

**CUADERNO VI
CONTRATOS TÍPICOS**

3º. CONTRATOS DE OBRA Y SERVICIOS

DR. ANTONIO GÁLVEZ CRIADO

*Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

**ACTIVIDAD PRÁCTICA 1ª.
REDACCIÓN DE DICTAMEN JURÍDICO**

(El modelo de Dictamen lo encontrará en el Anexo I)

ASUNTO: Dictamen solicitado por la Comunidad de Propietarios X de la ciudad de Málaga.

HECHOS: Se había celebrado un contrato de servicios entre la Comunidad de Propietarios X, de la ciudad de Málaga, y don José Luis R. S., abogado de profesión, en el que se habían pactado, entre otras cláusulas, las siguientes:

“Primera.- El objeto del presente contrato lo constituye la gestión de cobro de las cantidades que por gastos de comunidad, a la fecha del presente contrato, adeudan los miembros de esta Comunidad de Propietarios a la misma, tanto mediante reclamación judicial como extrajudicial. Se incluye también en el contrato la gestión de cobro de las cantidades que puedan adeudarse en el futuro, una vez que transcurra el periodo voluntario de pago.

Segunda.- Los honorarios que tendrá derecho a percibir don José Luis R. S. por la prestación del servicio serán el 50% de las cantidades totales que logre cobrar de los miembros de la Comunidad, siendo de cuenta del letrado cualquier gasto derivado de las gestiones, judiciales o extrajudiciales, que se lleven a cabo a tal fin.

Tercera.- El abogado, don José Luis R. S., garantiza a la Comunidad el cobro en un plazo máximo de cinco años de, al menos, el 50% de las cantidades adeudadas a la Comunidad a la fecha del presente contrato.

Cuarta.- Se acuerda como duración del presente contrato el plazo de CINCO AÑOS, de manera que su vigencia se iniciará el día 1 de enero de 2006 y finalizará el día 31 de diciembre de 2010, prorrogándose por periodos iguales de duración si ninguna de las partes comunica a la otra su intención de poner fin al contrato con un plazo de preaviso mínimo de un año.

No obstante lo anterior, y si por cualquier circunstancia, cualquiera de las partes pusiera fin al contrato antes de la expiración del plazo de duración del mismo o de cualquiera de sus prórrogas, deberá indemnizar a la otra parte con la cantidad de VEINTICUATRO MIL EUROS (24.000 €)”.

Transcurridos cuatro años y un mes de duración del contrato y en vista de que don José Luis R. S. solamente ha logrado cobrar el 15% de los recibos pendientes de cobro cuando se firmó el contrato (y un porcentaje similar respecto a los adeudados a la Comunidad con posterioridad), la Comunidad somete a su consideración y dictamen las siguientes:

CUESTIONES:

1.^a) Si la Comunidad estaría autorizada para resolver por incumplimiento el presente contrato y si, en ese caso, puede reclamar a don José Luis R. S., como indemnización, el pago de una cantidad igual a la diferencia entre el 50% de recibos pendientes al tiempo del contrato (1 de enero de 2005) y el 15% efectivamente cobrado, tal y como el letrado había garantizado en la cláusula tercera.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la Comunidad de Propietarios no ha llegado nunca a reunirse para aprobar el ejercicio de acciones judiciales frente a los propietarios morosos, a pesar de las reiteradas peticiones realizadas por don José Luis en este sentido.

2.^a) Si, con independencia de que proceda o no la resolución del contrato, la Comunidad puede todavía desistir unilateralmente del mismo (con efectos a partir del 31 de diciembre de 2010), a pesar de que no sea posible cumplir el plazo de preaviso mínimo de un año de la cláusula tercera, y sin tener que indemnizar a la otra parte.

En definitiva y en este punto, la Comunidad desea saber los efectos del incumplimiento por su parte del plazo mínimo de preaviso pactado.

3.^a) Si, aunque no resuelva el contrato o desista unilateralmente de él, la Comunidad puede exigir a don José Luis R. S. el pago de las cantidades mínimas garantizadas por él en la cláusula tercera del contrato una vez que transcurran el plazo de 5 años acordado.

4.^a) La Comunidad desea saber el plazo de prescripción de la acción tendente al cobro de los recibos adeudados a la Comunidad por los propietarios.

ACTIVIDAD PRÁCTICA 2ª. CASO PRÁCTICO

Modelo de Caso Práctico

Supuesto

Al ser arrastrados por las aguas del río Ter cuando trataban de abandonar el coche que ocupaban, los dos hijos de los demandantes fallecieron. Los padres pusieron el caso en manos del abogado, don J. Antonio, que interpuso una denuncia que dio lugar a unas diligencias penales que quedaron finalmente archivadas, lo que se notificó el día 20 de julio de 2000. La idea era, a continuación, reclamar una indemnización de daños y perjuicios por vía civil, pero lo cierto es que don J. Antonio, que realizó algunas gestiones para tratar de conocer qué competencia tenían los ayuntamientos y otros organismos sobre el puente en el que se produjo el siniestro, no interpuso ninguna demanda ante los tribunales.

El día 16 de julio de 2001 (cuando faltaban 4 días para la prescripción de la posible responsabilidad civil), don J. Antonio acompañó a los padres para solicitar abogado de oficio, siendo designado don Camil, que no presentó la demanda hasta el 1 de abril de 2003, siendo ésta desestimada, entre otras razones, por prescripción. A consecuencia de ello, los padres de los fallecidos interpusieron una demanda de responsabilidad civil por negligencia profesional contra ambos letrados.

Cuestiones que se proponen

1. Califique la relación jurídica que media entre el abogado y su cliente en este tipo de casos y determine si ha sido correcta la actuación profesional de ambos abogados.
2. Determine el plazo de prescripción de la reclamación que pretendían entablar los padres a consecuencia del fallecimiento de sus hijos. Asimismo, determine si la solicitud de abogado de oficio puede interrumpir la prescripción y sus consecuencias en este caso.
3. Determine el posible daño causado en este caso y las bases para su cuantificación.
4. Determine, en caso de ser estimada la pretensión indemnizatoria frente a los abogados, si la condena de éstos debe serlo o no en forma solidaria.

Argumentación de las cuestiones propuestas en el caso práctico

1. Califique la relación jurídica que media entre el abogado y su cliente en este tipo de casos y determine si ha sido correcta la actuación profesional de ambos abogados.

En principio, el contrato que media entre un abogado (profesional liberal) y su cliente suele calificarse como contrato de servicios, pues generalmente se obliga a prestar a favor de éste una actividad de forma diligente y conforme a las técnicas y cuidados que rigen su actividad profesional (la *lex artis*), aunque ello no excluye que la actividad desplegada por él conduzca a alcanzar algunos resultados concretos, como ocurre en este caso, en el que está

obligado a ejercitar judicialmente los derechos de sus clientes mediante la presentación de una demanda, aunque como es evidente, no garantiza con ello un resultado concreto favorable a éstos. Pero no puede ocultarse que, en otras ocasiones, las obligaciones asumidas por el abogado puedan estar más cercanas a un contrato de obra que de servicios, como ocurre cuando se obliga a realizar un dictamen o informe jurídico por escrito.

En el caso contemplado aquí y entrando en el examen de las concretas obligaciones asumidas por los letrados y en si actuaron correctamente, debe decirse que, como resultado de la actuación de ambos, prescribió el derecho/acción del matrimonio para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento de sus hijos, viéndose privados, por tanto, del “derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”, que es un derecho fundamental (art. 24 CE). Por un lado, no parece dudoso que don J. Antonio debió actuar con más diligencia y haber actuado antes para que se designara a abogado de oficio, y no a falta de cuatro días para que prescribiera la acción. Muy probablemente y puesto que conocía sobradamente los detalles del caso (se había ocupado de él durante varios años), estaba en condiciones de haber presentado, al menos, una reclamación extrajudicial para producir la interrupción del plazo de prescripción (art. 1973 CC), que debió saber estaba a punto de cumplirse, como debía saber por tanto, que era muy probable que la prescripción ya se hubiera producido para cuando fuera designado de oficio su sucesor.

Por otra parte, la actuación de don Camil también dista mucho de ser la propia de un profesional que ha de aplicar todos sus conocimientos y pericias en la defensa del derecho de sus clientes, puesto que dejó pasar casi dos años desde que se hizo cargo del caso hasta que presentó una demanda ante los tribunales. Ciertamente es posible que el derecho de sus clientes ya hubiere prescrito antes de su nombramiento, pero entonces debió informar a éstos de que la reclamación que pudiere iniciar ya estaba fuera del plazo legal. Por ello, su actuación en modo alguno queda justificada.

Sobre esta cuestión puede consultarse la STS de 16 de diciembre de 1996, donde también se planteó el problema de la actuación del abogado al dejar transcurrir el plazo de prescripción y el Alto Tribunal afirmó lo siguiente: *“Probado en autos que el abogado recurrente dejó transcurrir el plazo de año sin efectuar el requerimiento que, en su caso, habría interrumpido el plazo prescriptivo de la acción por culpa extracontractual, tal conducta no puede por menos de ser calificada de negligente al haber incumplido los deberes profesionales que sobre él pesaban y que vienen establecidos en los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía Española (...); obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a la exigencia de responsabilidad civil de acuerdo con el artículo 102 del citado Estatuto”*. Estas referencias normativas deben entenderse hoy hechas a los arts. 42 y 78.2 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y en sentido semejante se pronuncia el Código Deontológico, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Español.

2. Determine el plazo de prescripción de la reclamación que pretendían entablar los padres a consecuencia del fallecimiento de sus hijos. Asimismo, determine si la solicitud de abogado de oficio puede interrumpir la prescripción y sus consecuencias en este caso.

Puesto que los padres de los fallecidos pretendían dirigir su demanda frente a ayuntamientos u otros organismos públicos, resulta aplicable al caso el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece un plazo de prescripción de un año, contado desde *“producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”*.

Por otra parte, es difícil que la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita produzca la interrupción de ese plazo de prescripción en este caso. Y es que con anterioridad a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la jurisprudencia consideraba que la solicitud (que se presentaba ante el órgano judicial competente para conocer del proceso principal) interrumpía el plazo de prescripción si en dicha solicitud se precisaba la pretensión que se quería hacer valer en el pleito principal (SSTS de 2 de febrero de 1984 y 17 de marzo de 1986, entre otras muchas).

Sin embargo, en la actualidad, la Ley 1/1996, que contiene varias previsiones en este sentido para impedir que el tiempo que necesariamente conlleva la tramitación de la solicitud de nombramiento de abogado (y/o procurador) pueda causar indefensión al solicitante (en este caso, por el juego de la prescripción), establece en su art. 16 (actual redacción conforme a la Ley 16/2005, de 18 de julio), párrafo tercero, tres requisitos para que pueda producirse dicha interrupción en el caso de que todavía no se ha iniciado el pleito principal:

1.º) Que la solicitud se haya producido antes de iniciarse el proceso judicial principal.

2.º) Que la acción que se pretende ejercitar en dicho proceso pueda resultar perjudicada por el transcurso del plazo de prescripción.

3.º) Que dentro de los plazos establecidos en la propia Ley 1/1996 no sea posible nombrar al solicitante Abogado (y Procurador, de ser preceptivo) del turno de oficio, de manera que puedan ejercitar la acción en nombre del solicitante.

Por su parte, el párrafo cuarto de dicho art. 16 establece que *“el cómputo del plazo de prescripción se reanuda desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado por el Colegio de Abogados o, en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en su caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud”*, aunque más que suspensión de la prescripción parece un supuesto de interrupción, como venía estableciendo la jurisprudencia previa a esta Ley. Teniendo en cuenta que el Colegio de Abogados correspondiente tiene un plazo máximo de quince días para la designación provisional de abogado desde la recepción de la solicitud (art. 15) y que faltaban solamente cuatro días para la prescripción de la acción de responsabilidad civil contra las Administraciones Públicas, parece claro que cuando don Camil se hizo cargo de la defensa de sus clientes, dicho plazo de prescripción ya había transcurrido.

Si la interrupción se hubiere producido, ello debe conllevar, en nuestra opinión, la exoneración del primero de los letrados, don J. Antonio, pues el letrado designado de oficio, don Camil, dispondría entonces de un nuevo plazo de un año para presentar la correspondiente demanda de responsabilidad civil. Por el contrario, la no interrupción de la prescripción debe conllevar la exigencia de responsabilidad a ambos abogados por las razones ya indicadas: la negligencia de don J. Antonio dejando transcurrir el plazo de prescripción y la negligencia de don Camil por no advertir a sus clientes que la acción ya estaba prescrita.

3. Determine el posible daño causado en este caso y las bases para su cuantificación.

Debe partirse de la doctrina jurisprudencial que exige que el daño debe ser cierto y efectivo, de manera que la indemnización comprenderá únicamente los daños realmente producidos que resulten probados. Por ello, casos como el presente, que pueden englobarse dentro de los llamados *“daños por pérdida de una oportunidad”*, consistente ésta en la pérdida de la posibilidad de plantear un pleito, pueden recibir un triple tratamiento en nuestra opinión:

a) Considerar que haber privado negligentemente al cliente de la posibilidad de obtener una sentencia de los tribunales constituye un daño en sí mismo que ha de ser objeto de compensación, consistente en la pérdida de un derecho, con independencia de cuál hubiera sido el resultado de aquel hipotético pleito.

b) Entender que el juez que conozca del asunto habrá de realizar un juicio de probabilidad y conceder una indemnización sólo cuando hubiera sido probable que los demandantes hubieran obtenido una sentencia favorable, de manera que la pérdida de la oportunidad de ganancia sea real y seria. Puede plantearse también si la indemnización debe ser entonces proporcional a las probabilidades de éxito de los demandantes.

c) Considerar que, no siendo posible conocer con seguridad cuál hubiera sido el resultado de aquel otro hipotético pleito y siendo imposible, por tanto, que los demandantes puedan probar la existencia real del daño, que la pretensión indemnizatoria de éstos quede excluida.

Sobre este problema y en casos parecidos, nuestro TS, en sentencias de 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 21 de marzo de 2006 y 28 de febrero de 2008, entre otras, viene distinguiendo entre el daño producido como consecuencia de la imposibilidad del ejercicio de un derecho (derecho a la tutela judicial efectiva), que debe ser calificado como daño moral y ser valorado discrecionalmente por los tribunales conforme a las circunstancias concurrentes en el caso, y por otro lado estaría el daño patrimonial, consistente en las ganancias dejadas de percibir (art. 1106 CC) y que pretendían obtenerse mediante el reconocimiento de un derecho a través de las acciones procesales que han quedado frustradas. En este caso y en palabras de la STS de 28 de febrero de 2008: *“la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar”*.

En nuestra opinión y a pesar de esta línea jurisprudencial, parece muy dudoso que pueda admitirse una compatibilidad entre una indemnización por daño moral y otra por daño material en este tipo de casos, puesto que ello podría fácilmente desembocar en una dualidad de indemnizaciones por el mismo concepto. Por otro lado, será difícil que el Tribunal que conoce de la reclamación por negligencia contra los abogados pueda conocer con exactitud los hechos necesarios para realizar un juicio fundado sobre la probabilidad de éxito del pleito que quedó frustrado a fin de poder establecer si hubiera prosperado aquella pretensión y en qué cuantía exacta. Además y en este caso, dicho pleito hubiera ido encaminado básicamente a obtener por parte de los demandantes una indemnización por el daño moral derivado de la muerte de sus hijos. Por todo ello, creemos más conveniente establecer una indemnización por daño moral en el pleito entablado contra los abogados, a fijar prudentemente por el tribunal en una cuantía global.

4. Determine, en caso de ser estimada la pretensión indemnizatoria frente a los abogados, si la condena de éstos debe serlo o no en forma solidaria.

La pretensión indemnizatoria por daño moral debe ser estimada en nuestra opinión, por las razones ya expuestas. En cuanto a si la condena de los abogados debe serlo o no en forma solidaria, debe partirse del art. 1137 CC, que viene a establecer el principio de no presunción de solidaridad (la solidaridad no se presume). Es cierto que la jurisprudencia ha interpretado este principio de manera bastante flexible, tanto en supuestos de responsabilidad civil contractual (así, en el ámbito de la responsabilidad por daños decenales del art. 1591 CC, actual art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, por ejemplo) como, más frecuentemente, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, pero debemos tener en cuenta cuál es la regla general (no presunción de solidaridad), y sobre todo, el hecho de que, en este caso, cabe distinguir con toda nitidez los distintos ámbitos de actuación llevados

a cabo por cada uno de los letrados, de manera que la condena de ambos debe serlo en forma parciaria.

Caso práctico 2.1

Supuesto

Un administrador de fincas demanda a la Comunidad de Propietarios que le había contratado, reclamándole una cantidad como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la revocación unilateral por parte de la Comunidad del contrato que vinculaba a ambos.

El administrador había sido reelegido en la Junta de Propietarios celebrada el día 22 de mayo de 2001, pero fue cesado, sin causa justificada, en la Junta celebrada unos días después, el 31 de mayo de 2001. Por ello, reclamaba el administrador la cantidad resultante de multiplicar los honorarios pactados para el año reelegido (algo más de 300 €) por 12 mensualidades, pero la Comunidad se oponía alegando que los arts. 13.6 y 7 de la Ley de Propiedad Horizontal y 1732.1.º CC les autorizaba a cesarle anticipadamente.

Cuestiones

1. ¿Cree usted que es importante para resolver este caso la calificación del contrato que media entre la Comunidad y el administrador como mandato o como contrato de servicios?
2. Suponiendo que la Comunidad estuviera autorizada legalmente para cesar anticipadamente al administrador sin tener que alegar causa alguna, ¿Excluiría ello la obligación de indemnizarle los daños ocasionados por entender que la Comunidad estaría ejercitando un derecho que la ley le otorga (el derecho de revocación o desistimiento unilateral)?
3. Si la Comunidad tuviera obligación de indemnizar al administrador a pesar de estar autorizada legalmente para desistir unilateralmente del contrato, ¿Qué diferencia habría entonces entre incumplir un contrato bilateral y desistir unilateralmente del mismo?
4. En caso de tener que indemnizar al administrador, ¿Cree usted que la indemnización por lucrocesante debería comprender los honorarios dejados de percibir durante el tiempo que reste de duración del contrato desde que se produce el cese anticipado?. Si no fuere así, ¿Cómo debería calcularse la indemnización por lucrocesante?

Caso práctico 2.2

Supuesto

En un contrato de obra celebrado el 8 de septiembre de 1988 las partes acordaron que “antes de la recepción provisional se presentará por el contratista la liquidación final de las obras”. Sin embargo, llegado el momento de la recepción provisional, tanto el promotor como el contratista suscribieron el acta de 2 de julio de 1991 sin la presentación de tal liquidación.

La liquidación se confeccionó unilateralmente el día 27 de mayo de 1992 por el constructor, por un importe de unos 77 millones de ptas. Como el dueño de la obra no estuvo de acuerdo con tal liquidación y existía en el contrato de obra un pacto de remitir las discrepancias a la Dirección Facultativa, ésta determinó que la liquidación, en realidad, debía ser de casi 17 millones de ptas. Tales discrepancias determinaron el inicio de un proceso judicial entre ambas partes.

Cuestiones

1. ¿Puede ser considerada la fecha de la recepción provisional como fecha de terminación, aprobación y entrega de la obra, o habría que esperar a la fecha de la recepción definitiva?
2. Si nada se hubiera pactado en el contrato, ¿El derecho del contratista al pago del precio de la obra, conforme al art. 1599 CC, surge tras la recepción provisional o habría que esperar a la definitiva? En la misma situación, ¿Cuándo se produciría la transmisión de la propiedad y los riesgos al promotor?
3. En la actualidad y conforme a la regulación establecida en el art. 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), ¿Sería admisible el mantenimiento de la distinción entre recepción provisional y definitiva?
4. Si en la práctica real se mantuviera tal distinción, ¿Cuándo deben entenderse iniciados los plazos de garantía establecidos en la LOE a favor de los adquirentes de las edificaciones?

Caso práctico 2.3

Supuesto

La “Institución de Centros Penitenciarios” encargó, por precio alzado, una serie de obras a “Nueva Electrónica”, quien subcontrató una parte de las mismas a “Construcciones Tembleque”, quien a su vez, subcontrató una parte de las obras a ella adjudicadas a don Juan José T. V. Ejecutada por parte de don Juan José las obras, sólo cobró una parte del precio pactado, quedando pendiente la cantidad de 50.000 €.

Como resultaba que el comitente debía a la contratista 30.000 € y el contratista a la subcontratista casi 90.000, don Juan José interpuso una demanda contra el comitente, la contratista y la subcontratista solicitando se condenase a todos ellos, solidariamente, a abonarle la cantidad debida (50.000 €).

Cuestiones

1. ¿Cuál sería el fundamento jurídico de la reclamación entablada por don Juan José contra cada uno de los demandados?.
2. Analice la carga de la prueba (art. 217 LEC) en este caso. En concreto, ¿Qué debe probar el demandante en su reclamación contra cada uno de los demandados? ¿Y qué deben probar los demandados?.
3. ¿Puede ser el art. 1257 CC un impedimento para la reclamación entablada por don Juan José contra “Instituciones de Centros Penitenciarios” y contra “Nueva Electrónica”?.
4. ¿Cuáles serían los plazos de prescripción de cada una de las acciones ejercitadas?.
5. En caso de que los demandados “Instituciones de Centros Penitenciarios” y “Nueva Electrónica” alegaran que su posible responsabilidad sería, en todo caso, subsidiaria (en caso de insolvencia de “Construcciones Tembleque”), ¿Qué podría oponer el demandante?.

ACTIVIDAD PRÁCTICA 3ª. COMENTARIO DE SENTENCIAS

Modelo de Comentario de Sentencia

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de julio de 1994 (RJ 1994\6427).

MATERIA: Contrato de mediación o corretaje con intervención de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

ASUNTO: Actuación mediadora para la perfección de un contrato de compraventa y derecho a percibir la comisión por parte del mediador.

SINOPSIS: El derecho del mediador a cobrar sus honorarios o comisión nace desde el momento en que haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa cuya gestión se había encomendado al agente. Sin embargo, tal derecho no puede entenderse nacido cuando la compraventa no haya quedado perfeccionada en los términos que correspondían a la verdadera situación jurídica y registral de las fincas por el incumplimiento por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria de sus inexcusables deberes profesionales de comprobación e información a los compradores.

HECHOS: Don Juan, en su propio nombre y en el de su esposa doña Juana, encarga verbalmente a don Jesús, Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado (en adelante, API), la gestión de la venta de dos fincas rústicas, “Las Liebres” y “La Rosala”, propiedad de ambos.

Don Jesús encuentra a una persona interesada en la adquisición de las fincas, don Auspicio, poniéndolo en contacto con los cónyuges. A continuación, el propio don Jesús redacta un documento privado de compraventa fechado el 10 de febrero de 1989, que ambas partes suscriben y se comprometen a elevar a escritura pública dentro de un cierto plazo. En este documento se identificaron y describieron las fincas y quedó determinado el precio y la forma de pago del mismo. También declararon los vendedores en este documento (como previamente habían declarado al API) que tenían el pleno dominio de ambas fincas y que las vendían “libres de toda carga o gravamen”. Por último, se hizo constar también que la venta había sido gestionada por don Jesús y se comprometían a satisfacerle su comisión, corriendo 4.000.000 de ptas. a cargo de la parte vendedora y 3.000.000 ptas. a cargo de la compradora.

Con posterioridad a la firma del documento privado, don Auspicio, merced a la consulta de los Libros del Registro de la Propiedad, tiene conocimiento de que la finca “Las Liebres” estaba gravada con una hipoteca constituida a favor de la Caja Rural de Ciudad Real, mientras que “La Rosala”, por un lado, garantizaba con una condición resolutoria explícita el aplazamiento del pago del precio de su compra por parte de los vendedores, y por otro, no constaba inscrita a favor de los esposos sino de una sociedad anónima de la cual aquéllos eran accionistas mayoritarios. Por ello, la parte compradora dio por resuelto el mencionado contrato de compraventa, lo que fue comunicado por la parte vendedora al mediador.

DERECHO Y PROCESO: El API, don Jesús, promovió contra don Juan y doña Juana (vendedores) y contra don Auspicio (comprador) y proceso judicial reclamando el pago de la comisión (3 y 4 millones de ptas., respectivamente) que decía corresponderle por su mediación en el mencionado contrato de compraventa de dos fincas rústicas. Los vendedores demandados se opusieron alegando que el contrato de compraventa no había alcanzado el

buen fin, por incumplimiento del comprador, por lo que habían decidido tenerlo por resuelto, mientras que el comprador se opuso también alegando que el demandante no había cumplido con sus obligaciones profesionales al no comprobar previamente la situación registral de las fincas, así como la titularidad de las mismas, pues en el documento privado de compraventa que se firmó se había hecho constar que las fincas pertenecían en pleno dominio a los esposos vendedores y que se vendían “libres de toda carga o gravamen”.

El JPI estimó íntegramente la demanda y condenó a los codemandados a abonar al actor las cantidades reclamadas por éste, resolución que fue confirmada en apelación por la AP de Albacete. Contra esta sentencia los demandados interpusieron sendos recursos de casación y el TS declaró haber lugar a los mismos anulando la sentencia impugnada y absolviendo a todos los demandados de las pretensiones contra ellos formuladas por el mediador. No obstante ello y en cuanto a las costas procesales, el Alto Tribunal entendió que existían razones suficientes para no hacer expresa imposición de las costas (en ninguna de las instancias ni en casación), conforme a lo autorizado por el art. 523 de la LEC antigua.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: Es constante la doctrina jurisprudencial que entiende que en el contrato de corretaje, como contrato atípico por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución, el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios nace desde el momento en que haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa (acuerdo sobre la cosa y el precio entre comprador y vendedor, conforme al art. 1450 CC) cuya gestión se le había encomendado. Y ello con independencia de que con posterioridad dicho contrato sea o no consumado (cumplido) por los contratantes, salvo que el propio mediador haya condicionado expresamente su derecho a los honorarios a esta circunstancia.

Sin embargo, la referida doctrina jurisprudencial presupone que el contrato de compraventa que se haya perfeccionado sea el que corresponda a la verdadera situación jurídica y registral del inmueble objeto del mismo, lo que el API, que actúa como mediador, tiene el deber profesional de averiguar, conocer y poner en conocimiento de las dos partes, de manera que debe responder de la exactitud de los datos que les facilita. Como consecuencia de todo ello, en el presente caso no concurren los presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho del mediador a percibir sus honorarios.

CONCLUSIÓN: En nuestra opinión, el TS resuelve con bastante corrección la cuestión central del caso, que era la improcedencia de la reclamación de sus honorarios profesionales (retribución) por parte del API, aunque no era fácil (resultó imposible para el JPI y para la AP de Albacete) sustraerse de la línea jurisprudencia que ha venido a establecer que el derecho del mediador a sus honorarios nace con la perfección del contrato cuya gestión se le había encomendado (una compraventa, en este caso).

Y muy probablemente dicha jurisprudencia trae su causa del art. 23 del posteriormente anulado Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, de aprobación de los Estatutos Generales de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de sus Colegios Profesionales, que venía a establecer, en su párrafo segundo, que “*el derecho al percibo de la retribución surgirá al perfeccionarse el negocio a que se refiera la intervención pactada o al finalizar el trámite encargado...*”, mientras que el párrafo tercero añadía: “*El derecho a percibir la retribución no decaerá por resolución, se por mutuo disenso o por incumplimiento de las partes, del contrato a que se refiere la operación pactada, pero sí decaerá cuando la causa de la resolución fuese imputable al Agente*”.

Sin embargo, el análisis de la actividad desplegada por el mediador en este caso, a quien debe exigírsele la diligencia propia de un profesional del sector (y no la correspondiente

al buen padre de familia del art. 1104 CC), no puede conducir a otra conclusión que su falta de diligencia y cuidados exigibles en la comprobación e información sobre el estado de las cargas y de la titularidad de las fincas objeto de la compraventa. Este incumplimiento provocó, a su vez, que el comprador, don Auspicio, resolviera el contrato de compraventa que había celebrado con los vendedores. En consecuencia, la reclamación del mediador debe encontrarse de frente con la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio inadimpleti contractus*) que hace improcedente la reclamación de sus honorarios, lo que certificó de manera definitiva el TS.

Planteadas en estos términos la contienda judicial y así resuelta, el caso plantea, al menos como hipótesis sobre las que discurrir, otras cuestiones. En primer lugar, cabe pensar si hubiere prosperado una posible reclamación de alguna de las partes de la compraventa que quedó frustrada, sobre todo pensando en la parte compradora, frente al API, reclamándole una indemnización por los daños y perjuicios (vía art. 1124 CC) sufridos como consecuencia de no haber podido llevarse a buen término el contrato. En este sentido puede traerse a colación aquí la STS de 2 de octubre de 1999: el TS condenó a un API a pagar como indemnización a sus clientes (un matrimonio que había vendido, informados así por el API, una vivienda y una plaza de aparcamiento de VPO a precio de mercado en documento privado y que después se vieron obligados a vender en escritura pública a precio tasado) la diferencia entre el precio establecido para la venta en el contrato y lo realmente percibido por ellos, más la suma de las cantidades a que ascendían las sanciones que se impusieron a los vendedores (en total, más de 5 millones y medio de ptas.).

Por otra parte, cabría plantear (lo que no ocurrió realmente), qué habría pasado si los vendedores y el comprador se hubieran puesto de acuerdo, una vez conocidas las cargas y gravámenes que pesaban sobre las fincas, para seguir adelante con la compraventa, pero en unos términos lógicamente distintos a los pactados (así, rebajando del precio el importe de las cargas). En este caso, ¿tendría el API derecho a la retribución pactada o estaríamos ante un supuesto semejante al finalmente resuelto mediante la sentencia objeto de nuestro comentario? Es posible que un caso semejante sea planteado en el futuro.

Por último y aunque el TS dio igual tratamiento a los vendedores y al comprador (absolviendo a ambos de la demanda contra ellos formulada), sin embargo, es dudoso que ambos merezcan el mismo tratamiento. Estamos pensando en los vendedores, que conocían o debían conocer la situación real de sus fincas en cuanto a cargas y titularidades y que nada informaron de ello al API. Es cierto que si éste hubiere desplegado una actuación mínimamente diligente hubiera conocido aquellas inexactitudes, pero ello no elimina la actuación, probablemente contraria a la buena fe, por parte de los vendedores. Quizás una reclamación por responsabilidad precontractual (en la fase formativa del contrato de mediación entre los vendedores y el API) pudiera resultar fundada en este caso.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: MERCADAL VIDAL, Francisco, comentario a la STS de 4 de julio de 1994, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 36, 1994, pp. 1183 y ss.; CREMADES GARCÍA, Purificación, *Contrato de mediación o corretaje y estatutos del agente de la propiedad inmobiliaria*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009; GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *El contrato de mediación o corretaje*, Ed. La Ley, Madrid, 2007; RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel, *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000; BUSTO LAGO, José Manuel, “Contrato de mediación o corretaje”, en *Tratado de Contratos* (Dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 3076 y ss.

Actividad Práctica 3.1 a realizar por el alumno

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008\4035).

RESUMEN: Negligencia profesional de procurador de los tribunales: Una Comunidad de Propietarios reclamó una indemnización de daños y perjuicios por negligencia profesional de su propio procurador al ser declarado desierto un recurso de apelación en otro proceso judicial en el que la Comunidad era parte, dado que el procurador no comunicó al Letrado el emplazamiento para su personación.

El JPI concedió una indemnización de 400.000 ptas. por daño moral derivado de la privación del ejercicio del derecho a la segunda instancia, lo que fue confirmado por la AP de Madrid y por el TS, entendiendo que las probabilidades de éxito de la Comunidad en aquel otro proceso judicial frustrado eran escasas.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: ÁLVAREZ LÓPEZ, Francisco, *La responsabilidad civil de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales*, Oviedo, 2000; DÍAZ VALES, Fernando, “La negligencia como factor de imputación de la responsabilidad contractual de abogados y procuradores: quince años de jurisprudencia”, *Actualidad Civil*, Tomo IV, 2002, pp. 1213 y ss; ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional* (Dir. José Ignacio Álvarez Sánchez), Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. CGPJ, Madrid, 2003, pp. 53 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, comentario a la STS de 28 de enero de 1998, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 47, 1998, pp. 673 y ss.

COMENTARIO: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 15 de mayo de 2000 (AC 2000\3528).

RESUMEN: Negligencia médica por falta de información al paciente: Don Rafael M. P., padre de tres hijos y en situación laboral de desempleo, se sometió a una operación quirúrgica de vasectomía. El éxito de la operación quedó confirmado tras las oportunas curas y análisis postoperatorios, que dieron como resultado ausencia de espermatozoides.

Sin embargo, seis años después de la operación, doña Dolores R. C, pareja de hecho de don Rafael, quedó embarazada, dando a luz posteriormente una niña que, tras las correspondientes pruebas, se confirmó que era hija de don Rafael, comprobándose que se había producido una llamada recanalización espontánea de los conductos deferentes, complicación muy infrecuente en este tipo de intervenciones. Pero don Rafael no fue informado en ningún momento de que la esterilización practicada no podía considerarse como definitiva y de la conveniencia de practicar revisiones periódicas posteriores.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, ponencias y comunicaciones, Ed. Trivium, Madrid, 1998, pp. 245 y ss.; MARTÍN CASALS, Miquel- SOLÉ FELIU, Josep, comentario a la STS de 29 de mayo de 2003, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 64, 2004, pp. 193 y ss.; IDEM, “La responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)”, *La Ley*, 2001-2, pp. 1640 y ss.; GARCÍA RUBIO, María Paz, comentario a la STS de 5 de julio de 1998, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 48, 1998, pp. 1207 y ss.; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

Actividad Práctica 3.3 a realizar por el alumno

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 31 de octubre de 1998 (RJ 1998\8165).

RESUMEN: Incremento del precio por aumento de la obra: La entidad “Incede” interpuso demanda contra don Aurelio T. T. y la mercantil “Minansa” sobre reclamación del precio de las obras que había realizado (incluyendo una cantidad por aumento de la obra) y que se habían ejecutado en dos fases: una, con precio alzado, y la otra, mediante el sistema de administración. El JPI estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar una cantidad un poco menor que la solicitada.

Apelada la sentencia, la AP de Córdoba la revocó parcialmente y condenó a los demandados a abonar solidariamente una cantidad que sería la resultante de restar a la que concedió el Juzgado la que se fijara en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: DÍEZ-PICAZO, Luis, “Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Juan Beltrán de Heredia*, Salamanca, 1984; CADARSO PALAU, Juan, “El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios”, en *Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamientos rústicos* (Dir. Juanes Peces), Cuadernos de Derecho Judicial, XVII, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 201 y ss.

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 13 de mayo de 1993 (RJ 1993\3546).

RESUMEN: Indemnización por desistimiento del dueño de la obra: La mercantil “Prima Mar” presentó una demanda contra don Miguel Z. C. sobre reclamación de indemnización sobre la base del art. 1594 CC, puesto que se había celebrado un contrato de obra, por ajuste alzado, para la construcción de diversas edificaciones y poco tiempo después el dueño de la obra comunicó su voluntad de poner fin a los trabajos dada la imposibilidad de vender las viviendas en construcción en ese momento.

Don Miguel ofrecía únicamente el pago de las certificaciones de obra emitidas hasta ese momento, así como de cualquier otro gasto por material o personal, pero la mercantil solicitaba también la indemnización del lucrocesante (el 15%) respecto a la parte de la obra no ejecutada.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, comentario al art. 1594 CC, en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Tomo III, 2.^a edición, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 3250 y ss.; SALVADOR CODERCH, Pablo, comentario al art. 1594 CC, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1991, pp. 1202 y ss.; CADARSO PALAU, Juan, “El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios”, en *Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamientos rústicos* (Dir. Juanes Peces), Cuadernos de Derecho Judicial, XVII, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 189 y ss.

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997\4121).

RESUMEN: Desistimiento unilateral en contrato de servicios de duración indefinida: Se había celebrado un contrato de servicios de duración indefinida entre don Ramiro M. P. del R., perito-tasador libre, y la entidad “Mutua Madrileña Automovilista” en el que al perito se garantizaban como honorarios mínimos mensuales la cantidad de 275.000 ptas., pero a partir de junio de 1986 la entidad automovilística dejó de realizar encargos al perito.

Don Ramiro reclamaba, entre otros extremos, la cantidad de 12.375.000 ptas. en concepto de honorarios mínimos garantizados desde junio de 1986 hasta marzo de 1990, pero tanto el JPI como la AP de Madrid habían desestimado la demanda. Sin embargo, el TS la estimó parcialmente para conceder como indemnización la cantidad de 275.000 ptas., que eran los honorarios mínimos mensuales (correspondientes al mes de junio de 1986, en que se ejercitó la resolución unilateral) garantizados en dicho contrato al demandante.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: KLEIN, Michelle, *El desistimiento unilateral del contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1997; RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M.^a, “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, *Anuario de Derecho Civil*, 2001-II, pp. 681 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, comentario a la STS de 9 de mayo de 2001, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 58, 2002, pp. 191 y ss.; EMBID IRUJO, José Miguel, “Revocación de consejero delegado en una sociedad anónima (comentario a la STS de 30 de diciembre de 1992)”, *La Ley*, 1993-3, pp. 397 y ss.

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 19 de abril de 2004 (RJ 2004\1563).

RESUMEN: Acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra: Don Eusebio había celebrado un subcontrato de obra con la entidad contratista “Bartibas Empresa Constructora” por el cual se comprometió a ejecutar los trabajos de fontanería, calefacción, gas y otros, con suministro de materiales, pues esta última había resultado adjudicataria de las obras que habían de realizarse en una calle de Huesca, siendo promotora la entidad “Promociones J.”. Realizados los referidos trabajos, don Eusebio entabló una demanda judicial contra “Bartibas” y contra “Promociones” exigiendo el pago de los mismos, solicitando la condena solidaria de ambas a abonarle algo más de 18 millones de ptas., aunque en el caso de “Promociones” dicha condena debía serlo hasta la cantidad que ésta adeudase a la otra codemandada.

El JPI condenó a “Bartibas” al pago de la cantidad solicitada, mientras que absolvió a “Promociones”. Sin embargo, la AP de Zaragoza revocó esta sentencia y condenó a ambas demandadas al pago de la cantidad solicitada. Interpuesto recurso de casación por “Promociones”, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: HERNÁNDEZ ARRAZ, Mariano, *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005; RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992; ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, comentario al art. 1597 CC, en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Tomo III, 2.^a edición, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 3255 y ss.; RUBIO GARRIDO, Tomás, comentario a la STS de 31 de enero de 2005, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 69, 2005, pp. 1321 y ss.

COMENTARIO: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 21 de julio de 2000 (RJ 2000\5499).

RESUMEN: Calificación de un crédito como refaccionario: La entidad mercantil “Industrias Electromecánicas G. H.” interpuso una demanda contra la sociedad “Boetticher y Navarro” y otros solicitando, entre otros extremos, que se declarara que era titular frente a los demandados de un crédito refaccionario, no anotado ni inscrito, del art. 1923.5.º CC. Dicho crédito procedía del suministro a la sociedad demandada, montaje incluido, de maquinaria pesada consistente en una grúa autopropulsada, dos carretones autopropulsados y cuatro grúas semipórtico.

El JPI estimó la demanda y declaró que dicho crédito tenía el carácter de refaccionario, lo que fue confirmado en apelación por la AP de Madrid, pero el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por entender que el crédito dimanante del suministro de maquinaria industrial no puede calificarse de refaccionario.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores, *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, “La garantía derivada del carácter refaccionario del crédito del contratista”, en *Las garantías del contratista de inmuebles*, Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1995, pp. 13 y ss.; CARRASCO PERERA, Ángel- CORDERO LOBATO, Encarna- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “El privilegio refaccionario”, en *Derecho de la construcción y la vivienda*, 5.^a edic., Ed. Diles, Madrid, 2005, pp. 357 y ss.;

ANEXO I. MODELO DE ACTIVIDADES PRÁCTICAS LIBRES

3º. Contratos de obra y servicios

Actividad Práctica 1. Redacción de Dictamen Jurídico

DR. ANTONIO GÁLVEZ CRIADO

ENCABEZAMIENTO/TÍTULO: Objeto de la consulta sobre la que versará el dictamen.

AUTOR: Nombre del alumno, con indicación de su grupo y DNI

SUMARIO: Los puntos a tratar.

DESARROLLO DEL DICTAMEN:

I. La consulta.

1. Los hechos.

(Aquí deben establecerse los hechos relevantes para la elaboración del dictamen, debiendo separarse cada uno de los hechos relevantes en apartados A, B, C,...).

2. La cuestión jurídica.

(Aquí debe incluirse la cuestión o cuestiones jurídicas que se someten a nuestro parecer).

II. Razonamientos jurídicos.

[En apartados numerados (1, 2, 3...) debe exponerse con claridad la normativa aplicable a los problemas jurídicos planteados y desarrollarse las argumentaciones jurídicas, mediante la interpretación y aplicación de dicha normativa, que nos permitan manifestar nuestra opinión acerca de las cuestiones que nos han planteado. Para ello debemos tener muy en cuenta la interpretación y aplicación de dichas normas por parte de nuestros tribunales, con especial detenimiento, si la hubiera, en la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, aunque también debemos detenernos en las resoluciones de las Audiencias Provinciales sobre estas cuestiones. Aquí también deben incluirse las opiniones de la doctrina u autores más relevantes que hayan tratado el tema.

En este apartado debemos sentar ya nuestras conclusiones sobre cada una de las cuestiones sometidas a dictamen, sin perjuicio del resumen que se haga de las mismas en el apartado posterior].

III. Respuestas.

(Aquí debe darse una respuesta clara y precisa a cada una de las cuestiones sometidas a dictamen, así como, de forma resumida, exponer el argumento o argumentos jurídicos más importantes que nos sirven de base para la respuesta).

Este es mi parecer, que someto gustosamente a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Málaga, a de..... de 20.....

Fdo. D/D.^a (Nombre del alumno)