sin respuesta adecuada una serie de interrogantes (...) En particular acudiríamos al contrato de prestación de servicios profesio-

posible el desistimiento unilateral del principal, fundándose, entre otros argumentos y fuentes, sobre las bases del mandato<sup>56</sup>, y del arrendamiento de servicios inmateriales<sup>57</sup> para el que el artículo 2009 de su Código civil<sup>58</sup> dispone la facultad de desistimiento –si bien de ambas partes–; además de lo dispuesto en el artículo 1999 del mismo Código<sup>59</sup>, que expresamente prevé la indemnización como consecuencia del ejercicio de una *facultad* de desistir del principal de una obra material. Las vías anteriores, como fuente de un principio general de desistibilidad de los contratos de servicios, han tenido eco también en la jurisprudencia chilena<sup>60</sup>.

nales y al contrato de prestación de servicios de ejecución de una obra material. El interés en estos modelos obedece a que creemos que gran parte de la prestación de servicios, regidos por el Código civil, pueden ser subsumidas en estos contratos», 2016, pp. 76-77.

<sup>56</sup> Defiende Severin Fuster, en relación a ello, que «(...) el derecho a revocar [el mandato] deriva, *principalmente*, del reconocimiento de que el mandato no obedece a la lógica de los contratos de intercambio, y al hecho de que en este contrato el objeto es un negocio que *naturalmente interesa al mandante*, interés que, *por la razón que sea*, puede decaer. De ahí que la revocabilidad sea la regla para los casos en los que el negocio no interesa al mandatario o a terceros. Y vale tener presente que no basta el hecho de que el mandato sea remunerado para entender que el mandato se ha otorgado también e interés del mandatario (...) [pesan] sobre el mandante que revoca algunas cargas, deberes u obligaciones (...) debe pagar una parte proporcional de los honorarios, obligación que la ley no prevé expresamente, pero que puede desprenderse de la propia regulación del contrato de mandato, como se ha defendido por la doctrina, y en alguna sentencia», en «El derecho al desistimiento unilateral...», 2018, pp. 314-315.

<sup>57</sup> De nuevo, para Severin Fuster, G., «no se trata –no al menos necesariamente– de una cuestión de pérdida de confianza; ni se requiere un incumplimiento por parte del prestador del servicio (...) la ley reconoce, que ese servicio inmaterial, con esas características, está adaptado a las necesidades y deseos del cliente, y por tanto, que ha de permitírsele ponerle fin, sin necesidad de expresar causa», 2018, p. 318.

<sup>58</sup> «Cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado. Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en éste no se haya estipulado desahucio, y la anticipación será de medio período a lo menos».

<sup>59</sup> «Habrà lugar a la reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiera podido ganar en la obra».

<sup>60</sup> En este sentido, aunque la sentencia trate muchas otras cuestiones –procesales y sustantivas–, y la afirmación pueda parecer complementaria, se pronuncia la Resolución núm. 438081, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de mayo de 2016 (causa civil núm. 10066/2015). Para un supuesto en el que el demandante pretende resarcimiento por lucro cesante, daño moral y honorarios del mes en curso cuando el principal terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios, con «fundamento central de sus pretensiones radica en el incumplimiento que atribuye al actuar de la demandada al poner término anticipadamente, unilateralmente y sin una sentencia judicial previa que así lo declarara, al vínculo contractual», afirma la sentencia –amén de otros pronunciamientos– que «(...) considerando la naturaleza del contrato, prestación de servicios, la demanda se encontraba habilitada para ponerle término, como lo prevé el artículo 2009 del Código civil»; reiterando la aplicación del precepto como *ratio decidendi* sustantiva principal de el fallo.

En suma, de uno u otro modo, con regímenes heterogéneos, en contenidos y momentos, o bien se reconoce de forma expresa esta facultad de desistimiento; o bien la misma se abre camino a cada paso que los servicios avanzan en las sociedades actuales como una modalidad contractual cada vez más relevante –en determinados sectores hasta en la principal–. Tal común sentido, al margen de lo demás, apunta no solo hacia lo razonable de la dirección, sino hasta a lo inevitable de la misma.

### 3.2 Propuestas de modernización europeas

Si del estudio de las instituciones y las legislaciones puede inferirse, cuando menos, una pulsión decidida hacia el desistimiento unilateral del principal de prestaciones de servicios; las propuestas de modernización no solo recogen tal principio, sino que han propuesto para el mismo, modelos de formas y efectos concretos.

#### 3.2.1 PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: SERVICE CONTRACTS<sup>61</sup>

En los *PEL SC* se recoge de forma expresa el desistimiento del principal de los contratos de servicios, en su artículo 1:115<sup>62</sup>. La norma establece, como base, la facultad del cliente para desistir<sup>63</sup> *ad nutum*, anudando empero a su ejercicio efectos indemnizatorios. Los daños a indemnizar vendrán a coincidir

<sup>61</sup> Redactados por el *Study Group on a European Civil Code*, y editados por BARENDRECHT, *et alii*, como *Principles of European Law. Service Contracts*, Sellier, Múnich, 2007.

<sup>62</sup> «1:115: Cancellation of the Service Contract. (1) The client may cancel the contract at any time. (2) If the contract is cancelled under this Article the service provider is entitled to damages to put the service provider as nearly as possible into the position in which the service provider would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the service provider has suffered and the gain of which the service provider has been deprived. (3) In determining the position into which the service provider is to be put under paragraph (2), regard is to be had, among other things, to the following rules: (a) if payment of a Price was agreed, the service provider is entitled to that price minus the expenses that should reasonably have been saved and the benefit that could reasonably have been earned using the capacity that has become available; (b) if payment of a fee based on a particular rate was agreed, the service provider is entitled to payment of the fee on the basis of that rate, to the extent that the service has already been performed; and (c) if payment of a fee based on a «no cure no pay» basis was agreed, the service provider is entitled to payment of both the reasonable cost incurred, to the extent that the service has already been performed, and to the gain of which the service provider has been deprived as a result of the cancellation.

<sup>63</sup> «Cancellation is therefore not to be regarded as a remedy. It is basically the recognition of the client's right no longer to want the service to be performed even though the service provider is adequately performing his obligations under the contract», BARENDRECHT, 2007, p. 300.

con el interés positivo del contrato que, sin embargo, viene muy matizado en el precepto, con una serie de reglas de determinación –*numerus apertus*–. Se intenta así prever situaciones específicas, entendidas como naturales a la circunstancia, sin perjuicio de que la consecuencia indemnizatoria normal del ejercicio de la facultad sea la general para los supuestos de incumplimiento<sup>64</sup>.

Aunque el fundamento de tal facultad pueda encontrarse en el interés preponderante del principal frente al prestador –que habrá de quedar igualmente indemne–, resulta llamativo que los redactores sustenten tal especialidad de los contratos de servicios en la mayor dificultad del principal no interesado de transformar la prestación que recibe en otro tipo de utilidad, distinta a la pérdida<sup>65</sup>.

### 3.2.2 DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE<sup>66</sup>

El *DCFR* establece, también para el contrato de servicios, la facultad del principal de terminar el contrato *ad nutum*<sup>67</sup>, una vez lo notifique de forma recepticia a la contraparte<sup>68</sup>. Se establece la

<sup>64</sup> «(...) the general principle in this respect, consistent with the approach taken in Article 9:502 PECL (General Measure of Damages)», BARENDRECHT, 2007, p. 301.

<sup>65</sup> Es decir, el comprador de un objeto que ya no le interesa, siempre podrá revenderlo, arrendarlo u obtener otro tipo de utilidad. «(...) this situation [la pérdida del interés del cliente en la prestación] could also arise under any other type of contract –for instance a sales contract– but in such a case a client sometimes has other options to deal with the new situation, without having to cancel the contract. He could for instance still perform his part of the sales contract, and subsequently resell the good in order to safeguard his financial interests», BARENDRECHT, 2007, pp. 301-302.

<sup>66</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law*, Sellier, Munich, 2009.

<sup>67</sup> IV. C. 2:111: Client's right to terminate (1) The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider. (2) The effects of termination are governed by III. 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3). (3) When the client was justified in terminating the relationship no damages are payable for so doing. (4) When the client was not justified in terminating the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III. (5) For the purposes of this Article, the client is justified in terminating the relationship if the client: (a) was entitled to terminate the relationship under the express terms of the contract and observed any requirements laid down in the contract for doing so; (b) was entitled to terminate the relationship under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination); or (c) was entitled to terminate the relationship under III. 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (2) and gave a reasonable period of notice as required by that provision.

<sup>68</sup> Entiende De Barrón Arniches que «(...) en el DCFR este derecho lleva consigo una obligación de preaviso, como un mecanismo dirigido, precisamente, a paliar el perjuicio causado al profesional con la decisión del cliente», *Boletín*, 2011. No obstante, no estableciendo plazo alguno, ni siquiera un plazo «razonable» –como sí se establece en el art. III. 1:109 DCFR para la denuncia de contratos de duración indefinida–, parece válido un preaviso inmediato, incapaz de neutralizar ningún daño. Acaso puede tratarse, más bien, de una exigencia de seguridad y certeza para el prestador,

indemnización ordinaria, propia del incumplimiento, como consecuencia natural del desistimiento. No obstante, menciona de forma conjunta en el mismo precepto la categoría de «desistimiento justificado» –que se aplicará a otras situaciones, como la previsión expresa de desistimiento en el contrato, o la denuncia en las relaciones contractuales indefinidas–. Finalmente, en cuanto a los efectos de la extinción, se remite a las reglas generales previstas en el libro anterior.

Si en vez de desistir la parte hubiera decidido manifestar su decisión de incumplir definitivamente, no desarrolla el precepto, en apariencia ni fondo, la responsabilidad por los daños causados en verdadera contraposición a la responsabilidad por incumplimiento. Únicamente se distancia del incumplimiento responsable en la imposibilidad de acudir, como remedio del mismo, a la ejecución forzosa de la prestación.

Incluso, la diferencia dada por la ejecución forzosa queda atenuada hasta la práctica inexistencia en la medida que el propio texto condiciona la misma, para la obligación de pago, a la realización de la propia prestación<sup>69</sup> (que, por la oposición del deudor, no se habría podido ejecutar). Además, dicha prestación expresamente no podrá imponerse, al margen de resarcimiento de los daños sufridos, si no es razonable que la contraparte tenga que soportar, coactivamente, el servicio del que pretende desistirse (como dispone el apartado (b) del art III– 3:301 (2)). Tampoco sería posible cuando la prestación sea fungible en un ámbito del mercado en el que sea viable, conforme al esfuerzo exigible encontrar un negocio de sustitución para el desistido.

Puestas en relación las normas de terminación unilateral del contrato con los límites citados respecto de la ejecución forzosa, cualquier desistimiento –sin necesidad de justificación alguna– conllevaría únicamente una indemnización por los daños causados. Además, podría quedar limitada, sobre todo en los supuestos de prestaciones de servicios profesionales fungibles en el mercado. En los supuestos en los que el prestador del servicio haya

---

para el que no se habrá extinguido la relación en tanto no le sea notificado –sin perjuicio de que este mecanismo, sin duda, palia los potenciales perjuicios que este pueda sufrir; pero teniendo otros efectos como la determinación del momento de extinción de la relación–.

<sup>69</sup> III. 3:301: Enforcement of monetary obligations (1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due. (2) Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless: (a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or (b) performance would be unreasonable in the circumstances.

realizado un negocio de sustitución<sup>70</sup>, o en los que pudiera realizarlo<sup>71</sup>, la cuantía de la indemnización podría reducirse, conforme a lo previsto en el DCFR, incluso más allá de la utilidad proyectada sobre el negocio inicial (supuestos en los que se habría de ser especialmente cauteloso en no preterir los costes de transacción y otras circunstancias indirectas no siempre sencillas de individualizar).

Parece que la verdadera función del precepto, más allá de especificar las consecuencias de la aplicación de otras normas<sup>72</sup>, reside en el propio título de la norma, como «*Derecho de desistimiento del principal*»<sup>73</sup>. Configura así no solo un acto lícito, sino un verdadero derecho subjetivo, aunque mantenga consecuencias indemnizatorias<sup>74</sup>. Cuestión distinta es si esta calificación acaba tenien-

---

<sup>70</sup> III. 3:706: Substitute transaction A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss. Aunque el contenido de estos preceptos está previsto para supuestos de resolución, la remisión en sede de desistimiento del artículo IV. C. -2:111, habría de bastar para aplicarlo en dichos casos—pues, de otra forma, resultaría notablemente ilógico que hubiese de indemnizarse más por desistimiento que por incumplimiento, confrontando además las resultas de dicha aplicación a la proscripción de enriquecimiento injusto previsto en el Libro VII del DCFR.

<sup>71</sup> III. 3:705: Reduction of loss (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss. De forma que, el prestador de servicios profesional en un mercado abierto que se negase a realizar negocios de sustitución bien podría estar agravando su propio daño, con las consecuencias aludidas.

<sup>72</sup> Se reconoce de forma directa en los propios comentarios del DCFR: «The actual results under the system adopted in the Article will in most cases be the same as the results which would be reached by saying that the client had no right to terminate without case (...) the client could still in practice repudiate the contract and withdraw co-operation (...) the client would then have to pay damages, on exactly the same basis, for non-performance (...)», VON BAR y CLIVE 2009, p. 1697. Se pretende después dotar de valor al precepto en relación a los supuestos excepcionales («some unusual type of case») en los que pudiera imponerse la prestación forzosa al cliente. Sin embargo, toda vez que solo podrá hacerse en supuestos en los que sea «razonable», parece que el problema se conjura por sí mismo y, de hecho, permitiría que en determinados casos extremos en los que la prestación del servicio pudiera llegar a ser interés prevalente del prestador, llegasen a realizarse.

<sup>73</sup> Para De Barrón Arniches, «(...) parece que el fundamento del derecho a la resolución unilateral del contrato en el derecho europeo es la pérdida de la confianza del cliente en el prestador del servicio, que puede producirse en cualquier momento de la relación contractual, y que da derecho a una pretensión indemnizatoria para el profesional que ha observado todas sus obligaciones contractuales», en «El contrato de servicios...», 2011, p. 13. Sin embargo, no resulta evidente que este sea el único fundamento, ni siquiera el principal. Manteniendo íntegramente tal confianza, puede resultar inútil —o dañino— al principal la recepción del servicio, del que desistiría al margen de que no hubiera dejado de confiar.

<sup>74</sup> «This Article gives the client the right to terminate the contractual relationship at any time. This is quite distinct from any right there may be to terminate for fundamental non-performance (...)», VON BAR y CLIVE, 2009, p. 1696. Lo que no obsta a que pueda

do alguna relevancia o, sencillamente, queda en un precepto meramente estético o etiológico-formal<sup>75</sup>.

La conclusión, más allá del análisis del texto, viene dada por dos premisas: si de los principios generales de las obligaciones puede deducirse un desistimiento general en el DCFR, resultará coherente con que ocurra también en el Ordenamiento español. Y, si ese desistimiento fuese equivalente en sus efectos al incumplimiento voluntario, de nuevo se revelará que no se trata tanto de un derecho como una realidad incontenible, justificando la universalidad de la categoría y sus circunstancias, dentro del sistema general de las obligaciones.

### 3.2.3 PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO RELATIVA A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

El *CESL*, si bien ordena como objeto principal la compraventa, también propone una regulación para los «contratos de servicios relacionados» que, sin embargo, acaso podrían funcionar además como paradigma para los contratos de servicios autónomos<sup>76</sup>. Dispone para tales servicios, como norma gene-

---

seguir siendo muy parecido a un incumplimiento propio. De hecho, reconoce el comentarista que «It is basically a recognition of the fact that the client may no longer want the service to be performed even though the service provider is adequately performing the obligations under the contract», p. 1696, premisa que podría ser igualmente base de un incumplimiento consciente; y, fuera de los casos de desistimiento justificado (conforme a los causas generales de resolución –que así no resulta tan distinta como se enuncia–; denuncia; o acuerdo inter partes al respecto) «(...) the service provider is entitled to be put as nearly as possible into de situation which would have prevailed if the contractual obligations had been duly performed». Las consecuencias, en fin, serían que «(...) the client must reimburse both the costs already incurred by the service provider (...) and any profit lost as a consecuencia of the termination» pp. 1696-1697.

<sup>75</sup> Como también se reconoce, aun parcialmente, en los comentarios del DCFR: «Even if there were no to be no right to enforce specific performance of the client's obligations under a cause [hipótesis que antes señala como única en la que el desistimiento tendría alguna utilidad autónoma] the approach adopted in the present Article would be preferable because it is more likely to promote respect for the law. It openly confers a right to terminate on paying compensation, rather than pretending that there is no such right but covertly giving it by pointing out that the client can choose to fail perform the obligations under the contract», VON BAR y CLIVE, 2009, p.1698.

<sup>76</sup> Afirma al respecto Valpuesta Gastaminza que «(...) es una regulación que puede ser general de todo contrato de servicios (o, como diríamos en España, de «arrendamiento de servicios»). Por lo tanto la Propuesta CESL es bastante más ambiciosa de lo que parece, pues de admitirse, tendremos una regulación de la teoría general de obligaciones y contratos, y de los contratos paradigma de dos de las partes especiales más relevantes: cambio y servicios (...) el carácter «ejemplificador» de esta relación la convierte en el paradigma del negocio de servicios, por lo que su regulación se extenderá a otras muchas prestaciones» en *CDT*, 2013, pp. 212, 213. Desde una postura distinta, entiende como limitativa esta regulación –sobre todo en cuanto oportunidad perdida– Arroyo Amayuelas: «(...) el CESL no contribuye en exceso al desarrollo de los contratos de servicios, algo que acaso hubiera sido más necesario. Estos se incluyen solo con el fin de «maximizar el valor añadido de la normativa común de compraventa europea», de manera que, como se ha dicho, únicamente se regulan los

ral<sup>77</sup>, la facultad de desistimiento del principal, notificándolo al prestador del servicio, en su artículo 158<sup>78</sup>. Tal desistimiento en sentido propio (es decir, si no se trata del ejercicio de otra facultad, como la resolutoria<sup>79</sup>), extinguirá la obligación del prestador del servicio<sup>80</sup>, debiendo igualmente pagar el cliente, al final, la utilidad que el prestador había de haber obtenido del contrato (aunque se redacte a la inversa, fijando como débito el precio, al que deducir cuando el prestador ahorre o pueda ahorrar por la efectiva no prestación del servicio).

Lo que parece menos razonable de esta regulación del CESL es que, al disponer tal artículo 158, *in fine*, la prohibición de excluir la facultad de desistir precedente en los contratos con consumidores; pueda implicar que su posible exclusión en el resto de relaciones contractuales. Porque, sin merma de la autonomía de la voluntad de las partes, vuelve a no parecer posible una alternativa en la que, cobrado su precio, pretenda legítimamente el prestador del servicio su imposición forzosa al cliente que no quiera recibirlo.

---

que están directa y estrechamente vinculados (...) Un ámbito material de aplicación tan limitado ha merecido severas críticas y estas deben compartirse (...)» *CESCO*, 2014, pp. 213, 214.

<sup>77</sup> «Una característica del régimen jurídico general de la prestación de servicios es la posibilidad que tiene el cliente de extinguir el contrato por medio del ejercicio del desistimiento unilateral sin causa (...) lo regula también el CESL en el artículo 158 (...). La norma supedita su ejercicio a la notificación por el cliente (sea o no consumidor) al prestador del servicio de su deseo de dar por finalizada la relación contractual. Esta notificación puede tener lugar en cualquier momento de la vigencia del contrato y sin que se requiera formalidad alguna para su eficacia», *CERVILLA GARZÓN, Indret* 2015, p. 27.

<sup>78</sup> Artículo 158. Derecho del cliente a rechazar la prestación. 1. El cliente podrá notificar en cualquier momento al prestador del servicio que ya no requiere la prestación o la continuación de la prestación del servicio relacionado. 2. Cuando se notifique conforme al apartado 1: (a) el prestador del servicio dejará de tener el derecho o la obligación de prestar el servicio relacionado; y (b) el cliente, si no hubiera motivo para la resolución en virtud de otra disposición, seguirá estando obligado al pago del precio, disminuido de los gastos que el prestador del servicio se haya ahorrado o quepa esperar que se hubiera ahorrado por no tener que completar la prestación. 3. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

<sup>79</sup> Pues, «Si la causa justificativa es el incumplimiento, en ese caso no hablaríamos de desistimiento unilateral con causa sino de resolución por incumplimiento, aplicándose, pues, la pertinente normativa», *CERVILLA GARZÓN, Indret*, 2015, p. 27.

<sup>80</sup> En rigor, el texto amplía la extinción a supuestos en los que la prestación del servicio se pudiese haber configurado como *derecho* del prestador, sin embargo, más que entender que la norma parece querer también incluir supuestos en los que la prestación pueda operar también en beneficio directo del prestador, parece que puede tener más bien que ver con la naturaleza *relacionada* de los servicios tratados (aunque, desvinculado del precio, tampoco parece un concepto especialmente claro).

### 3.3 Propuestas de modernización en España

#### 3.3.1. PROPUESTA SOBRE EL CONTRATO DE SERVICIOS, DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN<sup>81</sup>

Propone la Sección 1.<sup>a</sup> de la CGC, sobre el contrato de servicios, un nuevo artículo 1592.2<sup>82</sup> Cc que venga a reproducir el actual artículo 1594 CC. Lo extiende además, expresamente, a todos los contratos de servicios (siendo además la norma general también de los contratos de obra y depósito, *ex* artículo 1581.2 PCC).

Confirma tal precepto la aplicación general del desistimiento a todos los contratos de servicios; sin innovar o aclarar la mecánica de dicho desistimiento, sobre todo en lo que al *quantum* indemnizatorio se refiere<sup>83</sup>.

Asimismo, la carencia de regulación específica en este proyecto, especialmente cualificado, sirve para considerar si en efecto se trata de un contenido que habría de formar parte de la regulación especial de tales contratos y no general de las obligaciones y los contratos; o si así lo hizo la Propuesta por limitaciones a las que tuvo que someterse la misma, no aplicables sobre la perspectiva de todo un nuevo Código.

#### 3.3.2 PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS<sup>84</sup>

La *PMCC*, limitada en su objeto de modernización, en principio no regula normas específicas para la regulación de contratos con prestaciones de hacer –contratos de servicios–. Y, aunque algunas normas generales serán también de aplicación a la categoría, en

<sup>81</sup> Si bien no es posible encontrar una publicación oficial del proyecto, uno de los miembros de la comisión ha dado cuenta de los trabajos realizados, reproduciendo y comentando el articulado. ESCARTÍN en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm#11-nulidad>, el 14 de marzo de 2013. También, impreso, en «El contrato de servicios», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Prats Albertosa, L. (coord.), Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012, T. III-1, pp. 603-659.

<sup>82</sup> Artículo 1.592 PCC. Nulidad, desistimiento y terminación del contrato (...) 2. El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento, pero deberá indemnizar al prestador del servicio de todos sus gastos, trabajos realizados y utilidad que hubiera podido obtener.

<sup>83</sup> «(...) la propuesta de la CGC se inclina por una solución flexible: «indemnizar al prestador del servicio por todos los gastos, trabajos realizados y utilidad que haya podido obtener». Se huye de mayores precisiones, entre ellas de un complicado sistema de proporcionalidad entre el servicio ejecutado al tiempo del desistimiento y el total del mismo.» ESCARPÍN IPIÉNS, 2012.

<sup>84</sup> Realizada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009.

concreto no hay precepto alguno referido al desistimiento unilateral *ad nutum* del principal<sup>85</sup>.

### 3.3.3 PROPUESTA Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL<sup>86</sup>

La Propuesta de Código mercantil<sup>87</sup>, de la sección 2.<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación, modificada en el Anteproyecto por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014<sup>88</sup>, con una vocación de aplicación cuasi universal, del estatuto jurídico prevalente –y contagioso– del operador de mercado, conforme a su artículo 001-3 en relación con el artículo 001-2 del Anteproyecto (arts. 001-4 y 001-2 de la Propuesta)<sup>89</sup>, propone también una regulación general de los contratos de servicios. En este sentido, el artícu-

<sup>85</sup> Podría parecer confusa la referencia al desistimiento, que la PMCC realiza en sede de consumo; pero más allá de lo equívoco del término –acaso más revocación que desistimiento para los consumidores–, se trata de una institución enteramente disociable. En el mismo sentido, «(...) no encuentra su reflejo en ninguna norma de la propuesta de modernización del Código civil, siquiera sea dentro de la teoría general de las obligaciones (...) Tampoco puede identificarse con el desistimiento *ad nutum* que se atribuye al cliente-consumidor en la propuesta de modernización del CC», DE BARRÓN ARNICHES, P., en «El contrato de servicios...», *op. cit.*, p. 13.

<sup>86</sup> Realizado por la sección 2.<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación, elevado a Anteproyecto por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014.

<sup>87</sup> Presentado al Ministro de justicia el 17 de julio de 2013, consultable en [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta\\_codigo\\_mercantil\\_1.pdf&blobheadervalue2=1288780618794](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_codigo_mercantil_1.pdf&blobheadervalue2=1288780618794)

<sup>88</sup> C. M. 30/05/2014, sin que parezca tener valor (pre)legislativo alguno a día de hoy, consultable en [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427023422?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_C%C3%B3digo\\_Mercantil.pdf&blobheadervalue2=1288788719402](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427023422?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_C%C3%B3digo_Mercantil.pdf&blobheadervalue2=1288788719402)

<sup>89</sup> Artículo 001-2. *Ámbito subjetivo*. 1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas: a) Los empresarios. Se consideran empresarios: 1.º Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales. 2.º Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior. 3.º Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto. b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado. c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades. 2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas.

Artículo 001-3. *Ámbito objetivo*. 1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo. b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles. c) Los actos de competencia en el mercado. 2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.

lo 531-7, de ambos textos, dispone que «El ordenante podrá desistir unilateralmente y en cualquier momento del contrato aunque los servicios encargados ya hubieren empezado a prestarse, pero deberá resarcir a su contraparte de todos los gastos en que hubiera incurrido, así como pagar el precio de los servicios ya realizados más un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar».

A tal propuesta, que en primer lugar recoge el sentido general respecto a la existencia y aplicabilidad de un desistimiento general responsable del principal de contratos de servicios<sup>90</sup>, se pueden oponer dos objeciones fundamentales:

En primer lugar, las bases de las que parte la regulación propuesta son totalmente opuestas a los planteamientos señalados respecto de los contratos de servicios y su relación con los contratos de obra<sup>91</sup>, así como a la disociación de los mismos mediante la dicotomía de medios y resultado<sup>92</sup> (o incluso respecto a la propia consideración del contrato de obra en sí, como base normativa general del

<sup>90</sup> Fundamenta GALÁN CORONA la norma en que «Se trata de una regla tradicional en contratos de duración indefinida (...) pero que también tiene vigencia en contratos de duración determinada en los que la relación de confianza entre las partes (el *intuitu personae* o el *intuitu instrumenti*) tiene una particular relevancia (...)», en «Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil», 2014; si bien la regla establecida en la Propuesta —en consonancia con la de la PCC— no se limita a tales supuestos (del que acaso el *intuitu personae* podría discutirse más allá de supuestos representativos), sino que es general para todos los contratos de servicios, incluidos todos los de duración determinada, comporten o no una relación de confianza especial.

<sup>91</sup> En el apartado VI-59 de la Exposición de Motivos (que opera como una suerte de Comentario del borrador, con una redacción más técnica que legislativa): «Éstas y otras especificidades aconsejan, en efecto, proceder a regular el contrato de obra de forma independiente del contrato de servicios, evitándose con ello los inconvenientes que genera la tradicional inclusión de ambas figuras bajo un único régimen jurídico, opción ésta que tiende a desdibujar los perfiles normativos del contrato de prestación de servicios, provocando, a su vez, cierta falta de coherencia en la aplicación a éste de muchas de las soluciones normativas previstas para el contrato de obra».

<sup>92</sup> Discutible de principio por cuanto «Parece claro que los artículos 1589 y 1590 Cc se refieren a un supuesto muy concreto (pérdida total de la cosa) y deben coordinarse con otras reglas que para un caso similar proporciona el Código civil (arts. 1182 y 1452). Por otro lado, en la regulación del arrendamiento de obra se guarda silencio sobre la imposibilidad que pueda afectar a la actividad prometida por el contratista, de modo que, en este caso, las consecuencias deben articularse, al igual que ocurre respecto del arrendamiento de servicios, recurriendo a las normas generales que rigen esta materia, y al artículo 1595 que contempla un supuesto muy particular de imposibilidad» VAQUERO PINTO, 2005, p. 91. Además, «Una prestación configurada al servicio de un intento o propósito contractual único, está compuesta de obligaciones, de medios y de resultados, que se encadenan funcionalmente e inescindiblemente a ese único intento», LÓPEZ LÓPEZ, 1995, p. 34. Incluso en las fuentes romanas si bien podría considerarse que la obra parte de la materialidad como resultado, ello no llevaría sin más a que dicho resultado fuera el objeto del contrato. En todo caso, podría coincidir el interés subjetivo pleno del acreedor con el resultado material, o no. Al respecto DE ÁNGEL YÁGUEZ, 2006, p. 435. También, y partiendo del artículo 1544 del Código civil, «en los contratos de servicios o de obra cuyo objeto ha delimitado la doctrina y la jurisprudencia sobre una pretendida distinción en el Derecho romano entre *locatio operarum* y *locatio operis*, mezclada con la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, pp. 90 y ss.

Código civil<sup>93</sup>). Siendo así, es difícil integrar los contenidos de forma sistemática, en contra de las premisas asumidas no solo aquí, sino por gran parte de la doctrina y la mayoría de fuentes directas o indirectas utilizadas, españolas o europeas. Al fin y al cabo, reconoce el propio texto, su contrato de servicios pretende ser distinto de los arrendamientos de servicios u obra que, hasta ahora existen<sup>94</sup>. Ello pese a la descripción casi omnicomprendensiva del contrato de servicios –onerosos– propuesta<sup>95</sup> (más aún si se tienen en cuenta los comentados criterios de mercantilidad expansiva que se utilizan).

En segundo lugar, en cuanto al contenido, poco innova realmente esta propuesta respecto al artículo 1594 CC. Y en lo que lo varía, muy probablemente, lo haga a peor. El problema del porcentaje razonable no viene dado únicamente por las dificultades intrínsecas de determinar la razonabilidad de un porcentaje concreto, sino que no ofrece índice o referencia alguna respecto a la que determinarlo. El artículo 1594 CC al menos trata como referencia la utilidad, pero esta Propuesta de Código Mercantil no expresa tal parámetro ni ninguno otro posible, sin referirse tampoco de ninguna forma a criterios indemnizatorios ni mencionar siquiera el daño. Podría estar referida al interés contractual negativo, a la confianza depositada, a la naturaleza del contrato, a la rigidez del mercado; o tratar de modo distinto los beneficios potenciales menos probables –retribuciones variables frente a fijas; o, incluso, tratar de forma diferencial los precios más ajustados de aquéllos que no lo fueron, para respetar un *minimum* de ganancia.

<sup>93</sup> Pues entiende el Proyecto, como reconoce en el apartado VI– 60 de su exposición de motivos, que «a diferencia de lo que sucede en nuestro Código Civil, en el Código Mercantil se opta por formular un concepto de contrato de obra por empresa que abarca no únicamente la construcción, reparación o transformación de una cosa, sino también la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes, comprendiéndose en esta idea de resultado no únicamente los resultados «materiales», en el sentido de que sean corpóreos o referidos a «cosas», sino también los resultados puramente intelectuales o inmateriales». Si bien es cierto que el origen del contrato de obra del Código civil parte un supuesto mucho más apegado a la obra en sentido estricto (de «construcción»); no lo es menos que esa concepción limitada, hace mucho que se ha superado. Si se parte de esa premisa, como se decía, no es sencillo poder integrar las consecuencias jurídicas a las que lleve.

<sup>94</sup> En el apartado VI-13 de la Exposición de Motivos: «En los títulos sucesivos se regulan el contrato de obra por empresa (Título II) y los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales (Título III). Estos contratos, aunque recuerdan el arrendamiento de obra o de servicios del Código civil, constituyen tipos contractuales distintos, cuyo régimen jurídico recoge unos criterios que reflejan claramente la realidad de unos tipos contractuales que tienen una importancia extraordinaria en la práctica del mercado».

<sup>95</sup> Artículo 531 –1.1 del texto: «Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado».

Además, el criterio propuesto de razonabilidad abstracta podría llegar a impedir la relevancia de la prueba efectiva de la utilidad en el caso concreto –pues no ha de ser necesariamente el criterio determinante uno que la norma no invoca–; o integrarla dentro de los elementos posibles de lo razonable.

En suma, se trata de una remisión casi directa a la equidad, aún más que la prevista en el artículo 1594 CC (que ya resulta en sí misma problemática), susceptible de generar una mayor inseguridad jurídica para el desistimiento de lo que podría ocurrir en casos de resolución contractual (en los que, de hecho, el límite indemnizatorio podría ser menor en los casos en los que no se generen daños adicionales, por cuanto el artículo de la propuesta habla de porcentaje del precio, no de la utilidad o beneficio), lo que acentúa la colisión sistemática aducida.

### III. PROPUESTA DE DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL COMITENTE DE SERVICIOS EN LA PCC

#### *Artículo 526-4. Desistimiento.*

1. *En los contratos cuyo objeto principal consiste en prestaciones de hacer, el acreedor de las mismas puede en todo caso extinguir unilateralmente el contrato en cualquier momento.*

2. *Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes del pacto.*

3. *Si de la extinción del contrato resultan efectos restitutorios, se está, en lo pertinente, a lo dispuesto en la Sección 3.ª del Capítulo VII de este Título.*

4. *En defecto de pacto o disposición legal que lo regule, la parte que desiste debe indemnizar los gastos no recuperados o recuperables que la otra parte ha realizado para la ejecución del contrato, así como la pérdida de la utilidad que este habría de reportarle y que no pueda mitigarse mediante un negocio de sustitución.*

5. *El desistimiento es compatible con las cláusulas liquidatorias que se hayan podido pactar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 519-13. Además, en los contratos de duración determinada, cuando la cláusula penal o compromiso de permanencia establece una cantidad a tanto alzado, solo es exigible la parte proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato en el momento del desistimiento, respecto a la duración total.*

## 1. SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO EXCLUIDOS

El desistimiento unilateral regulado en el Libro Segundo de la PCC, Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo VI, «De los efectos del contrato», forma parte de las excepciones a la eficacia vinculante del contrato para las partes. Comparte Capítulo con la denuncia de las relaciones contractuales de duración indefinida, en el artículo 526-3; el mutuo disenso, en el artículo 526-2<sup>96</sup>; y la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, en el artículo 526-5.

En una obra que pretende ser una propuesta legislativa, en ocasiones tiene importancia no solo lo que se positiviza, sino cuanto se decide excluir de la regulación. Es, ciertamente, una cuestión más complicada, pues la no inclusión no siempre ha de ser representativa de exclusión. Tampoco se propuso como objetivo específico de la parte general el agotar los supuestos de extinción de las obligaciones y contratos<sup>97</sup>. Sin embargo, sí puede observarse una «no regulación» de supuestos generales, análogos a los tratados como excepción de la eficacia vinculante del contrato. Podrían entenderse como supuestos especiales, no generalizables, que habrían de ser regulados en sus respectivas sedes. Pero también hay instituciones que, excluidas de un supuesto normativo que decide no amparar su uso como causa de extinción de la relación contractual, carecerían de fuente que legitimara su vigencia. Sobre todo, en la medida que el artículo 526-1.3 PCC establece que «Solo en los supuestos pactados o en los casos previstos por la ley puede una de las partes desvincularse unilateralmente del contrato».

En primer lugar, el propio desistimiento unilateral *ad nutum* en prestaciones de hacer se ha configurado como una facultad asimétrica, en la que solo puede ejercitarla el principal, mas no el propio prestador del servicio<sup>98</sup>. Para este último no concurrirían los presu-

<sup>96</sup> En extenso, respecto a esta institución y sobre su regulación en la PCC, *vid.* MACANÁS, 2019.

<sup>97</sup> Aunque en la misma, junto con las figuras extintivas señaladas, también se regulan los supuestos de nulidad, anulabilidad y rescisión en el Capítulo VII del Título II; supuestos extintivos de las relaciones obligatorias concretados en la novación, remisión de la deuda y confusión de la deuda (arts. 517-1, 517-2 y 517-3 PCC); y la resolución del contrato en los arts. 518-13 y ss., pudiendo acaso en la misma incluirse asimismo los supuestos de extinción derivados de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (si bien carga con los mismos problemas de legitimación de tal pretensión extintiva –que no puede usar el deudor, aun diligente, de la prestación debida– que podían predicarse de la PMCC; al respecto *vid.* MACANÁS, 2016).

<sup>98</sup> Así se regula también en la sede de servicios, pues, aunque el artículo 582-22 PCC regule el «Desistimiento del prestador», tal regulación se basa en que «(...) el prestador del servicio retribuido no puede desistir del contrato por su sola voluntad (...)». Sí se le faculta, en cambio, y con el régimen propio del mandato, en los supuestos de prestación gratuita de servicios, lo que resulta congruente con el planteamiento tradicional gratuito del mandato –por ello mismo naturalmente inaplicable en la actualidad a supuestos de

puestos expuestos para el principal, por lo que no se justifica extender la facultad de desistimiento a la otra parte.

En segundo lugar, tampoco se regula ninguna suerte de desistimiento como consecuencia de una relación eventualmente sustentada en un *intuitu personae*. En especial, la concreta relación de mandato podrá dar relevancia a una revocación *ad nutum*<sup>99</sup>; lo que no resulta extensible ni a los contratos en general, ni tampoco a los que se caractericen por prestaciones de hacer. Fuera del ámbito del mandato (o, por motivos distintos, la sociedad civil) ni existe en el actual derecho vigente una facultad de terminación del contrato por pérdida de la confianza en el prestador del servicio<sup>100</sup>; ni se ha propuesto tampoco la creación de tal instituto que, bien entendido, siempre podrá reorientarse a otras instituciones más precisas para afrontar los supuestos en los que la pérdida de la confianza pueda ser relevante a estos efectos<sup>101</sup>.

En tercer lugar, y aunque sea más difícil de apreciar, en la redacción del tratado artículo 526-4 PCC, también hay otro matiz en el supuesto de hecho, que excluye un supuesto no previsto: la norma queda referida únicamente a prestaciones de hacer positivas, excluyendo las prestaciones de no hacer. No era sencillo establecer esta categoría limitada, no habiéndose establecido la principal,

---

servicios–; así como con la proscripción de las promesas de donación –en lo que se convertiría cada tracto en el que el prestador se viera forzado a continuar prestando, por mor de una donación inicial–.

<sup>99</sup> Tal y como regula –bajo una premisa de gratuidad natural– el actual artículo 1733 CC; el artículo 1133-2 PCC, relativo a la revocación del poder –no del mandato–; o el artículo 594-2, relativo al desistimiento del mandato (si bien, una modificación posterior a la publicación del PCC –<http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO%20V%20%20TI%CC%81TULO%20IX%20%20%20MANDATO.pdf> –, ha unificado el «desistimiento del contrato de mandato» y la «revocación del poder» en un único concepto menos preciso –que se vuelve aún más confuso cuando, además, también refunde la facultad resolutoria del mandatario con una «revocación» omnicompreensiva de toda facultad que resulte en la extinción del contrato–).

<sup>100</sup> Como bien apunta KLEIN: «(...) tradicionalmente se ha sostenido que la confianza constituye el fundamento de dicha posibilidad de extinguir *ad nutum* el contrato (...) esta facultad no existe en las relaciones contractuales –aun de carácter *intuitu personae*– por tiempo determinado, donde es necesario respetar el plazo pactado, salvo que exista justa causa (normalmente incumplimiento contractual). En estos casos, el elemento de la confianza sí puede influir en la evaluación del tipo de incumplimiento y en su gravedad (...)», 1997, p. 145.

<sup>101</sup> «En síntesis, la confianza contractual relevante sobre el prestador del servicio puede adolecer de dos defectos: o bien la realidad de la persona no se corresponde con la representación inicial que motivó el contrato; o bien la realidad de dicha persona varía, deteriorándose o destruyéndose las cualidades que fundamentaron aquella confianza inicial (...) El primer caso bien podría ser reconducible a la teoría general del error en la que el error sobre el motivo, de ser inexcusable, no debería operar contra el contratante sobre el que se erró si éste actuó diligentemente en la información que debió aportar sobre sí mismo. En el segundo supuesto, ya que todo contrato de confianza conlleva una obligación de comportamiento, diligencia y fidelidad, puede parecer que la pérdida objetiva y fundada de la confianza ha de ser correlativa a un incumplimiento contractual de aquellos deberes, lo que daría lugar más a la resolución del contrato que al desistimiento o denuncia del mismo», MACANÁS, 2015, p. 23.

«contratos con prestaciones de hacer» en la parte general, y quizá podría haberse especificado más; pero tampoco parece necesario que todo artículo detalle cada excepción posible, que debería poder resolverse con una adecuada interpretación del precepto.

En esos casos, como para cualquier otro en el que la prestación principal sea de no hacer, no quedarían perjudicados los acreedores de la misma por el efectivo –o hasta forzoso– «no hacer» del prestador; que puede seguir «no haciendo» sin perturbar la esfera personal ni patrimonial de su deudor<sup>102</sup>. Además, prestaciones principalmente de «no hacer» podrían entenderse también, a estos efectos, aquellas de mera puesta a disposición<sup>103</sup>, en las que el acreedor lo es principalmente de la no perturbación de los derechos contratados sobre la cosa.

Nada impide, por supuesto, que el prestador del no hacer pueda aceptar un acuerdo de mutuo disenso con un acreedor que le ofrezca una compensación análoga a la indemnización, pero sin que el acreedor pueda forzar tal liquidación –lo que tendrá relevancia, sobre todo, en supuestos de tracto sucesivo durante un plazo determinado, que al acreedor pudiera interesar adelantar, liquidando una situación que el prestador podría, legítimamente, querer mantener en el tiempo<sup>104</sup>–.

<sup>102</sup> Por ejemplo, en un pacto de no concurrencia, la abstención de realizar determinadas actividades del prestador de tal «no hacer» es susceptible de prestarse al margen de la esfera personal del principal, sin que se necesite el concurso del deudor para hacer efectivo tal «no hacer» que, por lo tanto, sí podría funcionar como contraprestación de la ejecución forzosa del pago del principal.

<sup>103</sup> Como en el arrendamiento de cosa que no requiera entrega de la cosa (así en cada caso en la que el arrendatario fuera ya poseedor, y también cuando hubiera de entregarse a partir de ese momento), la prestación principal del arrendador pasa por no perturbar al arrendatario en uso de la cosa arrendada. Tiende a describirse la obligación principal como «dar», en la mediada que el vigente artículo 1543 Cc establece que «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto»; así como el artículo 561-1.1 PCC dispone que «En el arrendamiento de bienes el arrendador se obliga a dar al arrendatario el goce o uso de un bien, mueble o inmueble, por tiempo determinado y precio cierto». Sin embargo, a diferencia de los contratos transmisivos de tacto instantáneo, en el arrendamiento tal prestación es más bien presupuesto –obligatorio– del contrato. Y, una vez «dada», no podrá seguir «dándose» la cosa durante la duración de la relación. Sí, mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien, lo que, en la mayoría de los supuestos, supondrá abstenerse el arrendador de perturbar al mismo (prestación, además, dissociable de las relativas a la conservación, a las que podría renunciar el arrendatario sin necesidad de extinguir el contrato ni, por lo tanto, legitimarse un eventual desistimiento del mismo).

<sup>104</sup> Respecto al arrendamiento de cosa resultaría aplicable cuanto afirmaba –para supuestos en los que, como en el actual arrendamiento no de vivienda, no exista facultad de desistimiento reconocida– CARRASCO PERERA: «(...) el arrendador tendría derecho siempre a exigir el cumplimiento del contrato, al menos durante el tiempo en que por ley o por pacto el arrendatario careciese de un derecho de desistimiento unilateral. Podría exigir el cumplimiento, y no la resolución, si ésta no le interesara. Pero tendría que ofrecer su propio cumplimiento. Es decir, tendría que mantener el inmueble en condición de disponibilidad a favor del arrendatario, aunque éste hubiera entregado las llaves», AJA, 2005. En el mismo sentido, para el mismo supuesto, de forma mucho más reciente, «El pretendido desistimiento unilateral no previsto y no consentido por el arrendador, no concurriendo una alteración imprevisible y extraordinaria de las circunstancias del contrato, supone, sencí-

## 2. EFECTOS GENERALES DEL DESISTIMIENTO

El ejercicio de la facultad de desistimiento extingue la relación contractual, en cualquier momento. Tanto si el contrato no hubiese empezado a ejecutarse, como si la ejecución se hubiera comenzado, tales circunstancias no empecen la facultad de desistir.

No está expresada en el artículo la necesidad de notificar el ejercicio de la facultad. Y, aunque no parezca estrictamente necesario señalarlo, lo cierto es que el artículo 526-4 contiene una errata en esta sede, que debería ser modificada: el apartado 2. establece que «Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes del pacto». Pero, ¿qué pacto? No parece razonable esa referencia, que tiene su origen y razón en la regulación del mutuo disenso, en la misma Sección 1.<sup>a</sup> que el desistimiento. El sentido final es el mismo, pero no hay «pacto» de referencia (como sí hay, esencialmente, en el mutuo disenso). En este caso, debería expresarse el apartado 2. que «Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes de la efectiva notificación del desistimiento al prestador».

Más allá de la errata (o error, que en cualquier caso debería corregirse en cuanto fuera posible), la *ratio* del mismo es la consolidación de los efectos válidos ya producidos. No se trata de un supuesto de invalidez, ni tampoco supone el desistimiento un nuevo negocio capaz de generar efectos nuevos, retroactivos, que borren los ya producidos. Efectos que, consolidados, persistirían también en supuestos de resolución contractual (*ex art.* 518-18 PCC). Asimismo, no sería posible desistir de un contrato enteramente consumado.

En cuanto a la posibilidad de desistir de un contrato incumplido, no parece que existan obstáculos al respecto. Si el incumplimiento fuera del propio principal, como quiera que —a diferencia de la resolución— no presupone la facultad de desistir ningún requisito, podría igualmente desistir. Ello no empece a que, frente al principal, deba responder con una indemnización de daños que, como se expuso, tendría un efecto equivalente a una resolución con pretensiones

---

llamente, un incumplimiento contractual del arrendatario, frente al que podrán utilizarse los remedios propios del incumplimiento (...) Cuando frente al incumplimiento del arrendatario el arrendador opta por el cumplimiento, debe mantener a disposición del arrendatario el inmueble arrendado. En sentido estricto el arrendamiento continúa, por lo que no podría disponer de él ni siquiera en la eventualidad de que el arrendatario le hubiese entregado las llaves. Ello deriva de que va a reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación de pago de la renta pactada en el contrato, lo que implica que debe cumplir de igual manera las obligaciones a las que se comprometió», TORAL LARA, *CCJC*, 2018, comentando la STS 539/2017, de 3 de octubre [RJ 2017/4871]; y sin perjuicio de que en estos supuestos pudiera resultar un abuso de derecho el que el arrendador se negase a aceptar negocios de sustitución, en la misma situación de riesgo y ganancia para él.

indemnizatorias. De hecho, si el incumplimiento del principal resultara de no haber pagado servicios ya prestados, el desistimiento ni siquiera afectaría a tales situaciones ya consumadas.

En el supuesto en el que el incumplimiento sea del prestador, igualmente podrá el principal desistir, pero de distinta manera y con diferentes consecuencias a cómo podría, en su caso, también resolver el contrato<sup>105</sup>. Es compatible desistir del contrato y, al tiempo, pretender la indemnización que el incumplimiento del prestador hubiera podido causar<sup>106</sup>. Sin embargo, tal ejercicio no excluiría el débito de indemnización propia al principal incumplidor<sup>107</sup>, que lo es de un contrato vigente, no resuelto, y frente al que no podría oponerse una *exceptio non adimpleti* –de carácter esencialmente temporal– conjugada con un desistimiento definitivo –y acaso también, cuando fuera posible, una *exceptio non rite*–. La resolución, facultad también unilateral, permite una extinción no indemnizatoria; normalmente preferible al principal que pudiera ejercitarla, aunque necesitaría también de determinados presupuestos –incumplimiento resolutorio, y no incumplimiento propio–, que no serían necesarios para poder desistir.

Además, se han articulado los efectos del desistimiento como inmediatos al ejercicio de la facultad, sin supeditarse al ofrecimiento o pago de la indemnización a la que el principal que desista quedaría obligado. Aunque sea posible alcanzar un acuerdo, o incluso que se hubieran previsto en el propio contrato las bases de la indemnización por desistimiento, la liquidación de la indemnización es una cuestión naturalmente controvertida. Como quiera que durante ese ínterin no puede forzarse al principal a recibir la prestación, parece más seguro y eficaz asumir la extinción, sin perjuicio de las liquidaciones y obli-

<sup>105</sup> Pues, como afirma la STS 292/2005, de 26 abril [RJ 2005\3933], «Se trata de situación jurídica distinta a la de la resolución del contrato que autoriza el artículo 1124, carente de relación con el 1594 y no procede asimilar ni confundir el artículo 1124 con el 1594, como tampoco, lógicamente, sus consecuencias jurídicas».

<sup>106</sup> Lo que actualmente supone la compatibilidad congruente entre el ejercicio de la facultad de desistir y una pretensión indemnizatoria, *ex* artículo 1101 CC, que en la PCC se fundamentaría en el artículo 518-20 que, de forma autónoma y compatible –pero disociable– de la resolución establece en su apartado primero que «El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños que el incumplimiento le cause».

<sup>107</sup> En contra, entiende RODRÍGUEZ GUTIÁN 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», en «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales» (erróneamente catalogado como «El desistimiento...»), *ADC*, 2001, p. 739. Sí entiende que puede proceder indemnización del principal al prestador incumplidor la STS 456/1998, de 20 mayo [RJ 1998\3380] pues, aunque no concede tal partida indemnizatoria, reconoce expresamente que «(...) no pide el beneficio dejado de obtener, que podría haber solicitado al amparo del artículo 1594. No puede, por tanto, para respetar el principio de congruencia, concederse cantidad alguna por tal concepto».

gaciones subsistentes (sin que, además, nada impida al prestador que quiera conjurar el riesgo del impago, a pedir provisión de fondos, adelantar el momento del pago, o cualquier otro mecanismo contractual que sus intereses y la negociación le permitan).

En fin, en cuanto a los efectos del desistimiento para cuantas obligaciones estuviesen pendientes en el momento de su ejercicio, el apartado 3. del artículo 526-4 dispone que, «Si de la extinción del contrato resultan efectos restitutorios, se está a lo dispuesto en la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo VII de este Título»<sup>108</sup>. Remite, por lo tanto, al régimen restitutorio previsto para la invalidez de los contratos, que se erige como régimen general de restitución<sup>109</sup> –coexistente con otros regímenes particulares– de la PCC.

### 3. LA INDEMNIDAD DEL PRESTADOR

Además de los efectos apuntados, resulta singular, esencial a la naturaleza, función y regulación del desistimiento tratado, el mantenimiento de la indemnidad del prestador del servicio que sufre la extinción contractual al margen de su voluntad. Tanto es así que cuando el apartado 4 del artículo 526-4 PCC hace referencia a «pacto», como fuente principal de las consecuencias del desistimiento –en defecto de *lex specialis* en cada ámbito–, quedará principalmente referido bien a supuestos de cláusula liquidatoria expresa, bien a pactos de terminación contractual que, aunque eventualmente asimilables al desistimiento, no supongan la misma modalidad unilateral *ad nutum* responsable que aquí se trata.

De este modo, aun configurado como contenido por defecto –y por ende dispositivo–, la indemnización resulta consecuencia característica de la categoría. Solo resultará contenido natural, en cambio, la concreta configuración indemnizatoria propuesta por la norma. En este sentido, se plantea una doble limitación: tanto respecto a las partidas de daños relevantes a efectos de la indemnización; como también en relación a la cuantificación limitada de los mismos, en función de los actos potenciales –debidos en cuanto diligentes– del deudor.

<sup>108</sup> Especialmente los efectos restitutorios contenidos en el artículo 527-17 PCC. A este respecto, si bien tal precepto parte de una restitución total de las prestaciones recibidas, establece en su apartado 1, *in fine*, que «Si la restitución en especie no es posible, debe restituirse su valor», de dónde cabe inferir –por no ser posible restituir los servicios ya prestados– que tales situaciones consumadas se consolidarán, lo que es equivalente a compensar el valor del servicio ya prestado con la cantidad ya pagada por el mismo.

<sup>109</sup> En la medida que «(...) la Sección dedicada a la restitución intenta diseñar en la medida de lo posible un régimen general aplicable a otros supuestos por remisión», APDC, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de Código Civil*, 2018, p. 203.

### 3.1 Partidas indemnizables como consecuencia del desistimiento

En primer lugar, establece el artículo 526-4.4 que deberán indemnizarse «(...) los gastos no recuperados o recuperables que la otra parte ha realizado para la ejecución del contrato, así como la pérdida de la utilidad que este habría de reportarle». Con diferente redacción, más precisa, recoge los mismos elementos indemnizatorios hoy expresados en el artículo 1594 CC: «gastos, trabajo y utilidad».

#### 3.1.1 PÉRDIDA DE LA UTILIDAD: OBJETIVACIÓN O PRUEBA DEL «BENEFICIO INDUSTRIAL»

Se ha afirmado, normalmente más como constatación fáctica que como categoría propia del desistimiento, la posible objetivación de la utilidad indemnizable<sup>110</sup>. Dicha «utilidad» indemnizable, aun identificándola con el «beneficio industrial», no es un concepto sencillo de determinar y probar. Quizá por ello, en sede indemnizatoria *ex* artículo 1594 CC, se haya consolidado la práctica de manejar un 15% de beneficio industrial por defecto.

Desde tal premisa, cabe plantearse la legitimidad y adecuación de tal porcentaje utilizado por los tribunales, a efectos de valorar si acaso la PCC hubo de haber incluido algún porcentaje análogo, en vez de dejar la determinación del daño a la prueba ordinaria del proceso. Pues bien, por lo que respecta a la génesis y consolidación de esta objetivación del beneficio industrial, no solo procede de unas premisas históricas inaplicables en el momento actual<sup>111</sup>, sino que, sobre todo, el *iter* jurisprudencial en el que se asienta es más que dudoso.

<sup>110</sup> «En todo caso, el daño o perjuicio debe probarlo el contratista, aunque ya veremos cómo la jurisprudencia, en parte al menos de alguno de estos conceptos, acude a la presunción (...) A falta de prueba, los Tribunales suelen aceptar como justo porcentaje para la fijación de la utilidad el del 15 por 100 (...)», LUCAS FERNÁNDEZ, F., 1987.

<sup>111</sup> Las explica la STS de 15 octubre 1992 [RJ 1992\7821]: «(...) el supuesto beneficio industrial, figura ésta de carácter económico, que suele sobrentenderse en los contratos análogos al controvertido de ejecución de obra cuando así no lo hayan excluido o lo hayan pactado expresamente las partes (como es sabido, sobre este concepto económico), cabe afirmar que se trata de una suerte de uso de los propios negocios que ha de probarse, como un derecho de todo contratista a obtener el legal beneficio de su trabajo, (...) salvo pacto en contrario, y sobre el que cabe afirmar que con anterioridad a la Reforma Fiscal de 1964, consecuencia de la entrada en vigor de la Ley General Tributaria, la Doctrina y algunas normas de carácter inferior (órdenes ministeriales) hicieron referencia al beneficio industrial bajo dos puntos de vista distintos: A) Beneficio industrial presunto que fue el reglado para establecer las cuotas por la Licencia Fiscal de Actividades. B) El beneficio industrial incorporado a las ofertas y presupuestos de obras y servicios, que es el relevante a nuestros efectos, y cuyo importe comercial a cargar sobre factura o sobre presupuesto-oferta. Con posterioridad a la Constitución Española han desaparecido las limitaciones contractuales con carácter general, rigiendo el principio de correspondencia demanda-oferta y la consiguiente libertad contractual, y desde luego cabe estimar, que en ausencia de pacto sobre beneficio industrial en la contraprestación de obras y servicios, los Tribunales han estimado en el tráfico negocial el quince por ciento del presupuesto convenido que es algo superior al interés incrementado del dinero a efectos judiciales».

Tomando, entre otras muchas posibles, como punto de partida la SAP de Murcia 248/2013, de 18 de abril, [JUR 2013\203292] se declara que «En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012, se dice que «para el cálculo de dicho beneficio –utilidad– habrá de estarse a lo pactado, o al cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuren en el contrato (STS de 30 de mayo de 1993 ), y, en su defecto, la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho» (STS de 28 de julio de 2000)», con la indicación de que, si bien la jurisprudencia «no ha establecido un porcentaje fijo e inalterable y no sometido a las circunstancias económico– sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general, cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social» (SSTS de 13 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1996 ), «se viene entendiendo que para fijar el monto de la indemnización se atenderá al porcentaje del quince por ciento del total del precio convenido» (STS de 29 de septiembre de 2005)».

Sin embargo, la STS invocada por la Audiencia, 69/2012 de 29 de febrero, no declara dichas conclusiones o recoge dicha jurisprudencia como *ratio decidendi*; ni tampoco como *obiter dicta*; sino que lo hace como resumen de la pretensión de la parte que seguidamente desestima: «El segundo apartado del motivo alude al error notorio de la sentencia de apelación en la fijación del *quantum* indemnizatorio (...)», a lo que sigue la cita de la Audiencia antes de declarar que «Este apartado merece análoga repulsa que el anterior (...)». Más aún: la STS alegada, 679/2005, de 29 de septiembre, tampoco declara ese quince por ciento como *ratio decidendi*, sino que se limita a casar la reducción que, por mor del incumplimiento correlativo de la otra parte, la Audiencia había practicado al 15% decidido en Primera Instancia.

Recoge la misma cita impropia de la STS la SAP de la Rioja 46/2014, de 18 febrero [JUR 2014\90777], aunque no tenga una importancia singular en la decisión adoptada. También la SAP de Barcelona 571/2013, de 19 diciembre [JUR 2014\21023], entiende el mismo extracto como doctrina jurisprudencial: «A falta de pacto o de elementos en el contrato que pudieran servir de base para determinar la utilidad, viene admitiéndose el porcentaje del quince por ciento del precio que falta por abonar, equiparándolo a la «utilidad» aludida en el precepto porque ese porcentaje sería el que como beneficio industrial, según los usos habituales, habría obtenido el contratista de realizar el total de la obra, en criterio aceptado por el Tribunal Supremo (STS de 22 de febrero de 2012, con cita de otras)». El mismo argumento, citando la misma sentencia extractada, usa la SAP de Orense 239/2013, de 14 junio

[JUR 2013\243855], «A falta de pacto o de elementos en el contrato que pudieran servir de base para determinar la utilidad, viene admitiéndose el porcentaje del quince por ciento del precio que falta por abonar, equiparándolo a la «utilidad» aludida en el precepto porque ese porcentaje sería el que como beneficio industrial, según los usos habituales, habría obtenido el contratista de realizar el total de la obra». La SAP de Zaragoza 273/2012, de 15 de mayo [JUR 2012\199026], recoge el mismo texto, aunque sin citar la sentencia origen de la misma.

Así, la mayoría –que no toda– de la doctrina jurisprudencial de las Audiencias, aunque sí puedan establecer un criterio general por defecto, lo hace bajo una premisa errónea que, además, es también difícil de sustentar como un criterio jurídicamente fundado por el Tribunal Supremo, al margen de su aceptación.

Al margen de las dos sentencias ya aludidas, otras del Tribunal Supremo también invocan ese quince por ciento como utilidad de residuo, en caso de no poder probarse otra. Sin embargo, la mayoría lo hacen también por vía de remisión a la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal. Así la STS 318/2012, de 24 mayo [RJ 2012\6538], declara: «[este Tribunal] coincide con la Audiencia en la falta de prueba acerca de la realidad de los importes que han sido reclamados, por lo que se ha de proceder a una justa ponderación que, para estos casos, fija la jurisprudencia en el quince por ciento del importe presupuestado y no ejecutado por culpa de la parte contraria, que se considera como «beneficio industrial» dejado de obtener (sentencias de 22 noviembre 1974, 10 de marzo de 1979 [RJ 1979, 858], 13 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2822] y 13 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3546 ]»). No lo hace justificando tampoco su decisión más que en la doctrina jurisprudencial previa. De ahí que dependa su aseveración de aquella doctrina.

Si matiza algo más la argumentación –no tanto la conclusión porcentual– la más reciente STS 208/2016, de 5 de abril [RJ 2016\4287], disponiendo que «(...) a falta de los referidos datos contractuales –y de prueba cumplida, libremente valorada por el tribunal de instancia, sobre el margen de beneficio industrial aplicado, en su caso, por las partes durante la ejecución de la obra hasta el desistimiento–, esta Sala ha admitido que, para calcular el montante a indemnizar al contratista por dicho concepto, se utilice un margen del 15% (al que también alude la STS 1117/2001, de 3 de diciembre [RJ 2001, 9924]; aunque con la advertencia de que no se trata de un porcentaje inmutable, sino sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al reflejar un uso cambiante y acomodado a la realidad histórico-social».

Pues bien, de las sentencias más tempranas a las que todas las posteriores se remiten (muy citadas también por otras muchas resoluciones intermedias), la STS 474/1993, de 13 de mayo [RJ 1993\3546], no aporta nada más que otra mera remisión a resoluciones anteriores «al deber entenderse, a tenor de reiterada doctrina mantenida por la Sala, que procede su cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuran en el contrato pero si nada se ha dicho sobre su porcentaje, éste será de un 15% del total del precio convenido (STS, entre otras, de 22 de noviembre de 1974 [RJ 1974\4376], 10 de marzo de 1979 [RJ 1979\858] y 13 de mayo de 1983 [RJ 1983\2822])».

La STS de 13 mayo 1983 [RJ 1983\2822], no establece ese quince por ciento como un beneficio de residuo, ni tampoco lo fija como si de una generalidad se tratara, sino que se limita a sumar partidas concretas preestablecidas, aplicables al caso discutido, y que no podrán serlo al resto de supuestos: «tres partidas correspondientes al 1 por 100 de imprevistos, al 5 por 100 de dirección de obra y al 9 por 100 de estricto beneficio».

La STS de 10 marzo 1979 [RJ 1979\858], no decide tampoco sobre la aplicación de uno u otro porcentaje, sin que fuese discutido en la casación el quince por ciento aplicado desde primera instancia, sino si ese porcentaje había de aplicarse a la obra ya ejecutada o, también, a la que restaba por ejecutar.

En cuanto a la STS de 22 de noviembre de 1974 [RJ 1974\4376], primer eslabón de la cadena, tampoco declara el quince por ciento como una referencia general en caso de no poder probarse otra, sino que, muy al contrario, confirma que el beneficio industrial es, en ese caso concreto, del quince por ciento ya que así se probó por «prueba pericial e informe de la Embajada de Suiza». Más aún: no solo se reconoce al comisionista dicho beneficio, sino que se le suma otro diez por ciento adicional en concepto de comisión, ascendiendo así la utilidad total indemnizable, *ex* artículo 1594 CC, a un 25% del precio, en ese caso.

Así, la mayoría de las resoluciones judiciales de las Audiencias y del Tribunal Supremo que han aplicado ese quince por ciento general lo han hecho sobre la premisa de una doctrina injustificada y carente de autoridad, lo que habría de restarles cualquier valor como doctrina jurisprudencial en sentido propio –por más que el error haya podido convertirse en tendencia, la mera repetición no puede corregir lo errado—<sup>112</sup>.

<sup>112</sup> La mera reiteración equivocada no es susceptible de crear *auctoritas*, sino más bien lo contrario. «(...) en cuanto al valor directivo (más que indirecto) de la doctrina jurisprudencial, es preciso sostener que depende solo «de la *auctoritas* que quepa conceder a la Magistratura en cada momento histórico a tenor de la *prudentia iuris* y la técnica jurídica

Por otra parte, sí existen también resoluciones judiciales que afirman la inexistencia de un porcentaje aplicable por defecto de forma general. Así la STS 419/2003, de 25 de abril [RJ 2003\3546]; que se remite a la STS 840/1996 de 17 de octubre [RJ 1996\7115], que declara que «El porcentaje del 15%, que pretenden se aplique los recurrentes, no procede su acogida, pues la jurisprudencia de esta Sala lo que ha declarado es que no se puede negar a los constructores el legítimo derecho de obtener beneficios económicos por razón de la actividad profesional realizada (Sentencias de 15 abril y 15 de octubre de 1992 [RJ 1992\3305 y RJ 1992\7821]), pero no se ha establecido la utilidad del 15% como un porcentaje fijo y no sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general (Sentencia de 13 de mayo de 1993 [RJ 1993\3546])<sup>113</sup>, cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social».

Y, además, el porcentaje debatido es, en rigor, una cuestión de hecho y no de Derecho. Por ello, cualquier interpretación que lo generalizase no sería de norma alguna y, por ende, desbordaría la utilidad nomofiláctica de la casación, así como su función de complemento a las fuentes normativas, mediante su «doctrina», conforme al actual artículo 1.6 CC (recogido en el art. 11-1.7 PCC). Se trata, en fin, de una cuestión fáctica, de relevancia fundamentalmente probatoria, naturalmente extraña a la unificación de doctrina y necesitada de ser alegada, probada y decidida en cada caso (sin perjuicio de costumbres o tendencias homogéneas posibles en determinados ámbitos del mercado –que también habrán de probarse–).

Así lo entiende, sobre el *quantum* de la utilidad referida por el actual artículo 1594 CC, la STS 419/2003, de 25 de abril [RJ 2003\3546], «la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho»; o la STS 815/2000 de 28 de julio [RJ 2000\6202]: «En estas determinaciones, al igual que en la valoración de las pruebas, la facultad corresponde al juzgador de instancia como cuestión de hecho que es (...)».

---

que las decisiones judiciales acrediten» DE LA OLIVA SANTOS, ADC, 1975, p. 444, entre otras muchas publicaciones, en el mismo sentido, del autor. También «(...) la jurisprudencia no tiene fuerza creadora de normas jurídicas ni siquiera por la vía consuetudinaria (...) [pero] esa manera de interpretar y aplicar las normas jurídicas tiene un reconocimiento de autoridad, si no derivada del propio ordenamiento jurídico (...) sí al menos (...) por efecto de una repetida y consolidada tradición interpretativa de los jueces, en nuestro caso, del Tribunal Supremo», BLASCO GASCO, *Jpd*, 2001, pp. 73-74.

<sup>113</sup> Esta última sentencia, aunque citada como refuerzo después del argumento, sí acepta como criterio de aplicación general el quince por ciento discutido (aunque también lo hace sobre la base de las sentencias erróneamente alegadas que se trataron).

### 3.1.2 GASTOS NO RECUPERADOS O RECUPERABLES

En fin, además de la pérdida de utilidad efectivamente sufrida, también deberán indemnizarse los gastos en los que el prestador del servicio hubiese incurrido, siempre y cuando hubieran sido recuperados o fueran recuperables por el mismo. Con esto, intenta el precepto asentar la base de los actos diligentes de sustitución del prestador, sobre todo cuando actúe en un ámbito profesional.

En estos casos, desde la propia utilidad perdida (beneficio industrial medio de mercado –o específico, teniendo en cuenta sobre el mismo la proyección del concreto contrato que se trate–), hasta la posible utilización o reinversión de los gastos realizados y sus efectos, serán objeto de una prueba mucho más sencilla, al alcance de la determinación pericial (pareciendo el principal problema la eventual imputación de gastos estructurales, no individualizables, que implicase la actividad del prestador del servicio, sobre la específica relación desistida).

Por último, ya que la recuperabilidad potencial de los gastos puede relacionarse con acierto y provecho con la sustituibilidad del negocio, en el marco de la carga del acreedor de mitigar su propio daño, cabría justificar por qué el precepto tratado disocia ambas cuestiones. Esto es: por qué se añade a la limitación de la eventual recuperación de los gastos a la indemnización de los mismos, frente a la pérdida de utilidad obtenida, cuando tal utilidad ha de descontar tales gastos (de forma actual o potencial, igual que los ingresos ya obtenidos).

Por una parte, retirar la referencia expresa a los gastos, hoy contenidos en el artículo 1594 CC, arriesgaba a que pudiera considerarse una limitación de los mismos, más que su presuposición en otra partida. Por otra parte, la simetría entre gastos recuperables y negocio de sustitución no es completa: en el primer ámbito puede englobarse el propio enriquecimiento, el valor efectivo del gasto para el prestador (que podrá ser para su implementación en un negocio de sustitución homogéneo, pero también para su reventa, o incluso la mera retención de su propiedad, cuando a él mismo le fuera de alguna utilidad).

## 3.2 La indemnización por la utilidad perdida del prestador

Sigue estableciendo, el artículo 526-4.4 PCC, que deberá indemnizarse «(...) la pérdida de la utilidad que este habría de reportarle y que no pueda mitigarse mediante un negocio de sustitución».

El prestador del servicio, en una relación contractual onerosa, será acreedor de su contraprestación, legítima expectativa sinalagmática del hacer propio. Si el principal puede terminar el contrato, para no causar perjuicio al prestador habrá de indemnizar el daño que defraudar tales expectativas causaría, naturalmente coincidente con el beneficio económico que, detrayendo el coste de su prestación al precio de la misma, el prestador hubiese ganado. La finalidad es que el prestador quede indemne, pero debiendo tratarse de haceres y costes potenciales, por más que el precio pudiera ser fijo, no se trata de una tarea sencilla.

Además, para evitar el abuso del prestador frente al desistimiento, así como para favorecer la mayor seguridad y dinamismo del tráfico, el precepto positiviza principios ya ampliamente aceptados y aplicados en supuestos afines.

### 3.2.1 LA CARGA MITIGAR EL PROPIO DAÑO Y EL NEGOCIO DE SUSTITUCIÓN

El propio tiempo es, como el resto de activos que en el mismo se utilizarían, un recurso limitado. Un prestador solo puede –al menos personalmente–, prestar un servicio en un tiempo determinado. De no prestar tal servicio, el prestador *recuperaría* ese tiempo, como el resto de gastos *recuperados o recuperables* que no tendrán que ser indemnizados. Más aún: en ese tiempo, acaso podrá desplegar su prestación hacia otro principal, sobre todo si es profesional. En este caso, serán los costes de transacción y, en su caso, el mayor coste de la operación<sup>114</sup> (si tuvo que aceptar un precio menor, aun actuando de forma diligente) los únicos daños indemnizables, al haber evitado el mismo acreedor el daño en su

---

<sup>114</sup> Tratando la revocación de la oferta «irrevocable», pero con unas consecuencias análogas, afirma RUIZ ARRANZ que «(...) se satisface el interés que el destinatario-acreedor tiene en el cumplimiento del contrato proyectado con la oferta (se haya acudido a la regla de cobertura o a la regla del mercado). Indemnizar al destinatario-acreedor, al menos, por el mayor coste que le ha supuesto la operación de reemplazo compensa el interés de cumplimiento», en «La oferta de contrato...», 2018, p. 1445. Anticipa, además, también aplicable al ámbito ahora tratado, que «(...) devenida imposible la prestación, el acreedor ostenta un interés subjetivo en ella; interés que no es evaluable en menos del valor de mercado del bien, en este caso ofertado. Pues bien, yo creo que tal interés puede procurarse al destinatario a través de la operación de reemplazo, dentro de los márgenes del moderno Derecho de contratos donde el centro gravitacional de la relación obligatoria contractual parece haber virado hacia la pretensión indemnizatoria. A través de esta pretensión, la operación de reemplazo permite satisfacer *in natura* el interés del acreedor, más allá del cumplimiento específico del contrato (...) La indemnización al destinatario del mayor coste de la operación de reemplazo se erige como una solución razonable para encauzar la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. Esta solución tiene, como presupuesto, asumir que el coste de la operación de reemplazo constituye un daño irrogado al destinatario-acreedor; daño que será mínimo, en cualquier», pp. 1444-1445.

propia utilidad dejada de percibir. O, lo que es lo mismo: si en el mismo tiempo acabase percibiendo la utilidad potencial de una prestación desistida y la utilidad efectiva de la prestación realizada, se estaría enriqueciendo no solo sin causa existente, sino sin ninguna causa posible (pues toda potencialidad decae en la medida que no se pueden realizar dos hechos distintos en el mismo tiempo).

Ya hoy, pese a la falta de positivación expresa, se puede considerar como indiscutida la carga del acreedor de mitigar su propio daño<sup>115</sup>. Ínsito, además, en el artículo 7 CC<sup>116</sup>; en el artículo 1258 del mismo texto<sup>117</sup>; o en los principios de concurrencia de culpas en la causación del daño<sup>118</sup>; así como reconocido pacíficamente por la doctrina jurisprudencial<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Explica GONZÁLEZ PACANOWSKA que «(...) el deber de mitigar el daño que incumbe al acreedor, cuando proceda (...) no se trata, en rigor, de obligación o deber exigible, pues el perjudicado es libre de realizar o no el negocio que estime oportuno, pero sí una carga cuyo incumplimiento puede reducir el daño resarcible», 2013, p. 8258. Para MORALES MORENO, «El deber de mitigar el daño no está expresamente contemplado en el Código civil, pero puede afirmarse que está vigente en nuestro ordenamiento (...) Para el acreedor insatisfecho supone que tiene que tomar medidas (razonables), de diversa índole, para evitar o reducir el lucro cesante», 2010.

<sup>116</sup> PANTALEÓN: «(...) conducta que vendría exigida entonces por el deber de buena fe de la vendedora de mitigar su daño», «Resolución por incumplimiento...», 1989, p. 1152. También, para SOLER PRESAS «El fundamento de este deber autónomo de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues, en el principio general de la buena fe (art. 7.1 C.c.)», *ADC*, 1995, p. 964.

<sup>117</sup> Expresa al respecto ZURITA MARTÍN que «(...) los efectos de la conducta del acreedor en la producción de los daños se han de valorar de forma casuística, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, si bien en nuestro Derecho la valoración de dichas actuaciones del acreedor han de calibrarse a la luz del principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos, que refrenda el artículo 7.1 Cc y concreta en el ámbito contractual el artículo 1258 CC», *Indret*, 2016, p. 17.

<sup>118</sup> Díez-PICAZO: «para tratar de decidir si la existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor causante del daño (...) parece aplicable al caso de la responsabilidad contractual (...) tratándose del acreedor deberá enjuiciarse el alcance que haya tenido la inobservancia de las cargas que sobre él pesaban», 2008, p. 599. En contra, para SOLER PRESAS «Urge por tanto diferenciar conceptualmente el deber de mitigar de la concurrencia de culpas (...) La concurrencia de culpas exige que tanto el demandante como el demandado participen en la causación del daño (...) Su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado», «El deber de mitigar...», 1995, p. 963. Frente a esto puede oponerse, por una parte, que la mera inacción también puede ser causalmente relevante (sobre todo desde la perspectiva de la adecuación causal, teniendo en cuenta los deberes o cargas de actividad –como reconoce la norma angular de la responsabilidad aquiliana: artículo 1902 CC: «El que por acción u omisión causa daño...»–). Por otro, que no parece que la buena fe sea bastante: una mitigación del daño gravemente negligente, pero de buena fe, no tendría por qué perjudicar al deudor cuyo daño se agravase –o no llegara a mitigarse–; o, al contrario, una negativa de mala fe a mitigar el daño no tendría por qué ser relevante si se demostrase que no había ninguna actividad que pudiera haberse realizado para disminuir el daño sufrido.

<sup>119</sup> STS 1013/1994 de 15 de noviembre [RJ 1994\8488]; STS de 29 de noviembre 1995 [RJ 1995\8361]; o STS 959/2008 de 22 de octubre [RJ 2008\5787], que declara que: «en relación con el deber general de buena fe dimanante del artículo 7 CC, que quien sufre el incumplimiento contractual, debe adoptar las medidas que razonablemente se encuentran en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no

Es en el ámbito algo más concreto de los servicios prestados por profesionales (no necesariamente a consumidores), cuando este factor toma una importancia capital. En general, dichos servicios serán, cuando menos, parcialmente fungibles. En estos supuestos resultará natural que el mismo esfuerzo y material puedan dedicarse a otros contratos del mismo sector. En el peor de los casos, la productividad liberada del prestador profesional podrá ser igualmente reconducida a otras oportunidades de negocio. Ni siquiera se trata de que el deudor «deba» buscar un negocio de cobertura o sustitución; sino que de hecho la propia dinámica de su actividad y el mercado le empujará a hacerlo. Se hará incluso en muchas ocasiones de forma dispersa, acometiendo nuevos contratos conforme se liberen los recursos, sin imputar concretamente los que hubieran de haberse utilizado para el contrato desistido al negocio de sustitución.

Incluso en los supuestos en los que no existiera negocio de sustitución –y bajo la hipótesis de que no hubiese, para ese supuesto, deber de mitigación del daño–, podría discutirse la procedencia de una indemnización plena, más allá de los gastos ya realizados, cuando el prestador perjudicado no hubiera realizado actividad alguna<sup>120</sup>. La frustración del contrato no debería reportar, por vía indemnizatoria, mayor utilidad que lo que el contrato hubiera podido producir; y recibir la contraprestación pactada a cambio de «nada» implica una utilidad mayor que el desempeño de cualquier trabajo por esa misma retribución.

En el caso en que el prestador del servicio contratado no sea un profesional, la preparación y ejecución de su prestación bien pueden implicar un notable esfuerzo finalista, dirigido al concreto contrato de que se trate. Además, sin la participación habitual en el mercado no solo sería más difícil encontrar un negocio de sustitución adecuado, sino que la pérdida del elemento fungible del

---

puede pretender que la otra le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta de adopción de medidas de mitigación o de limitación del daño. Es un deber derivado de la buena fe evitar la extensión de los daños, como señaló la STS de 6 de mayo de 1960, y es igualmente claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa o inmediata del incumplimiento sino de la inacción, de la pasividad o de la mala fe del supuesto acreedor». Asimismo, la STS 123/2015, de 4 de marzo [RJ 2015\1095], lo concreta como «la obligación de todo sujeto de Derecho de actuar de buena fe, mitigando en lo posible el daño sufrido por la conducta antijurídica de un tercero», con el límite del sacrificio del derecho o interés legítimo.

<sup>120</sup> Para MORALES MORENO, «en la lógica de la responsabilidad contractual no es posible, por tanto, imponer al deudor el deber de satisfacer el interés del acreedor, por medio de la indemnización, sin compensación económica alguna, obtenida por la vía de la contraprestación o por otra vía», 2010, p. 189 y «la función de la indemnización no es enriquecer al acreedor, y éste se enriquecería si de la indemnización no se descontara la ventaja que, directamente, le haya producido la resolución del contrato», p. 190.

«cliente» hace que el prestador pueda tener un interés concreto en no tener que buscar otros negocios o, incluso, en no contratar con nadie más. En estos supuestos una indemnización que tienda a la plenitud del beneficio neto esperado podría ser razonable.

Distinto es el caso del prestador profesional que, como se advirtió, buscará de forma natural negocios de sustitución que, en un mercado no disfuncional, encontrará<sup>121</sup>. Con mayor facilidad lo hará cuando además hubiese sido avisado de forma inequívoca de la intención definitiva del principal de desvincularse del contrato<sup>122</sup>. Con todo, ni siquiera en este caso se puede hacer cargar al prestador con los costes de transacción propios del segundo contrato, que habrá de detraerse a la utilidad sustituta, antes de compensarla con la debida.

Así pues, aunque la carga de mitigar el propio daño sea un principio general, tan aplicable ahora como lo sería bajo la PCC, el artículo 526-4.4 lo explicita, conectándolo además con el negocio de sustitución. No porque sea necesaria su positivación para que sea aplicable<sup>123</sup>; sino porque, al ser una consecuencia natural de la institución regulada, central en su problemática indemnizatoria, parece conveniente conducir a la misma de forma expresa las consecuencias del desistimiento.

Siguiendo el razonamiento anterior, y bajo la premisa de que en la generalidad de servicios prestados por un prestador profesional existirá un negocio de cobertura para cada contrato desistido, podría apuntarse a una solución en la que el lucro cesante a indemnizar resultará de la diferencia entre el beneficio neto que se habría obtenido del negocio inicial, menos lo obtenido en el negocio de cobertura, más los costes de transacción del segundo contrato y los gastos soportados en el primero, restando también las cantidades que del principal se hubieran percibir hasta entonces<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> CARRASCO PERERA: «(...) si la prestación versa sobre bienes fungibles y el acreedor actúa con referencia al mercado, le es exigible disponer de alternativas distintas de la que le suministra el deudor», 2017, p. 1263.

<sup>122</sup> Entiende MORALES MORENO, respecto a la relevancia del reconocimiento del propio incumplimiento por el deudor, que «habrá que tener en cuenta en qué medida la confianza que genera en el acreedor la actitud del deudor sobre la subsanación del incumplimiento justifica el retraso del acreedor en adoptar medidas oportunas para paliar el daño», 2010, p. 185.

<sup>123</sup> Entiende al respecto, ZURITA MARTÍN que «(...) no creemos que la incorporación expresa a nuestro Código Civil del deber del acreedor de mitigar los daños causados por el incumplimiento sea precisa para completar nuestro sistema contractual, facilitar la tarea del aplicador del Derecho o llegar a resultados más equitativos en la resolución de conflictos relacionados con la determinación de daños y perjuicios (...) Si hubiéramos de concretar todas las manifestaciones del principio de buena fe para cada supuesto conflictivo, inundaríamos de reglas el Código Civil», *Indret*, 2016, pp. 26 y ss.

<sup>124</sup> Se exponen ocho argumentos que discuten la validez a este respecto rechazo de la operación contable a este respecto entre el negocio originario y el de cobertura en MACANÁS, 2014, pp. 270-273.

Por lo tanto, como norma general, podría afirmarse que el valor de mercado de la operación sería el mejor criterio base como abstracción útil<sup>125</sup>. Ello sin perjuicio de que en determinados casos pudiera ser convenientemente matizada (podría no ser aplicable, por ejemplo, a situaciones en las que el negocio de cobertura no fuera posible; o que por la entidad del contrato o la situación concreta de las partes o el mercado se consolide en el desistimiento una pérdida general en el volumen de negocio, o afecte de forma concreta a la estructura empresarial del prestador<sup>126</sup>).

Se conseguiría con la referencia al valor objetivo de la prestación un punto de partida general y adecuado que, basado en máximas de la experiencia del mercado, supondría una suerte de presunción por defecto más equilibrada y rigurosa con los principios indemnizatorios que un porcentaje injustificado, atribuible a un presunto beneficio industrial, que ignora, empero, la posibilidad –o hecho– de la operación sustitutoria y el deber de mitigación del daño del acreedor.

En cuanto a los costes de transacción, su principal problema podría ser su acreditación en los supuestos en los que cuantía fuera menor. Ni es un problema nuevo en sede indemnizatoria; ni impide que las partes fijen –con arreglo a la realidad– en el propio contrato la cuantía de los mismos; ni, en fin, parece demasiado grave si se piensa que cuanto más elevados sean, más fácil será la obtención de la prueba.

La utilidad indemnizable en prestaciones de servicios profesionales en mercado competitivo podría identificarse, en general y sin perjuicio de matizaciones en supuestos concretos, como el coste de transacción que se habría de soportar para alcanzar un negocio de sustitución objetivamente eficiente para satisfacer el interés frustrado del prestador en el contrato de servicios desistido.

---

<sup>125</sup> En contra, FENOY PICÓN: «No obstante, tal regla [sistema abstracto de valoración del daño basado en el precio de mercado] se desplaza, si el vendedor lleva a cabo, de manera razonable, una operación de reemplazo, a menor precio que la anterior venta frustrada, en este caso, los daños se calculan de manera concreta, la aplicación de estas dos reglas, a su vez, se coordina con otra: la exigencia de que el acreedor mitigue sus daños», *CCJC*, 2009, p. 588.

<sup>126</sup> Para MORALES MORENO «No mitiga el daño la operación de reemplazo cuando la oferta del proveedor no es limitada y la operación perdida reduce el volumen total de operaciones», 2010, p. 184. También para FENOY PICÓN: «Admitido el daño de la pérdida de volumen, que desplaza la aplicación de los sistemas de cálculo abstracto y concreto de la venta de reemplazo, la carga de la prueba es un elemento decisivo en cuál sea la tendencia de la puesta en práctica de nuestro sistema indemnizatorio», *CCJC*, 2009, p. 585. Incluso, en dichos supuestos cabría plantearse si aquel daño particular no mitigable era previsible (o, de forma equivalente, si la sustitución y mitigación si lo fuese). Ello tanto para evitar que los efectos del desistimiento dependan de una circunstancia imponderable *ex ante*; como, en el mismo sentido, para evitar la imputación de daños causalmente no representables al principal cuando decide extinguir la relación contractual.

### 3.2.2 OTRAS UTILIDADES PERDIDAS DISTINTAS O INDIRECTAS AL PRECIO DESCONTANDO LOS GASTOS

La propia certeza de la obligatoriedad del cumplimiento, así como la previsibilidad del mismo, son, en sí mismas, intereses inmanentes a la contratación<sup>127</sup>. A nadie le interesa ni beneficia perder algo seguro (contrato perfecto) por algo potencial, aún muy probable (contrato de sustitución).

La pérdida de la certeza genera daños generales anteriores<sup>128</sup> y daños concretos posteriores al contrato. En cuanto a estos últimos, se daña tanto directamente el interés propio del acreedor en el cumplimiento según lo pactado; como indirectamente por el retraso en la percepción de la utilidad, aun cuando se encuentre un negocio de sustitución. Este daño variará dependiendo de la dimensión de empresa del profesional, de la elasticidad de la demanda en la zona donde oferte sus servicios o, incluso, de sus propias perspectivas del mercado.

Por otra parte, además de los límites propuestos, basados en la consideración de la oportunidad abstracta de mitigar el lucro cesante por el prestador del servicio profesional, pueden existir otros factores que determinen una pérdida de utilidad que informara al precio, sin llegar a integrarse como parte del mismo.

Es difícil negar, por ejemplo, el interés que puede tener para los prestadores de servicios en el tráfico jurídico el poder conformar una relación jurídica de una cierta duración y estabilidad. Así, gran parte de la conflictividad en sede de abusividad frente a consumidores en contratos de mantenimiento –de ascensores, por ejemplo– reside, precisamente, en el interés del prestador del servicio de asegurar la mayor duración posible. Siendo así, es natural que en la práctica el precio pueda informarse de la ponderación de tal interés, pudiendo asumir el prestador del servicio una oferta a un menor precio, si es a cambio de una mayor duración. Lo mismo podría ocurrir en caso de que se perfeccionaran al tiempo diferen-

<sup>127</sup> Tanto es así que el contrato significa lo opuesto a la incertidumbre. Hasta tal punto resulta relevante, en la teoría económica, que cara a las decisiones estratégicas para obtener el máximo beneficio en una negociación, la diferencia fundamental entre un «juego cooperativo» y un «juego no cooperativo» se halla, precisamente, en la posibilidad de perfeccionar un contrato vinculante. Al respecto, PINDICK y RUBINFELD, 1995, p. 458.

<sup>128</sup> Sin posibilidad de cooperación vinculante, la incertidumbre hace que la mejor solución posible para las partes solo pueda alcanzarse por el «equilibrio de Nash». Con contratos «ordinarios», vinculantes, se podría tender hacia el «valor de Shapley», que maximiza la eficiencia y, con ello, estimula el tráfico. Si bien se está simplificando y en la práctica no siempre se podrán alcanzar estas soluciones (concretamente el «valor de Shapley» solo será inmune a desviaciones en algunos tipos de juegos, como los convexos, si bien por ello no pierde la tendencia su valor). Al respecto, PÉREZ-CASTRILLO, 2004.

tes contratos que, aunque no estuviesen causalmente vinculados, sí lo estuvieran en cuanto a la oferta comercial.

En supuestos como los aludidos, y otros que pudieran plantearse, la desvinculación unilateral de la contraparte produce un daño concreto a un interés relevante que se tuvo en cuenta a la hora de consentir el negocio y que informó el precio del acuerdo. Cabría pensar, siguiendo el ejemplo, que si se descontó una cantidad a cambio de añadir dos años a la duración del contrato; de desistirse antes de esos dos años, dicho descuento debería revertirse (o computarse como la utilidad perdida, pues lo sigue siendo, aunque no se manifieste en el precio, a causa del desistimiento o incumplimiento).

El problema de estos supuestos trata, fundamentalmente, de probar que el precio efectivamente se vio informado por factores que, en ese caso, habrían de integrarse en la utilidad indemnizable. Como quiera que los elementos de la negociación no positivizados en el contrato pueden ser muchos, y ni siquiera siempre pueden haber sido conocidos por la contraparte o integrantes de lo supuesto, conviene ser cauto. Sí podría aceptarse, empero, la consideración del interés aludido cuando efectivamente se hubiera reconocido en el contrato dicha relevancia, o incluso cuantificado la afección del factor al precio.

Puede parecer que cargar con este nivel de detalle al desistimiento tratado podría ser excesivo, pero ha de tenerse en cuenta que solo se considera razonable la valoración abstracta de la utilidad indemnizable para contratos con profesionales. En estos supuestos no resultaría tan desproporcionado imponerles la carga a los mismos, toda vez que, además, ampliará la información de las bases del contrato<sup>129</sup>. De hecho, si se pretendiese *ex ante* que dicho interés supusiera un interés indemnizable, sería una información idónea para la contraparte, que no solo tendrá una mejor representación de los intereses causalizados del contrato; sino también una mayor previsibilidad del daño que en su caso podría tener que indemnizar.

### 3.2.3 LA INDEMNIZACIÓN POR «TRABAJO»

Por último, el artículo propuesto 526-4 PCC no contiene, en su apartado 4, ninguna referencia a la indemnización por «trabajo»,

<sup>129</sup> «(...) cabría admitir una oferta que incluya diferentes tarifas, vinculadas clara y directamente a diferentes cláusulas, unas más favorables que otras; en este caso, se ha dicho, habría una suerte de negociación individual y el suficiente del conocimiento y consentimiento del consumidor», GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, p. 970. Si bien lo trata para la relación entre condiciones más restrictivas y precio más favorable, la solución de la información como canon de interpretación resultaría aquí igualmente aplicable.

que sí contiene el actual artículo 1594 CC. En efecto, se trata de una exclusión del mismo en sede indemnizatoria. Si algún trabajo se hubiera prestado, y nada se hubiese pactado al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 526-4.3, debería restituirse tal y como regla el artículo 527-17 PCC. Como quiera que no puede restituirse en especie, tal y como dispone el apartado 1, *in fine*, de este precepto, deberá restituirse el valor del servicio prestado<sup>130</sup>. No será necesario por tanto incorporar al *quantum* indemnizatorio la restitución ya debida.

### 3.3 Ejercicio del desistimiento y pago de la indemnización

Como ya se advirtió, se ha previsto en el artículo 526-4 PCC que el pago –u ofrecimiento– de la indemnización sea condición para el ejercicio de la facultad de desistimiento. Esta, por lo tanto, podrá ejercerse en cualquier momento por el legitimado para desistir. Ello no empece que, desde ese momento, el que fuera principal será deudor de la indemnización; quien podrá ofrecerla también desde entonces<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> Del mismo modo que, en general, cabe afirmar la retroactividad de los efectos resolutorios, *ex tunc*, no ocurre así en los contratos de tracto sucesivo o duraderos, como serán los servicios prestados objeto del contrato. En este sentido, para GONZÁLEZ PACANOWSKA, «(...) contrato de tracto sucesivo en los que la liberación se produce *ex nunc*, solo para el futuro, manteniéndose en éstos las prestaciones ya realizadas, con la liquidación de la situación existente al tiempo de la resolución contractual y sin perjuicio de la indemnización de daños a cargo del incumplidor», 2013, p. 8249; prácticamente lo mismo que resultaría de aplicar el artículo 1594 CC. En el mismo sentido CLEMENTE MEORO: «No siempre tiene la resolución carácter retroactivo, pues se afirma la irretroactividad de la resolución (...) cuando no hay restitución por no haber realizado ninguna de las partes la prestación (...) en los contratos de tracto sucesivo, cuando ambas partes han estado ejecutando, durante un tiempo, sus respectivas prestaciones (...) cuando se trata de obligaciones de hacer parcialmente ejecutadas», 2009, p. 43.

<sup>131</sup> A los efectos, entre otros, de lo dispuesto para el ofrecimiento y consignación de pago en el artículo 515-26 PCC (que actualiza el actual art. 1176 CC). Este ofrecimiento, que difícilmente puede convertirse en compensación sin una liquidación en la que la colaboración del acreedor se hace necesaria, no es inane. Al contrario, se trataría de un «momento previo indispensable, en el que, aparte de los efectos que produce, se puede agotar toda la relación, pues el acreedor puede entonces reaccionar aceptando el pago y evitando la consignación», BELTRAN DE HEREDIA, 1956, p. 475. Es por ello razonable que, sigue el mismo autor, cuando decida ignorarlo y mantener, sin existir ninguna otra posibilidad, la relación jurídica «por sí solo, sirve [el ofrecimiento] para producir las consecuencias de la *mora accipendi* en cuya virtud se produce la eliminación de la responsabilidad del deudor, excluyendo la posibilidad de la *mora solvendi* e impidiendo que puedan afectarle en su perjuicio, las eventuales caducidades o resoluciones de la titularidad jurídica», p. 476. Asimismo, para BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «El ofrecimiento de pago rechazado por el acreedor (...) produce la mora del acreedor y, a partir de ese momento, todos los riesgos se imputan al acreedor, y el deudor queda libre de la posible tacha de incumplimiento», 1987, pp. 238-239. Cuestión distinta sería el desacuerdo en el *quantum* de los daños indemnizables, que presupondrían, empero, la extinción de la relación jurídica de la que traen causa.

#### 4. IMPERATIVIDAD DEL DESISTIMIENTO Y LÍMITES A SUS LIMITACIONES

Bajo el paradigma de la libre autonomía de la voluntad de las partes, éstas podrán disciplinar conforme a sus intereses y criterio el desistimiento tratado. Sí parece un límite imperativo la propia existencia del desistimiento –por cuanto su existencia es consecuencia directa de la inejecutabilidad natural de las prestaciones de hacer–; pero no las consecuencias del ejercicio de la facultad de desistir, dentro de los confines de lo razonable.

No se trata de una imperatividad estrictamente legal –al contrario, el precepto antepone lo acordado antes que la regulación propuesta–; sino que parte del mismo motivo por el que no resulta posible la ejecución forzosa, ni la suerte de multas penales que en ella se dispondrían: si no resulta razonable compeler al cumplimiento, dicho extremo habría de extenderse a la función igualmente coercitiva de la pena. Y si dicha función no puede desplegar todos sus efectos, podría resultar desnaturalizada una cláusula penal que, con una mera base indemnizatoria, resultara a todas luces desproporcionada a la indemnidad que, *ex ante*, cabría prever<sup>132</sup>.

En efecto, si bien es razonable pensar en un desplazamiento de tal facultad mediante acuerdo –no de consumo– entre las partes<sup>133</sup>; nada se lograría si se tiene en cuenta que, al final, los efectos serían los mismos que los del incumplimiento deliberado, como se trata.

Expresamente, el apartado 5 del artículo 526-4 establece que «El desistimiento es compatible con las cláusulas liquidatorias que se hayan podido pactar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 519-13». Así, se excluyen las cláusulas penales no liquidatorias (esto es, las punitivas y las facultativas, en la terminología adoptada en el artículo 519-9 de la PCC, relativo a las «Modalidades» de

<sup>132</sup> En un sentido amplio del problema, sin tener en cuenta las peculiaridades propias de los servicios, para JORDANO FRAGA: «(...) una cosa es que la indemnización determinada por la cláusula penal sea superior al daño efectivamente sufrido por el acreedor (lo que, en sí mismo, es lícito), y otra muy distinta, que se consienta la *desproporción* o el *abuso* en la aplicación de la cláusula: por la relación entre el importe (no ya simplemente superior, sino desorbitado) de la indemnización que resulta y las circunstancias (sobre todo, los daños resultantes) del concreto incumplimiento que motiva esa aplicación», 1992, p. 200. También la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero, 2009, contiene una reforma en relación al problema apuntado, ampliando la posibilidad de moderación judicial de las cláusulas penales en el propuesto artículo 1150: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

<sup>133</sup> Así RODRÍGUEZ MARÍN: «(...) puede el principal renunciar a la facultad que se le concede al respecto», 1989, p. 318. También para GÁLVEZ CRIADO «(...) tanto los particulares como el legislador, pueden condicionar las relaciones entre desistimiento e indemnización al cumplimiento de requisitos adicionales», 2008, p. 46.

la cláusula penal). Al reconocer el artículo 526-4 el desistimiento como una facultad, su ejercicio no es ilícito y, por lo tanto, no cabe *sanción* frente al mismo<sup>134</sup>. Tampoco parece tener demasiado sentido una *cláusula facultativa*<sup>135</sup> cuando, en sí misma, esta resultaría redundante con el desistimiento.

Así, la cláusula penal *compatible* es la liquidatoria, por la que «(...) las partes fijan la indemnización para el caso de incumplimiento, que sustituye a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos». Ciertamente que, como se ha apuntado, no existe verdadero incumplimiento en este caso; pero también que como no se trata de sancionarlo, sino de indemnizar los daños producidos, la neutralidad de esta cláusula objetivadora puede resultar idónea para desterrar gran parte de la incertidumbre que una facultad irrenunciable como la de desistir puede llevar al contrato.

La cláusula liquidatoria, para ser tal, aunque objetivada –y por tanto probablemente inexacta, aunque idealmente balanceada–, no debe exceder en su finalidad la adecuada cuantificación de los daños. Su abuso, fijando cantidades desproporcionadas o menos relacionadas con el daño que con el incumplimiento, podría revelar su verdadera naturaleza como cláusula punitiva, lo que explica la referencia expresa de la norma de reguladora del desistimiento al artículo 519-13 PCC<sup>136</sup>.

En fin, también se establece un límite para supuestos en los que el contrato tenga una duración determinada y, además, la

<sup>134</sup> Artículo 519-9.3 «En la cláusula punitiva las partes prevén para el caso de incumplimiento una prestación que por su cuantía o características cumple la función de sancionar al deudor».

<sup>135</sup> Artículo 519-9.4 «En la cláusula de desistimiento o facultativa el deudor puede eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida».

<sup>136</sup> Precisamente por la realidad de la naturaleza de la cláusula al margen de su nominación, así como por la dificultad de disociar ambos tipos de cláusulas en sus zonas de frontera, el artículo 519-13 de la PCC establece, dentro de las facultades de moderación judicial de la cláusula, no solo el deber (imperativo, de oficio, en la redacción dada al precepto) de moderación equitativa judicial de la cláusula punitiva manifiestamente excesivas, sino también de «(...) las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». A este respecto y sobre el artículo 1150 de la PMCC –mayormente equivalente al tratado–, entiende FENOY PICON que «Esta regla supone que cualquier pena convencional, si es excesiva, será equitativamente moderada por el Juez, y cualquier indemnización notoriamente desproporcionada será equitativamente moderada por el Juez, teniendo en cuenta el daño real. El artículo 1150 PC no se limita al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal como dispone el artículo 1154 CC», ADC, 2011, p. 1669. No se muestra convencida de torcer la voluntad pactada de las partes con esta suerte de moderación judicial ARANA DE LA FUENTE, pues «Las facultades judiciales de carácter discrecional entrañan, en general, un factor que puede distorsionar la fuerza vinculante de los contratos y generar importantes dosis de incertidumbre», *Indret*, 2010, p. 10; sin perjuicio de que también reconozca que una norma como tal por una parte acercaría la regulación española a la mayoría de las de nuestro entorno jurídico y, a su vez, podrían evitarse situaciones manifiestamente abusivas –en lo que, entiendo, no lo permite el actual artículo 1154 CC–.

cláusula penal<sup>137</sup> establezca una cantidad a tanto alzado: en tales casos no podrá exigirse la totalidad de la cuantía establecida, sino la parte proporcional al tiempo que reste de vigencia al contrato. Esta limitación no es imperativa. Sin embargo, en cuanto a su configuración habitual en la contratación de consumo, cuando se trate de una cláusula no negociada individualmente, normalmente lo será. Y, más allá incluso del consumo, podrá serlo también cuando la abusividad se extienda más allá de los consumidores, según las previsiones más amplias de los efectos tuitivos frente al contenido abusivamente impuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 527-7 PCC<sup>138</sup>.

## 5. SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN: ¿UNA NORMA GENERAL DE CONTRATOS O ESPECÍFICA DE SERVICIOS?

La regulación propuesta en el artículo 526-4 PCC para el desistimiento unilateral en contratos con prestación característica de hacer no es la única contenida en la Propuesta de Código civil. En el Capítulo II del Título VIII del Libro Quinto<sup>139</sup>, entre las disposiciones comunes de los *contratos de servicios*, el artículo 582-21 regula el «Desistimiento del principal»<sup>140</sup>. Lo complementa de seguido el artículo 582-22, sobre todo en lo tratado por la vertiente negativa de su primer apartado, que niega la facultad de desistimiento unilateral para el prestador del servicio, sin perjuicio de su facultad de denunciar las relaciones contractuales indefinidas cuando así lo fueren.

<sup>137</sup> No debe entenderse aquí «penal» por «punitiva», pues en la terminología adoptada por la PCC, en la Sección 3.ª del Capítulo IX del Título Primero del Libro V, con «cláusula penal» se refiere a la categoría más amplia que incluye cláusulas liquidatorias, punitivas y facultativas (arts. 519-9 PCC).

<sup>138</sup> Explica GARCÍA HERNÁNDEZ, respecto de la PMCC, que «(...) en su propuesta de artículo 1262 regula la nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente abusivas –no solo de las condiciones generales– sin distinguir entre consumidores y empresarios, refiriéndose de forma genérica «a las partes que deriven del contrato» (...) la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (...) reproduce la propuesta de artículo 1262 de la PMCC», 2019.

<sup>139</sup> Redactado por Vaquero Pinto, coordinando con el resto del Título por ella misma y Díaz Martínez.

<sup>140</sup> «Artículo 582-21. Desistimiento del principal. 1. El principal puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la prestación del servicio haya comenzado, indemnizando al prestador de acuerdo con lo previsto en el artículo 526-4. 2. El principal no pierde la facultad de desistimiento a la que se refiere el apartado anterior en los casos en que el prestador opta por el cumplimiento del contrato aun concurriendo causa de resolución. 3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del desistimiento que corresponda al consumidor, del desistimiento que derive de las relaciones de duración indefinida, o de cualquier otro que proceda.»

Aquí se ha defendido una perspectiva general para los contratos de servicios, en efecto coincidente con la adoptada en la regulación de los mismos en la PCC. Se pretende integrar en tal categoría todos los contratos con prestaciones de hacer<sup>141</sup> (aun distintos en sus especialidades típicas o atípicas – y hasta vinculados por conexión con supuestos marcadamente especiales, como el propio mandato<sup>142</sup>). De forma coherente con esa posición, se asume la idoneidad de incluir una norma general para todos los contratos de prestaciones de hacer en la sede general de los contratos de servicios<sup>143</sup>.

En cuanto a las diferencias más notables de cada una de estas dos regulaciones del desistimiento tratado en la PCC, no existen en rigor. No solo remite el artículo 582-21.1 a las consecuencias previstas en el propio artículo 526.4; sino que las dos especialidades que habrían de suponer los otros dos apartados son más bien especificaciones, aclaraciones, que el artículo 526-4 no niega y de hecho acoge en su interpretación sistemática más razonable.

De una parte, conjuga la facultad de desistimiento con la resolutoria, no haciendo que la primera precluya en los supuestos en los que, frente a la segunda, se hubiese optado por el cumplimiento del contrato (pues, optado el mismo, el contrato mantiene su vigor y efectos, incluido los relativos al desistimiento). De otra, se subraya la compatibilidad de la facultad de desistimiento del principal con la general de denuncia en las relaciones indefinidas (aplicable tanto para la norma específica en sede de servicios, en el artículo 582-4 PCC, como para la general establecida en el artículo 526-3 PCC).

---

<sup>141</sup> Así lo recoge el artículo 581-1 PCC: *Ámbito de aplicación y carácter supletorio de las normas*. Las disposiciones del presente Título son aplicables a los contratos por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución. Son igualmente aplicables, en cuanto lo permita su naturaleza, a los contratos por los que el prestador preste sus servicios de forma gratuita.

<sup>142</sup> Regulado en el título IX del Libro Quinto, redactado por GONZÁLEZ CARRASCO y OLIVA BLÁZQUEZ, disciplina su natural conexión con los contratos de servicios en su artículo 591-2.1: «Ámbito de aplicación. Cuando el mandato se integre en un contrato de servicios es de aplicación lo dispuesto en el Título VIII, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas sobre eficacia frente a terceros contenidas en el presente Título»; teniendo en cuenta además el adecuado y preciso concepto del contrato ofrecido por el artículo 591-1, de conformidad con el cual « Son contratos de mandato todos aquellos por los que una persona se obliga a realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por encargo de otra, por cuya cuenta actúa».

<sup>143</sup> No en vano, aunque acaso pudiera haber sido conveniente plantear una norma general para las prestaciones de hacer en la parte general (como existe, de hecho, para las prestaciones de dar en la Sección 1.º del Capítulo II del Libro Primero, sobre «Algunas clases de obligaciones», arts. 512-1 y 512-2 PCC); no existe tal regulación, cubierta por los artículos 582-5 y 582-6 PCC, en sede de Contrato de Servicios. Su exclusión se explica, en parte, por cuanto su determinación implicaba decisiones específicas relevantes sobre la (re) construcción de los contratos de servicios, que aun propuestas por los redactores encargado de tal parte, debían aún consolidarse (fundamentalmente la relación de generalidad especialidad frente a concretos tipos de servicios, como la obra o, sobre todo, el mandato); frente a la percepción ya de principio más general –y más pacíficamente aceptada– del desistimiento unilateral del principal.

Podría parecer poco adecuado que la PCC mantenga dos normas distintas, regulando supuestos más idénticos que afines<sup>144</sup>, técnica legislativa generalmente indiciaria de contradicciones y redundancias. No es, empero, el caso. Frente al riesgo de colisión normativa, se mantiene coherencia interna sostenida por las referencias internas entre los dos preceptos, sin efectos contradictorios entre los mismos. Frente al peligro de mera tautología inútil, motivos internos y externos a la propia PCC pueden explicar la conveniencia de mantener la tratada regulación del desistimiento en el ámbito *de los contratos en general*.

### **5.1 Indeterminación relativa, pasada y presente, del contenido y destino de la PCC**

La PCC supone un estudio general de la inmensa mayor parte del Derecho civil español. Una caja de herramientas para reflexionar, interpretar y aplicar el Derecho. Pero también una propuesta con la aspiración de inspirar, de uno u otro modo, una efectiva y positiva modernización contractual en España.

En cuanto a la última función apuntada, el contenido de la Propuesta se revela como esencialmente contingente. Podría tratarse, como ha ocurrido con otras meritorias propuestas anteriores, de una base para las que sigan. Podría suponer una base de una propia transformación en una ulterior versión de esta primera. Podría, en fin, también acabar redundando en un proceso legislativo, que podría abarcar tanto una parte de la PCC como, en hipótesis, hasta su totalidad. Estas distintas posibilidades explican la necesidad de que, en un primer momento, se intente dotar a cada parte de la Propuesta de una cierta modularidad, sin renunciar a la coherencia sistemática del todo.

Los trabajos de los distintos títulos del Libro Quinto (y del Sexto) se realizaron en paralelo, sin que se pudiera durante su elaboración certeza del contenido definitivo de los trabajos ajenos. Sí existió comunicación, coordinación y pudieron manejarse borradores del resto de partes antes de la presentación definitiva de cada Libro. Después, tales borradores se sometieron a las consideraciones y propuestas del resto de profesores, ajustándose en sucesivos borradores hasta la versión actual. De hecho, en un primer momen-

---

<sup>144</sup> En tal sentido, con razón entiende GONDRA que «Todos sabemos que las duplicidades en textos legales, cuando se quiere decir lo mismo pero con palabras no del todo iguales, no sirve más que para alimentar litigios. Desde luego, no para dar mayor seguridad jurídica al tráfico», en «Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *RDM*, 2013, pp. 40-41.

to, en la propuesta de 2015 persistían diferencias notables en las regulaciones globales de las prestaciones de hacer respecto a la versión actual<sup>145</sup>.

Como no es posible conocer el destino final de la integridad de la propuesta, es necesario mantener una parte general con una regulación integral de los contenidos que se entienden básicos, generales y necesarios para una nueva y más adecuada regulación de las obligaciones y contratos. Así, aunque en algún momento se aprobase, utilizase o inspirase únicamente esta parte general, no se perdería aquellos contenidos generales situados en otras sedes que pudieran sufrir una suerte distinta en una eventual legislación.

## 5.2 Subsidiariedad general

Aunque la PCC fuese hoy, en su integridad, un cuerpo normativo en vigor; sus efectos no serían necesariamente iguales para todos sus contenidos. De base, el Derecho civil, precisamente por ser el Derecho común, tiene un ámbito de aplicación supletoria general. Por lo tanto, esta norma general reguladora del desistimiento del principal de prestaciones de hacer extendería su eficacia, general, a todos los ámbitos que no tuvieran regulación concreta de la misma.

Así, sería posible que se extendiese la eficacia general de esta regulación del desistimiento del principal de prestaciones de hacer a otras tras sedes distintas a las propias del Derecho civil codicial –tanto autonómicas, *ex* artículo 149.3 de la Constitución<sup>146</sup>; como de otros ámbitos de lo jurídico, *ex* artículo 4.3 CC–. De hecho, aunque en esas otras sedes se regulara en concreto o general determinadas relaciones contractuales con prestaciones de hacer, podrían

<sup>145</sup> Establecía el entonces artículo 5111-2, como ámbito de aplicación –supletorio– de la regulación del mandato, la totalidad de prestaciones de «realizar una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, bien organizando para ello los medios adecuados, bien comprometiéndose a un resultado, sin realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por cuenta de aquélla», como puede consultarse en <http://www.derechocivil.net/images/libros/TITULO-XI-MANDATO.pdf>

<sup>146</sup> En relación a la extensión de esta supletoriedad, que no se va a tratar ahora, y dentro de la cierta indeterminación –cuando no opacidad o silencio– con los que la doctrina del Tribunal Constitucional tiende a resolver las cuestiones relativas a los ámbitos competenciales en materia civil, el Auto 349/2003 acaso pudo dar a entender que esta naturaleza supletoria –al menos en el ámbito civil del recurso que resuelve– supone una suerte de materia de exclusiva competencia estatal. Interpreta el TC, al tratar sobre la suspensión del recurrido artículo 111.4 del Código civil de derecho autonómico catalán, que «(...) la lectura del precepto legal impugnado no impone la aplicación expansiva que sugiere el Abogado del Estado, sino que la aplicación supletoria a que se refiere dicha norma puede limitarse a las leyes civiles de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y en la medida en que se haga tal aplicación procede el levantamiento de la suspensión». En contra de tal interpretación, GARCÍA RUBIO, 2014 (2).

encontrar más sencilla compleción en una parte específicamente general para la aplicación subsidiaria que colmase sus eventuales lagunas.

No es, desde luego, imposible aplicar esa misma función de Derecho común a la parte general de la regulación específica de cada institución o contrato. Sin embargo, acaso la sede general podría evitar alguna duda o conflicto, en cuanto a si la ausencia de una norma de esta naturaleza en una regulación más específica supone la exclusión de la misma, o una simple laguna a colmar. Al integrarse en el *corpus* general de referencia, sí podría entenderse que solo la expresa exclusión de la norma general en una especial evitaría la aplicación de la institución.

### 5.3 Desistimiento general como base de las obligaciones contractuales

La PCC, sin perjuicio de que pueda servir como referencia, modelo o inspiración para cualquier proyecto normativo, nace con una vocación codificadora de Derecho común, en el ámbito legislativo del Estado. No puede por lo tanto ignorar que, más allá de la discusión sobre la extensión o el desarrollo que los ordenamientos civiles autonómicos pueden o no alcanzar, el Ordenamiento civil estatal sí puede, y solo él puede, regular las materias sobre las que el artículo 149.1.8 de la Constitución le reserva competencia exclusiva en todo caso. Entre tales materias está la relativa a *las bases de las obligaciones contractuales*.

Resulta claro, indiscutido, que las bases de las obligaciones contractuales es una materia reservada a la competencia exclusiva del Estado. Pero qué significa tal expresión; qué contiene o hasta dónde puede o no extenderse; ya es una cuestión mucho más oscura. Tanto que, en rigor, la única afirmación honesta es reconocer que, a día de hoy, no se sabe qué son tales bases y que, probablemente, ni siquiera se pueda saber con los actuales elementos a nuestra disposición.

Habiendo existido una profusa y creciente legislación autonómica civil, el Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de aclararlo, en la determinación de los contornos de tal expansión<sup>147</sup>. Y, sin embargo, en cada ocasión, ha huido tanto como ha

<sup>147</sup> Respecto al concepto general de bases, la STC 48/1988, de 22 marzo, ya dispuso que «(...) corresponde al Estado determinar mediante ley, como regla general, lo que ha de considerarse básico, esto es, el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias. Pero la definición concreta de ese común denominador realizada por el legislador no vincula a este Tribunal que, como intérprete supremo

podido de ofrecer un concepto claro de lo que representan, limitándose a describir generalidades<sup>148</sup>.

Puede existir un cierto consenso en que tal reserva de materia tiene que ver con la unidad de mercado<sup>149</sup>; su eventual primacía<sup>150</sup>;

de la Constitución, puede y, en su caso, debe someterla al correspondiente examen, con el fin de comprobar si la uniformidad básica establecida es consecuente o no con la finalidad objetiva perseguida al reservar al Estado la competencia para fijar bases en una determinada materia»; del mismo modo que las describe la STC 147/1991, de 4 julio: «La definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses»; lo que reproduce casi de forma literal, refiriéndolo al «marco competencial que le asigne su Estatuto», la STC 197/1996, de 28 noviembre.

<sup>148</sup> «(...) no parece que la escasa y poco explícita doctrina constitucional sobre el tema pueda ser de gran ayuda para concretar el ámbito concreto de la habilitación estatal, baste señalar que el máximo intérprete de la Constitución no ha utilizado esta reserva estatal específica para atribuir al Estado concretos aspectos de Derecho civil, acudiendo en cambio a la genérica competencia sobre la «legislación civil» y la «legislación mercantil» (...) para terminar confiriendo sin muchos matices al Estado la competencia sobre Derecho de obligaciones y contratos», GARCÍA RUBIO, 2015, pp. 99-100. También trata el alejamiento de la cuestión por el Tribunal Constitucional SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «(...) debido, sin duda alguna, a las grandes dificultades que presenta la calificación nítida de una materia como base de las obligaciones contractuales, lo que hace que el Tribunal Constitucional eluda tal calificación si puede conseguir el mismo objetivo (reservar la materia en cuestión a la competencia exclusiva del Estado) por expedientes distintos (normalmente, mediante su consideración como legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado sin excepción alguna)», 1993, p. 152. En cuanto a las consecuencias de esta omisión consciente, entiende YZQUIERDO TOLSADA que «junto a las extralimitaciones consistentes en inventar instituciones nuevas o en confundir la dimensión vertical de la competencia con la horizontal, también hay normas, como ya he dicho, que invaden frontalmente las competencias expresamente reservadas al Estado por el artículo 149.1.8.ª del Estado –de estas extralimitaciones prefieren no opinar quienes piensan que el único límite de la competencia autonómica está en el «en todo caso»–, como ha sucedido con las propias del Título Preliminar del Código catalán o, ya en lo que aquí y ahora me interesa destacar, con las que componen las bases de las obligaciones contractuales. Y ello comporta un grave peligro de cara a la unidad de mercado», *RDM*, 2014.

<sup>149</sup> Así lo entiende GONDRA, quien además vincula esta función con la oportunidad, precisamente, de legislar bajo y para tal competencia: «(...) al propósito último de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado (...) creo que el artículo 149.1.8.ª el Estado proporciona otra vía, ciertamente menos expeditiva, como lo es la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre «las bases de las obligaciones contractuales» que, de forma mucho menos forzada, le permitirá alcanzar ese objetivo sin operar una deconstrucción del Derecho mercantil y, de paso, del Civil», en «Una primera aproximación...», 2013, p. 47. Asimismo, y a este respecto, entiende SÁNCHEZ GONZÁLEZ que «(...) el principio de unidad de mercado implica el establecimiento, dentro del Estado, de un «espacio económico jurídicamente homogéneo», presupuesto éste imprescindible para poder hablar de la existencia de un orden económico», en «Breves reflexiones...», 1993, p. 155. También para BELTRÁN SÁNCHEZ, con esta competencia exclusiva, «(...) el propio texto constitucional propicia, al amparo de la unidad de mercado, la unificación de aquellos sectores en los que existe duplicidad normativa: derecho de sociedades, derecho de obligaciones y contratos y derecho concursal», 1995, p. 169.

<sup>150</sup> Para ELIZANDE Y AYMARICH «(...) la regulación de los principios y reglas esenciales de la materia, los criterios generales y comunes, corresponde al estado y que las normas autonómicas han de respetar dicha regulación, que aparece como jerárquicamente superior a ellas», *ADC*, 1984, p. 426. Sin embargo, acaso antes que una cuestión de jerarquía se trata más bien de una cuestión de competencia. Entiende también prevalente tales bases, y por tanto dependiente de las mismas al Derecho autonómico que se legislara EGEA FERNÁNDEZ cuando afirma –en un momento en el que no se había aprobado aún– que

o que no puede llegar al punto de desnaturalizar las competencias legislativas civiles reconocidas a las Comunidades Autónomas<sup>151</sup>. Sin embargo, tal afirmación apenas permite sostener un concepto basilar, sin llegar verdaderamente a una comprensión de lo que se está tratando.

En la mayoría de los casos se han apuntado formulaciones excesivamente genéricas<sup>152</sup> –una opción, empero, tan necesaria como razonable, por apenas existir alternativas claras a la bruma–. En otras situaciones, se ha intentado concretar algunos aspectos concretos que las bases englobarían<sup>153</sup>, si bien apenas señalan algún ejemplo que no parece querer agotar el significado y contenido de tales bases. Incluso, se ha negado un verdadero contenido para las mismas, relegándolas a una base más formal que efectiva<sup>154</sup>. Ninguna explicación parece suficiente y, probablemente, la insuficiencia sea la mejor explicación a día de hoy.

---

«(...) en el Código Civil de Cataluña, del que ya han sido aprobados cinco de los seis libros que lo integran. Queda pendiente solo el libro sexto, que, atendiendo a las bases que fije el Estado, ha de regular las obligaciones y los contratos (...)», *RcDp*, 2010, p. 340.

<sup>151</sup> Explica GARCÍA RUBIO que «(...) el Estado no puede regular las bases de un modo tan detallado que deje a las CCAA competentes sin ámbito alguno para su propia regulación (no básica)», en «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», *RDC*, 2014 (1), p. 19. También entiende BELTRÁN SÁNCHEZ que «(...) el establecimiento por el Estado de las bases de una materia no puede llegar a tal grado de desarrollo que vacíe de contenido las competencias autonómicas», 1995, p. 154.

<sup>152</sup> Desde una calificación negativa de la competencia, afirma BELTRÁN SÁNCHEZ que «(...) la atribución al Estado de la competencia exclusiva para legislar sobre las «bases de las obligaciones contractuales» supone que la Constitución no impide la unificación sustancial en aquellos sectores en los que existe duplicidad de regulaciones (sociedades, obligaciones y contratos y procedimientos concursales)», 1995, p. 154.

<sup>153</sup> Concreta las bases, a resultas de la doctrina del Tribunal Constitucional (sobre todo de la STC 71/1982, de 30 de noviembre), SÁNCHEZ GONZÁLEZ, al menos en: «La regulación de la responsabilidad contractual (...) (...) la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales (...) Por último, la creación de derechos/obligaciones que se inserten *ex lege* en el contenido contractual», en «Breves reflexiones...», *op. cit.*, pp. 173-175, recapitulando y matizando tales bases (en cuanto a que tales contenidos son, al menos en parte, contradichos por la siempre indirecta oscuridad del Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, singularmente en la STC 121/1992, de 28 de diciembre) 1993, pp. 173-175. Para RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «(...) en las bases de las obligaciones contractuales que solo puede regular el Estado se hallan comprendidas, sin duda, cuestiones como la responsabilidad contractual, requisitos del contrato, derecho de desistimiento, etc. propias del Derecho de consumo», *RADP*, 2010, nota 91. FUENTES MARTÍNEZ, por su parte, incluye la regulación de la *par conditio creditorum*, *ex arts. 1922 y 1926 Cc* «(...) claramente incardinados dentro de las «bases de las obligaciones contractuales»», *La Notaría*, 2003, p. 126.

<sup>154</sup> Limita, aparentemente, las bases hasta el mínimo contenido posible LACRUZ BERDEJO cuando afirmaba que «(...) en el tema de contratos la Constitución reserva al poder central en exclusiva la legislación sobre «las bases de las obligaciones contractuales», quedando el resto de la materia entregado a la posible competencia legislativa de cada Comunidad con Derecho civil propio. Las bases acaso podrían permitir, entonces, al poder central determinar con exclusividad la ilicitud general de ciertos contenidos del contrato, pero no sería posible que se pueda considerar como *básico* a efectos de sustraer la correspondiente competencia legislativa a los territorios de fuero, cualquier contenido del contrato (...) La legislación estatal sobre las bases no podría exceder de los requisitos generales

La reciente STC 132/2019, de 13 de noviembre, que trata la cuestión en particular, vuelve a partir de un enunciado general para las concretas «bases de las obligaciones contractuales», afirmando que «(...) dentro de la competencia estatal sobre la contratación entre privados, tienen cobijo las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de este sector»; entendiendo tales bases como «(...) una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí –directo desde la Constitución– a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos». De forma no mucho más concreta, la sentencia también afirma que la competencia exclusiva referida a las bases no permite al Estado, a su amparo, «(...) regular pormenorizadamente aspectos materiales concretos».

No parece que haya aportado la sentencia demasiada claridad –o novedad– cuando afirma que «(...) ha de partirse de la idea de que la necesidad de una mínima regulación uniforme en materia de contratos, al ser el contrato un instrumento jurídico al servicio de la economía ha [*sic*] de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE)». Tampoco parece fácil imaginar una normativa autonómica que no respete, «en general» –que es como se enuncia–, «directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico». En cambio, mucho menos claro parece el control al que alude el TC respecto a la comprobación de que, en la legislación autonómica «el tipo contractual se ajusta al esquema establecido de la norma estatal». Y la confusión solo acaba de empezar:

Continúa la sentencia afirmando que «(...) proscribir determinados comportamientos, vetar concretos tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros, siempre está sujeto a la posibilidad de un enjuiciamiento constitucional de tales normas imperativas, en garantía de la libertad individual y de empresa»; pero sin aclarar si existe algún criterio que dote de un mínimo de seguridad jurídica a tal revisión de cualquier norma autonómica libre de disposiciones imperativas propias.

---

del contrato», 1986, p. 738. Entiende el autor, por lo tanto, que si se excluye de la eventual competencia foral la legislación contractual de consumo debe ser bajo la reserva relativa al Derecho mercantil, no a las bases de las obligaciones contractuales.

Sigue refiriendo principios que han de respetarse, como parte de las «bases de las obligaciones», enunciando sin distribución ni razón al *favor debitoris* y *favor creditoris* que, sin embargo, distan de ser principios generales uniformes para cada tipo contractual como parece afirmar la sentencia; lo mismo de los riesgos derivados del contrato sobre los que vuelve a ejemplificar. No mucho más esclarecedor resulta el mezclar conceptos tan genéricos como «la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato» con cuestiones mucho más concretas como «el sistema de responsabilidad por incumplimiento» (sobre todo en la medida que lo disocia de «la responsabilidad universal del deudor»).

Y termina, culminando la confusión, cuando decide la sentencia escoger como ejemplo, «(...) las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país». Valientes arquetipos la «nulidad» y «rescisión», tipos –y nominaciones– especialmente inciertos, no equivalentes y definitivamente no únicos no ya en el país, sino dentro del propio Código civil. Resulta, empero, un buen ejemplo. De la claridad manifestada en la resolución.

El Tribunal Constitucional no es –a pesar de lo que a veces pueda parecer– constituyente ni legislador. Sin elementos de interpretación suficientes, la doctrina que hubiera podido crear, aun mejor que la absoluta indeterminación que ha dejado, tampoco hubiese podido abarcar la completitud de tales bases. No, al menos, sin rebasar su adecuada función controladora de la inconstitucionalidad. Parece, por ello, mucho más adecuado que, sabiendo que en efecto debe existir un ámbito para tales bases, y resultando claro cuál es, sea el Poder legislativo el que llene tal espacio<sup>155</sup>. Por supuesto, sometido al control posterior del Tribunal Constitucional, como garante de la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas con competencia en legislación civil.

---

<sup>155</sup> Pues «(...) en esas bases han de hallarse los fundamentos comunes de toda la contratación privada y no solo de la civil, los cuales constituyen un común denominador irrenunciable por el Estado y, si se quiere, por el mercado nacional y que, de una buena vez, el legislador tendrá que concretar», GARCÍA RUBIO, 2015, pp. 98-99. Y es que, como bien afirma la misma autora en la misma obra, para tales «(...) bases de las obligaciones contractuales, cuyos precisos contornos solo puede delinear el legislador estatal (...) el Código civil ha de ser la sede adecuada para realizar tal tarea, cuyo resultado estaría, por supuesto, sometido al posible control *ex post* del Tribunal Constitucional», p. 104. Teniendo en cuenta, además, que como reconoce la propia STC 132/2019, el problema competencial se nutre de la negligencia del Legislador al ignorar esta cuestión, pues «(...) mientras esto sucede [la determinación del Legislador estatal de tales bases], las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal (...)».

Pues bien, aunque pueda no ser claro qué son tales *bases de las obligaciones contractuales*, acaso la parte general de la ordenación de las obligaciones y los contratos (dividida en dos títulos, por otra parte, por motivos no estrictamente normativos, que no afectan a la esencial unicidad de su contenido<sup>156</sup>) es el ámbito propicio para contenerlas<sup>157</sup>. No es necesario que todas las *bases* estén en esta parte general; ni que toda la parte general necesariamente suponga *bases*; sino que parece apropiado que gran parte de las *bases*, generales, se recojan en esta sede. Se presentaría, además, como una ocasión idónea para, al legislar la misma desde su ámbito más adecuado<sup>158</sup>, invocar la base competencial tratada y, de esta forma, ofrecer un contenido real con el que dotar de sentido al mandato competencial constitucional, hasta ahora mayormente ignorado.

En fin, podrían servir también parte de los contenidos tratados como «bases». Y podría asimismo ser más sencillo identificar legis-

<sup>156</sup> Es decir, no parece que haya que trazar diferencia a este respecto entre el Título I y II, como no cabría hacerlo entre «bases de las obligaciones contractuales» y «bases de los contratos obligatorios». En este sentido, se explica en la Exposición de Motivos de la PCC que «La delimitación entre lo que es teoría general de la obligación y lo que es teoría general del contrato resulta extraordinariamente difícil. Ello tiene que ver con el hecho de que el contrato es la principal fuente de las obligaciones, y hay ciertos tipos de obligaciones que solo pueden —o suelen— nacer de los contratos; pero también con el hecho de que la elaboración doctrinal de la teoría de la obligación se hizo a partir del estudio de las obligaciones nacidas de contrato (...) Para la toma de decisión de determinar qué hay que incluir en el Título de la obligación y qué en el Título de los contratos la tradición no ayuda demasiado como criterio; tampoco la doctrina, pues hay autores que incluyen en la teoría del contrato ciertas figuras que otros estudian dentro de la teoría de la obligación. Se ha optado por incluir en las obligaciones todo lo que tenga que ver con la obligación propiamente dicha (...) mientras que todo lo que vaya referido principalmente al negocio del que surge la obligación se ha incluido en el Título de los contratos. No obstante, se ha huido de rigideces en la aplicación de este criterio, de modo que en ocasiones han prevalecido otras razones, y hay materias cuya regulación se incluye entre las obligaciones y que, igualmente, habrían podido incorporarse en el Título de los contratos», *Propuesta de Código civil, op. cit.*, pp. 200-201.

<sup>157</sup> No en vano, la propia STC 132/2019 llega a señalar, como cuerpo normativo del que desprender los principios que informarían las bases de las obligaciones (nada menos) a los títulos I y II del libro IV del CC (arts. 1088 a 1314).

<sup>158</sup> En el sentido apuntado por GARCÍA RUBIO: «Este nuevo Código civil [tratando, no de la PCC, sino de una hipótesis de recodificación idónea], concebido como un depósito de principios y no como depósito de una disciplina científica, sería aplicable a todo el Derecho privado, pues en la realidad de nuestro tiempo la unidad del Derecho privado no es un capricho, ni siquiera es una opción, es más bien una genuina necesidad», 2015, p. 98. También para CASANOVA ASENSIO, «(...) siendo el Derecho Civil el ámbito adecuado para la regulación de las bases de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de que se establezcan las especialidades que se consideren convenientes para la contratación profesionalizada», 2019. Abundando en la preferencia de la legislación civil para este ámbito material, GONDRA afirma que «Reivindicar a estas alturas la idea de una *aequitas mercatoria*, con pretensiones de una metodología y una técnica jurídica de Teoría general diferente de la civil, no tiene el menor sentido», 2013, p. 40 y, por ello «Construir, en paralelo con la Parte general del Derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código civil que, en cuanto Teoría general y Derecho común, sirve para todos los Derechos especiales, una parte general “especial” de obligaciones y contratos mercantiles, carece a mi juicio de toda lógica (...) Y, por supuesto, la alternativa de duplicar la misma Teoría general civil en el Código mercantil tiene aún menos sentido», p. 40.

lativamente tales «bases» sobre Títulos o conjuntos normativos homogéneos, antes que predicarlo de distintas normas diseminadas en el Código. Por ello, parece idóneo el mantener la regulación general del desistimiento, «en todo caso», en el ámbito regulado de las disposiciones generales de las obligaciones contractuales.

## TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional	Ponente	Marginal
STC 48/1988, de 22 marzo.	Gloria Begué Cantón.	[RTC 1988\48].
STC 147/1991, de 4 julio.	Eugenio Díaz Eimil.	[RTC 1991\147].
STC 197/1996, de 28 noviembre.	Julio Diego González Campos.	[RTC 1996\197].
STC 132/2019, de 13 noviembre.	Juan José González Rivas.	[RTC 2019\132].

Tribunal Supremo	Ponente	Marginal
STS de 14 de abril de 1897.	J. Garnica.	<i>G. 5 mayo 1897, t. 81, p. 706.</i>
STS de 22 de noviembre de 1974.	Baltasar Rull Villar.	[RJ 1974\4376].
STS de 10 de junio de 1975.	Julio Calvillo Martínez.	[RJ 1975\3265].
STS de 10 de marzo de 1979.	Gregorio Díez Canseco y de la Puerta.	[RJ 1979\858].
STS de 13 mayo 1983.	Antonio Sánchez Jáuregui.	[RJ 1983\2822].
STS de 8 julio 1983.	Jaime De Castro García.	[RJ 1983\4203].
STS de 8 de octubre de 1987.	Cecilio Serena Velloso.	[RJ 1987\6766].
STS de 15 octubre 1992.	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.	[RJ 1992\7821].
STS 474/1993 de 13 de mayo.	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.	[RJ 1993\3546].
STS 1013/1994 de 15 noviembre.	Francisco Morales Morales.	[RJ 1994\8488].
STS de 29 noviembre 1995.	Antonio Gullón Ballesteros.	[RJ 1995\8361].
STS 1996 de 9 de febrero.	Jesús Marina Martínez-Pardo.	[RJ 1996\865].
STS 840/1996, de 17 octubre.	Alfonso Villagómez Rodil.	[RJ 1996\7115].
STS 386/1997, de 12 mayo.	Eduardo Fernández-Cid de Temes.	[RJ 1997\4121].
STS 815/2000, de 28 julio.	José Ramón Vázquez Sandes.	[RJ 2000\6202].
STS 1117/2001, de 3 de diciembre.	Francisco Marín Castán.	[RJ 2001\9924].
STS 419/2003, de 25 abril.	Jesús Corbal Fernández.	[RJ 2003\3546].
STS 292/2005, de 26 abril.	Alfonso Villagómez Rodil.	[RJ 2005\3933].
STS 679/2005, de 29 de septiembre.	Pedro González Poveda.	[RJ 2005\8892].
STS 1103/2006, de 8 noviembre.	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.	[RJ 2006\9419].

<b>Tribunal Supremo</b>	<b>Ponente</b>	<b>Marginal</b>
STS 959/2008, de 22 octubre.	Juan Antonio Xiol Ríos.	[RJ 2008\5787].
STS 54/2010, de 19 de febrero.	Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.	[RJ 2000\1788].
STS 404/2010, de 18 junio.	Antonio Salas Carceller.	[RJ 2010\4892].
STS 69/2012, de 29 de febrero.	Román García Varela.	[RJ 2012\4995].
STS 318/2012, de 24 mayo.	Antonio Salas Carceller.	[RJ 2012\6538].
STS 36/2015 de 30 enero.	Xavier O'Callaghan Muñoz.	[RJ 2015\317].
STS 123/2015, de 4 marzo.	Rafael Saraza Jimena.	[RJ 2015\1095].
STS 208/2016, de 5 de abril.	Ángel Fernández Pantaleón Prieto.	[RJ 2016\4287].
STS 539/2017, de 3 de octubre.	Francisco Javier Arroyo Fiestas.	[RJ 2017\4871].
ATS de 28 enero de 2014.	Sebastian Sastre Papiol.	[JUR 2014\46421].
ATS de 26 de abril de 2017.	Pedro José Vela Torres.	[JUR 2017\99941].

<b>Audiencias Provinciales</b>	<b>Ponente</b>	<b>Marginal</b>
SAP de Barcelona 577/2006, de 19 de octubre.	Francisco Herrando Millán.	[JUR 2007\140596].
SAP de Burgos 415/2009, de 5 noviembre.	Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia.	[AC\2009\2400].
SAP de Sevilla 112/2010, de 9 marzo.	Fernando Sanz Talayero.	[AC 2010\1392].
SAP de Córdoba 302/2010, de 14 diciembre.	José María Magaña Calle.	[JUR 2011\391683].
SAP de Valencia 137/2011, de 14 marzo.	Alejandro Giménez Murria.	[JUR 2011\270849].
SAP de Zaragoza 273/2012, de 15 mayo.	Francisco Acín Garós.	[JUR 2012\199026].
SAP de Murcia 248/2013, de 18 de abril.	Carlos Moreno Millán.	[JUR 2013\203292].
SAP de Orense 239/2013, de 14 junio.	Josefa Otero Seivane.	[JUR 2013\243855].
la SAP de Barcelona 571/2013, de 19 diciembre.	Francisco Herrando Millán.	[JUR 2014\21023].
SAP de la Rioja 46/2014, de 18 febrero.	María José Martín Argudo.	[JUR 2014\90777].
SAP de Zaragoza 121/2015, de 14 abril.	Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.	[JUR 2015\132635].
SAP de Albacete 255/2015, de 15 octubre.	José García Bleda.	[JUR 2015\296693].
SAP de Madrid 33/2016, de 3 marzo.	Juan Ángel Moreno García.	[JUR 2016\88949].

Audiencias Provinciales	Ponente	Marginal
SAP de Málaga 377/2016, de 31 mayo.	Antonio Alcalá Navarro.	[JUR 2016\266280].
SAP de Palencia 129/2016, de 20 junio.	Carlos Miguelez del Río.	[JUR 2016\259380].
SAP de Pontevedra 339/2016, de 27 junio.	María Begoña Rodríguez González.	[JUR 2016\188038].
SAP de Pontevedra 567/2016, de 5 diciembre.	María Begoña Rodríguez González.	[JUR 2017\5518].
SAP de Vizcaya 99/2017, de 30 marzo.	Leonor Ángeles Cuenca García.	[JUR 2017\136679].
SAP de Asturias 191/2017, de 10 julio.	Javier Antón Guijarro.	[JUR 2017\224641].
SAP de Sevilla 472/2017, de 11 diciembre.	Víctor Nieto Matas.	[JUR 2018\86734].
SAP de Málaga 11/2018, de 12 enero.	Inmaculada Melero Claudio.	[JUR 2018\264644].
SAP de Córdoba 337/2018, de 11 mayo.	Felipe Moreno Gómez.	[JUR 2018\259949].
SAP de Córdoba 82/2019, de 24 de enero.	Felipe Moreno Gómez.	[JUR 2019\66878].

JURISPRUDENCIA DE DERECHO COMPARADO

Italia.	Cass. civ. n. 11642/2003, de 29 de julio.
Italia.	Cass. civ. n. 9132/2012, de 6 de junio.
Italia.	Cass. civ. n.2130/2017, de 27 de enero.
Portugal.	<i>Acórdão</i> STJ 4865/07.7TVLSB. L1. S1, de 7 de julio de 2010.
Portugal.	<i>Acórdão</i> STJ 4747/07.2TVLSB. L1. S1, de 5 de febrero de 2015.
Inglaterra.	<i>Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd</i> , 1998 AC, 1.
Inglaterra.	<i>J. C. Williamson Ltd. v. Lukey and Mulholland</i> , 1931 45 C. L. R..
Chile.	Resolución n.º438081, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de mayo de 2016 (causa civil n.º 10066/2015)

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: *Los contratos de servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 4/2010, pp. 1-19.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «¿Es el CESL legislación inteligente?», en *Revista CESCO*, n.º 11/2014, pp. 201-228.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L. (coords), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 57-117.
- BARENDRECHT, Maurits: *et alii, Principles of European Law. Service Contracts*, Sellier, Munich, 2007.
- BATTELLI, Ettore: «La disciplina del recesso», en *I contratti di appalto privato*, Cuffaro (dir.), Milán, 2011.
- BELTRAN DE HEREDIA, José: *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», en *RDC*, v. II, n.º 2, 2015, pp. 69-126.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 1176», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albadalejo, M., y Díaz Alabart (dirs.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- BLASCO GASCO, Francisco: en «Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliias del juez)», *Jueces para la democracia. Información y debate*, n.º 41, Asociación Jueces para la Democracia, Madrid, 2001, pp. 70-79.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, y MEJÍAS ALONZO, Claudia: «El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 46, 2016, pp. 71-103.
- BURROWS, Andrew: *Understanding the Law of obligations*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: «Arrendamiento de servicios», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 575-576.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 677/2005, pp. 7-12.
- *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: «Retraso y mora del deudor en la Propuesta de Código civil de la APDC», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L. (coords.) Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 259-284.

- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», *Indret* 3/2015, pp. 1-34.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: «El “resultado” en la obligación del médico, ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?», *Estudios del Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2006, tomo I, pp. 414-468.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código civil español», en el *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2134, 2011, pp. 1-17.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: «La jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fasc. II, 1975, pp. 437-458.
- Derecho procesal civil: el proceso de declaración, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- *Ejecución forzosa, procesos especiales*, Tercera edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «El mandato», *Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000, pp. 225-248.
- DEMOGUE, René: «Des modifications du contrat par volonté unilatérale», *RTD-Civ*, 1907.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «El desistimiento o denuncia en los contratos de duración indefinida», en *Extinción de los contratos. Un enfoque comparado*, Díaz Alabart, S., et alii (coords.), La Ley (Thomson Reuters), Buenos Aires, 2017, pp. 203-248.
- DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, Calixto: *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 2008.
- DURAND-PASQUIER, Gwénaëlle: *Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, Delebecque, Ph., (dir. t), París I, 2005.
- ECHEVERRÍA SÁENZ, Josefa: *El contrato de franquicia: definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «Competencia en materia de derecho civil», *Revista catalana de Dret públic*, número especial sobre el Estatuto, 2010, pp. 340-345.
- ELIZANDE Y AYMARICH, Pedro: «El Derecho civil de los Estatutos de Autonomía», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 389-436.
- ESCARTÍN, José Antonio: «El contrato de servicios», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T. III-1, Prats Albertosa, L. (coord.), Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012.
- FARNSWORTH, Edward Allan (y WOLFE, Zachary): *Farsworth on Contracts*, Aspen Publishers, Gaithersburg, 2010.
- FARRAJOTA, Joana: *Os Efeitos da Resolução Infundada por Incumprimento do Contrato*, Pinto Duarte, R., (dir. T.), Universidade Nova de Lisboa, 2013.

- FENOY PICÓN, Nieves: «Comentario de Sentencia 5 de junio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 80, 2009, pp. 571-590.
- «La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, f. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «Algunas cuestiones prácticas sobre el derecho de retención», *La Notaría*, n.º 9-10/2003, pp. 123-146.
- GALÁN CORONA, Eduardo: «Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz A., (dir), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 419-432.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: «El desistimiento en los contratos *intuitu personae*. La pérdida de confianza», en *Extinción de los contratos. Un enfoque comparado*, Díaz Alabart, S., et alii (coords.), La Ley (Thomson Reuters), Buenos Aires, 2017, pp. 467-527.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- «El desistimiento del consumidor (o usuario) en los contratos de obra y servicios», *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Albiez Dhormann, K. J., y Rodríguez Marín, C. (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 427-458.
- GARCÍA GOYENA, Francisco: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, tomo III, Madrid, 1852.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Joaquina: «El control de contenido de las cláusulas no negociadas entre empresarios», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L., (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 343-370.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», en *Revista de Derecho civil*, vol. I, n.º 1, 2014 (1), pp. 7-27.
- *Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil*, Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García, vol. I, Editum, Murcia, 2014 (2), pp. 1939-1954.
- «Hacia un nuevo Código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», *Codificaciones del Derecho privado en el S. XXI*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 61-113.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *Indret*, n.º 3, 2007, pp. 1-49.
- GONDRA, José María: «La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 290, 2013, pp. 27-52.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Artículo 1124», en *Comentarios al Código civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8213-8261.
- «Capítulo II. Cláusulas abusivas», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1360-1361.
- GUERRINI, Luca: «Ius variandi e recesso discrezionale nel contratto di appalto», *Rivista di diritto privato*, 1/2015, pp. 69-87.
- HOLMES, Oliver Wendell: «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, n.º 457, 1897 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Holmes.xml>).

- JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria: estudio jurisprudencial del art. 1504 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- KLEIN, Michele: *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «El principio aragonés *Standum est Chartae*», *Anuario de Derecho civil*, vol. 39, n.º 3, 1986, pp. 683-762.
- (*Et alii*) *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel María: «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», *Contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Artículo 1594», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albadalejo, M., y Díaz Alabart (dirs.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- MACANAS, Gabriel: «La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 215-290.
- «La renuncia del abogado en el contrato de servicios», *Indret*, 3/2015, pp. 1-64.
- «La imposibilidad sobrevenida de la PMCC», en *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Hornero Méndez, C., et alii (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 361-382.
- «El mutuo disenso y su regulación en la Propuesta de Código civil de la APDC (art. 526-2 PCC)», en *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L., (coords.) Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 145-188.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Jurisprudencia civil española (1894-1897)*, Imprenta de la Revista de Legislación, 1898 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Manresa.xml>).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Curso de Derecho Civil*, tomo II, Colex, Madrid, 2011.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010.
- MORENO QUESADA, Luis: «Contratos de prestación de actividad en servicio ajeno», *Curso de Derecho civil*, Sánchez Calero, F. J., Moreno Quesada, B., (coords.), T. II, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 511-569.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, 12.ª Edición, Aranzadi, Madrid, 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, n.º 4, 1989, pp. 1143-1168.
- PÉREZ-CASTRILLO, David: «El Reparto del Botín», *Un Paseo por la Geometría*, Ibáñez-Torres, R., y Macho-Stadler, M. (eds.), Universidad del País Vasco, 2004, pp. 1-16.
- PINDICK, Robert Stephen, y RUBINFELD, Daniel Lee: *Microeconomía*, Ed. Prentice Hall, 1995.
- POTHIER, Robert Joseph: *Tratado de la locación-conducción*, Barcelona, 1841 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Pothier.xml>).

- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales», *Anuario de Derecho civil*, f. II, 2001, pp. 681-751.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *El desistimiento unilateral: como causa de extinción del contrato*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia: «La reforma de los códigos, civil y de comercio: la unificación del derecho de obligaciones y contratos y la sede normativa del derecho de consumo», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, n.º 24, 2010, pp. 119-150.
- ROSITO, Dina: «L'appalto», *Trattario di Diritto civile. Contratti speciali*, Cendon, P. (dir), Giuffrè, Milán, 2016.
- ROWAN, Solene: *Remedies for breach of contract*, Oxford University Press, 2011.
- RUBINO, Domenico: *L'Appalto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1946.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXI, f. IV, 2018, pp. 1351-1486.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales», *Derecho privado y Constitución*, n.º 1, 1993, pp. 151-176.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1899.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo: «El derecho al desistimiento unilateral del cliente», *Revista Ius et Praxis*, n.º 2, 2018, pp. 303-340.
- SMITH, Lionel: «Understanding Specific Performance», *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Cohen, N. y McKendrick, E., (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 221-234.
- SOLER PRESAS, Ana: «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15 de noviembre de 1994)», *Anuario De Derecho Civil*, Vol. 48, n.º 2, 1995, pp. 951-970.
- TORAL LARA, Estrella: «Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio», *CCJC*, n.º 106, 2018, pp. 279-315.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más allá hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 199-216.
- VAQUERO PINTO, María José: *El arrendamiento de servicios*, Comares, Granada, 2005.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, La Ley, 2009.
- VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric: (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law*, Sellier, Múnich, 2009.
- VON IHERING, Rudolf: *El fin en el Derecho*, B. Rodríguez Serra (Ed.), Madrid, 1911 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Ihering.xml>).
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut y sus efectos sobre el Derecho civil (y mercantil) español», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 294, 2014, pp. 13-58.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables», *Indret* 4/2016, pp. 1-33.