



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47

 Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2010)

El contracte de serveis en el Dret Civil de Catalunya

Autors

Paloma de Barrón Arniches

Novembre 2011

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avis legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>. Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

ÍNDIX

ABREVIATURES.....	pàg. 5
1-Introducció.....	pàg. 7
2- Concepte i tipologia dels contractes de serveis.....	pàg. 17
2.1. Definició del contracte de serveis	
2.2. El principi de tipicitat. Delimitació del tipus legal pel que fa a altres prestacions de fer que poden ser qualificades com a serveis	
a. Contracte d'obra i contracte de serveis	
b. Contracte de mandat i contracte de serveis	
c. Contracte d'agència, franquícia i distribució i contracte de serveis	
d. Les modalitats de serveis que no són objecte de regulació.	
3 - Els subjectes en el contracte de serveis.....	pàg. 34
3.1. El prestador del servei. Els requisits de capacitat	
3.2. El client. Consumidor o empresari?	
3.3. La possible concurrència del <i>intuitu personae</i> en la prestació del servei.	
3.4. La facultat del client de resoldre unilateralment el contracte en qualsevol moment	
4 - El contingut obligatori del contracte de serveis.....	pàg. 54
4.1 . Obligacions recíproques	
a. El deure de cooperació. <i>Duty or obligation</i>	
b. El deure d'informació	
-L'obligació precontractual d'informar	
-L'obligació d'informar durant la prestació del servei	
4.2 . La prestació de fer de l'agent	
a. L'obligació d'obtenir un resultat específic. La conformitat amb el contracte	
b. L'obligació d'observar una conducta diligent. Habilitat i cura.	
4.3. Les obligacions del client.	

- a. El pagament de la retribució. Les prestacions de serveis gratuïtes versus la onerositat natural del contracte de serveis.
- b. El deure impartir instruccions i prendre decisions relacionades amb el servei.

5 - L'aplicació del sistema de remeis al contracte de serveispàg. 111

5.1. L'execució forçosa o compliment específic de l'obligació principal.

5.2. Suspensió de les obligacions recíproques.

5.3. Reducció del preu o ajustament de les prestacions quan les obligacions s'observen de manera defectuosa o incompleta.

5.4. Resolució del contracte de serveis

a. Resolució per incompliment

b. Resolució per circumstàncies sobrevingudes: excessiva onerositat o impossibilitat de realitzar la prestació.

5.5 . Indemnització pels danys i perjudicis i import d'interessos

BIBLIOGRAFIApàg. 133

JURISPRUDÈNCIA.....pàg. 151

ABREVIATURES

AC	Selecció Jurisprudència Civil-Mercantil Aranzadi
ADC	Anuari de Dret Civil
Art.	Article
B.G.B	Bürgerliches Gesetzbuch (Codi Civil Alemany)
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
Cc	Codi Civil
CCCat	Codi civil de Catalunya
CCJC	Quaderns Civitas de Jurisprudència Civil
CDJ	Quaderns de Dret Judicial
CENDOJ	Centre de Documentació Judicial
Cf.	Confrontar
Coord.	Coordinador
COM	Comunicació de la Comissió Europea
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dir.	Director
DOCE	Diari Oficial de les Comunitats Europees
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DVC	Directiva de vendes de consum
ED	Repertori El Derecho
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
JUR	Fons de Jurisprudència Aranzadi
MCR	Marc Comú de Referència
ob. cit.	Obra citada
p/. pp .	Pàgina/pàgines
PECL	Principles of European Contract Law
PEL SC	Principles of European Law on Service Contracts
PMCC	Proposta de Modernització del Codi civil Obligacions i Contractes
RCDI	Revista Crítica de Dret Immobiliari
RCDP	Revista Catalana de Dret Privat
RCE	Revista de la Contractació Electrònica

RDM	Revista de Dret Mercantil
RDP	Revista de Dret Privat
RDPatr	Revista de Dret Patrimonial
RDUE	Revista de Dret de la Unió Europea
RJ	Repertori Jurisprudència
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
ss.	següents
SAP	Sentència de l'Audiència Provincial
SGECC	Study Group on a European Civil Code
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia
STJCE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea
T.	Tom
TCE	Tractat de la Unió Europea
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TJCE	Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
TRLGDCU	Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris
Vol.	Volum

1. Introducció

La Comissió de Codificació de Catalunya, dins de l' Observatori de Dret Privat, òrgan col·legiat adscrit al Departament de Justícia que elabora propostes de revisió, actualització y desenvolupament del dret privat va ésser novament regulada mitjançant Decret 395/2011 de 27 de setembre, i ha començat a treballar sobre el contingut del futur Llibre VI del Codi civil Català del que ja consta aprovat l'índex. Així el legislador català prevé regular els contractes de serveis dins del Capítol de contractes sobre activitat aliena, juntament amb el contracte de dipòsit i de mandat, si bé a data d'avui no podem saber quan es terminarà aquesta tasca ni com serà el contingut de la citada regulació sobre serveis. De fet, la referència més recent de que disposen sobre els estudis doctrinals existents sobre el contracte de serveis són les ponències de les Setzenes Jornades de Dret Català de Tossa de Mar, els dies 23 i 24 de setembre de 2010, i també de les Jornades jurídiques de la Universitat de Lleida de commemoració del 50è aniversari de la Compilació de Dret civil de Catalunya¹ . Tot i així, hi han uns esborranys de l'any 2004 elaborats per la Secció Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat durant la darrera legislatura de govern de CIU, que també són objecte de consideració al present treball.

Essent aquesta la situació al dret civil de Catalunya, el present treball s'ha de dirigit a la recerca de models legislatius, així com criteris jurisprudencials i doctrinals que puguin ésser d'utilitat per al legislador català. S'ha recopilat i analitzat la jurisprudència existent sobre contracte de serveis, les aportacions de la doctrina i del Dret comparat. Especialment s'ha treballat sobre el *soft law* comunitari, el *Draft* elaborat per acadèmics europeus que s'anomena COMMON FRAME.OF REFERENCE (DCFR) model que ha sigut expressament elogiat pels professors que treballen al desenvolupament del Llibre VI del Codi civil de Catalunya².

¹ E. ARROYO I AMAYUELAS, "Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del Marc Europeu", J. FERRER I RIBA., "Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte", Ponències de las XVI *Jornades de Dret Català a Tossa*, 23 i 24 de setembre 2010, en premsa; i M. MARTÍN CASALS "La codificació del dret civil de Catalunya: de la Compilació al Codi civil", Ponència pronunciada en las XXI *Jornades Jurídiques, Universitat de Lleida*, 11 i 12 de novembre, 2010, en premsa.

² "El DCFR ofereix una regulació del contracte de serveis que no segueix cap de les regulacions europees existents i que pot servir com a model per a superar les mancances de

El Llibre IV del DCFR titulat “*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*”, al seu apartat C, contempla la figura del contracte de serveis. El més recent exemple de normes de *soft law*, el cridat *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*³ on s'estableixen els *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, contempla la figura del contracte de serveis en l'apartat C del seu Llibre IV titulat “*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*”. Aquest treball, de naturalesa estrictament acadèmica realitzat a iniciativa d'un nodrit grup de juristes europeus, el *Study Group on a European Civil Code*⁴ pretén, entre altres fins, servir de model per a l'elaboració d'un Dret contractual europeu en la línia de l'exposat en la Resolució del Parlament Europeu de l'any 2001 sobre l'aproximació del Dret

la regulació desfasada actual” M. MARTÍN CASALS “La codificació del dret civil de Catalunya: de la Compilació al Codi civil”, Ponència pronunciada en las *XXI Jornades Jurídiques, Universitat de Lleida*, 11 i 12 de novembre, 2010, p. 8, en premsa

³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (des d'ara DCFR), Munich, 2009, preparat per la xarxa d'excel·lència europea CoPECL (<http://www.copecl.org>); publicat en versió interim en 2008 i en versions outline i full en 2009).

Sobre el DCFR i el sistema de treball i objectius dels seus autors, la xarxa d'excel·lència CoPECL (estudi comparatiu dels sistemes jurídics nacionals, recerca de models jurídics que serveixin de guia tant al legislador comunitari com als nacionals dintre de l'objectiu global d'aproximació entre els drets civils i mercantils dels estats membres de la UE), pot consultar-se. N. JANSEN – R. ZIMMERMANN, “A European Civil Code in all but name. Discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference”, *Cambridge Law Journal*, 2009, 69, 1 pàg. 98-112. R. SCHULZE, “The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law”, en aneu. (ed.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München, 2008; R. SCHULZE, M. EBERS, H. GRIGOLEIT, (ed.), “European Private Law and Existing EC Law”, *ERPL*, 2005; R. SCHULZE, T. WILHELMSSON, “From the Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules”, *ERCL*, 2008. S. WEATHERILL, “The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debat”, in aneu. (ed.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, 2006; C. VON BAR, “A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008; C. VON BAR, “Coverage and Structure of the Common Frame of Reference”, *ERCL*, 2007. I entre la doctrina nacional, A. VAQUER ALOY, “El Marc Comú de Referència”, en I. BOSCH CAPDEVILA (coord.), *Dret contractual europeu*, Barcelona, 2009, p. 239 ss.; F. J. INFANTE RUIZ, “Entre lo político i lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo” *InDret, Revista per a l'anàlisi del Dret*, nº 2/2008, pàg. 24-25.

⁴ Des d'ara SGECC, grup dirigit pel professor C. VON BAR, constituït en 1998 amb l'objectiu de formular els diferents capítols en els quals es dividirà l'hipotètic futur Codi Civil Europeu. Sobre aquest grup d'investigadors pot consultar-se: C. VON BAR, “Li groupe d'études sur un code civil européen”, *Revue Internationale de Droit Vaig comparer*, vol. 1, 2001, pàg. 127-139; I. ROCA TRIAS, “El Study Group on a European Civil Code (Projecto Von Bar)”, en S. CÀMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, pàg. 199-204. Cf. www.sgecc.net.

civil i mercantil dels Estats membres⁵ i que va dur a la Comissió a confeccionar el cridat “Pla d'acció per a un Dret Contractual Europeu més coherent” al gener de l'any 2003.⁶ Amb data 1 de juliol de 2010, la Comissió Europea va publicar el Llibre Verd sobre opcions polítiques per a avançar cap a un Dret contractual europeu per als consumidors i les empreses⁷, proposant diverses opcions orientades a facilitar les transaccions transfrontereres. La Comissió considerava viable la promulgació d'un Reglament que instituís un instrument opcional de dret contractual europeu suficientment clar per a l'usuari mig, que aportés seguretat jurídica⁸. Per a això a l'abril de 2010 s'havia constituït un Grup d'Experts la missió dels quals era la de seleccionar les parts del DCFR d'especial rellevància per al dret contractual, seleccionar-les, revisar-les i completar-les⁹. Quant al contingut d'aquest instrument opcional, ja s'esmentava que havia d'incloure una regulació del contracte de compravenda i no així, en canvi, del contracte de serveis¹⁰. De fet, la proposta presentada el 11 d'octubre de 2011 ja ha perdut el títol genèric de reglament sobre dret contractual europeu, que ha estat substituït pel de “reglament relatiu a una normativa comuna de compravenda europea”¹¹, això a pesar que segueix regulant en el seu 183 articles diverses qüestions aplicables a totes les modalitats contractuals¹². El que sí està clar és que la Comissió europea ha decidit

⁵ COM (2001) 398 final. Sobre aquesta resolució vegi's I. RIEROL I AMAYUELAS i A. VAQUER ALOY, “Un nou impuls per al dret privat europeu, *La Llei*, nombre 5482, dijous, 14 de febrer de 2002, p. 1 ss.

⁶ COM (2003) 68 final. En la mateixa línia, vegi's un any després la Comunicació de la Comissió Europea de 11 d'octubre de 2004, COM (2004) 651 final.

⁷ COM (2010) 348 final, consultable en internet en el lloc web

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_es.pdf

⁸ Es tracta d'una idea que ja es proposava en la Comunicació de la Comissió Pla d'acció, COM(2003)0068 final, paràgraf 89-97, i que després va caure en l'oblit polític.

⁹ Decisió de la Comissió de 26 d'abril de 2010 DOCE 105/109 de 27.4.2010.

¹⁰ Llibre Verd, p. 13. La justificació que s'adduïa és l'existència prèvia de regulació comunitària en matèria de dret privat de la compravenda (Directiva 1999/44/CE sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum), mentre que la regulació comunitària en matèria de serveis (Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior així com la normativa específica sobre determinats sectors) no es refereix tot just als aspectes de dret privat relatius a aquest contracte. Cf. S. WHITTAKER, “The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract”, *European Review of Contract Law*, Vol. 7, N° 3, 2011, pàg. 371-398.

¹¹ COM (2011) 635, final, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law”, Consultable en internet en el lloc web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>

¹² Una manifestació d'està capacitat de l'instrument opcional d'afectar, no sólo a la compravenda sinó també als serveis, podria ser el propi contingut dels articles 12 i 13: “L'article 12 aclareix que el Reglament s'entén sense perjudici dels requisits en matèria d'informació de

prescindir d'una regulació completa i sistemàtica del tipus contractual denominat "contracte de serveis", al·legant l'heterogeneïtat de la matèria i l'existència de normativa sectorial Únicament, i de forma col·lateral, es fa referència a una modalitat de serveis en l'apartat V, aquells serveis vinculats amb la compravenda que podrien ser qualificats com serveis post-venda i respecte dels quals s'assenyalen les obligacions i remeis específics de les parts¹³.

No obstant això, és obvi l'interès doctrinal d'un estudi detallat de la proposta del DCFR en matèria de contracte de serveis, sobre tot tenint en compte la situació del nostre ordenament jurídic en el qual les prestacions de serveis apareixen òrfenes de contingut normatiu de Dret Privat. En efecte, la regulació que proposa el DCFR del contracte de serveis i, més en concret, la seva configuració jurídica continguda en la part general no planteja grans problemes de compatibilitat amb el dret català i espanyol bàsicament perquè tal regulació no existeix, de manera que la primera finalitat de la mateixa seria la d'emplenar un buit legal¹⁴.

El DCFR ha estat elaborat a través de l'estudi i la comparació dels sistemes jurídics nacionals, prenent també com base els treballs ja existents per a l'harmonització i/o unificació del Dret privat europeu, especialment les

la Directiva 2006/123/CE relativa als serveis en el mercat interior¹⁶. L'article 13 ofereix als Estats membres la possibilitat d'adoptar legislació per a posar la normativa comuna de compravenda europea relativa als serveis en el mercat interior a la disposició de les parts per a la seva utilització en un entorn enterament nacional", COM (2011) 635, final, apartat A "El Reglament", p. 14.

¹³ P. V, Chapter 15: "*Obligations and remeis of the parties to a related service contract*" COM(2011) 635/4, p. 96. Vegi's a més l'estudi de viabilitat previ a aquesta proposta publicat el 19 d'agost de 2011: "*A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*" consultable en el lloc web http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf

¹⁴ L'article 1544 Cc, després de la descripció succinta del que pot entendre's com una relació jurídica de serveis (una de les parts s'obliga a (...) prestar a l'altre un servei per preu cert), no proporciona cap resultat positiu en relació al règim legal aplicable a aquest negoci jurídic. Cf. Juan Francisco ORTEGA DIAZ, "Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general", *Revista Crítica de Dret Immobiliari*, nº 705, 2008, pàg. 221-268. Aquest autor incideix en la situació de la nostra legislació civil en la matèria, buida de contingut, i en la necessitat, primer d'establir un tipus contractual unitari per a tots els tipus de serveis i, segon, de dotar de regulació positiva a aquest tipus contractual.

Directives comunitàries en matèria de protecció dels consumidors¹⁵ i els PECL. Va ser concebut entre d'altres motius per a servir de guia tant al legislador comunitari com al legislador nacional, per a millorar el dret comunitari¹⁶ i nacional, i per aquesta via indirecta, possibilitar el fenomen harmonitzador de la pluralitat de drets civils nacionals a Europa.

El llibre IV.C es desenvolupa amb la mateixa metodologia i sobre les bases assentades prèviament en la seva proposta sobre el contracte europeu de serveis, *Principles of a European Law. Service Contracts*¹⁷. Així, se'ns proporciona una regulació sistemàtica d'aquesta figura jurídica en la qual els capítols 1 i 2 contenen la part general amb les normes que la configuren i que són aplicables per defecte a tots els contractes de serveis, i una part especial continguda en els capítols 3 a 8, en la qual es contempen sis específiques modalitats de serveis¹⁸. El primer article titulat "àmbit d'aplicació", amb els dos següents, constitueixen el pòrtic d'entrada i la presentació de la citada sistemàtica. Remarquen la vocació de generalitat dels dos primers capítols i l'opció per la tipicitat, ja que desglossen els concrets serveis que són objecte de regulació en els capítols de la part especial i exclouen, també de forma expressa i a priori, certs contractes que, pel seu objecte podrien considerar-se serveis però que no van a ser regulats en aquesta part C del DCFR.

Cap destacar, no obstant això, que aquest plantejament difereix parcialment del seu precedent en els PEL SC, en el qual totes les normes generals apareixien recollides en un únic capítol molt més compacte quant al seu contingut

¹⁵ Directives 85/577/CEE, sobre contractes negociats fora dels establiments comercials, 93/13/CEE, sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, 97/7/CE, sobre contractes a distància, avui derogades per la recent Directiva 2011/83/EU sobre els drets dels consumidors, que també modifica la Directiva 1999/44/CE, sobre la venda i les garanties dels béns de consum, i la Directiva 93/13.

¹⁶ La qual cosa ja és un fet puix que el Llibre Verd ha establert que la base per a elaborar l'instrument opcional la proporcionaria el projecte de Marc Comú de Referència preparat per la xarxa d'excel·lència CoPECL, vegi's Llibre Verd p. 4.

¹⁷ M. BARENDRECHT et al., *Principles of a European Law. Service Contracts* (des d'ara PEL SC), Munich, 2007. Sobre els objectius d'aquesta obra, vegi's M. LOOS, *Towards a European Law of Service Contracts, European Review of Private Law*, vol. 4, 2001, pàg. 565-574.

¹⁸ DCFR, *Full Edition*, Notes 1 a l'art. IV.C1:101, vol. 2, p. 1.599. Expliquen els autors del Draft que l'opció per aquesta sistemàtica té el seu origen en el dret del common law: "A separate set of contract law rules applicable not only to services involving the supply or modification of an immovable structure or movable thing but also to mere intellectual services –and apart from the obvious general contract law provisions- is only to be found in England (Supply of Goods and Services Act 1982)".

normatiu. De fet, l'article 1:101 PEL SC contenia un paràgraf que no ha passat al DCFR en el qual expressament es feia constar que quan, mitjançant un contracte, una part es compromet a prestar un servei o realitzar una acció diferent de les tipificades, a aquesta relació jurídica li serà d'aplicació el capítol I sobre normes generals i, amb les modificacions adequades, també el disposat en els capítols sobre les modalitats concretes de serveis que sí són objecte de regulació¹⁹. Aquesta disposició, en certa mesura reiterativa, reflectia una voluntat expressa de no deixar orfe de regulació cap supòsit fàctic dels molts i molt variats que poden plantejar-se en el desenvolupament d'aquesta activitat empresarial i professional que són els serveis. El DCFR, no obstant això, ja no transmet aquesta voluntat *omnicomprensive* del terme serveis, sobretot a la vista de les exclusions i limitacions en l'aplicació d'aquestes normes, que es dedueixen dels articles següents sobre *exclusions and priority rules*.

D'aquesta manera, en l'actualitat contem amb un primer capítol en el qual es descriu la figura jurídica objecte de regulació (IV.C 1:101), s'exclouen d'aquest àmbit d'aplicació, per l'objecte, determinades modalitats de serveis (IV.C 1:102), i es resol la qüestió sobre la prioritat de normes aplicables en els supòsits de conflicte amb les normes sobre mandat o sobre agència, franquícia i distribució (IV:C 1:103). És realment el capítol segon el qual conté la part general en matèria de contractes de serveis i, després d'ell, els capítols 3 a 8 regulen en concret les següents activitats: a) totes les relacionades amb la construcció, b) l'activitat de manteniment i reparació de béns, c) el dipòsit i custòdia, d) el disseny i l'elaboració de projectes, i) la informació i l'assessorament professional, i f) l'activitat mèdica²⁰. És destacable, en aquest sentit, l'opció pel criteri de la tipicitat perquè, com a mínim, implica l'esforç dels autors del projecte acadèmic per desenvolupar aquesta figura jurídica mitjançant la determinació dels elements diferenciadors i singularitzadores de cada tipus de servei i, al mateix temps, consagra el tipus contractual general, i ho dota de contingut jurídic

¹⁹ Cf. PEL SC, p. 139.

²⁰ L'activitat dels professionals de la salut queda exclosa per contra, expressament, en la Directiva de Serveis (Considerant (22), Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006) i, en conseqüència, també en la norma de transposició espanyola, Llei 17/2009 sobre lliure accés a les activitats de serveis, BOE nº 283 de 24 de novembre de 2009, pàg. 99570-99593.

Finalment, constitueix una nota definitiva d'aquesta normativa en matèria de serveis, el seu caràcter essencialment dispositiu. El principi de l'autonomia de la voluntat de les parts és especialment protagonista en molts dels contractes de serveis que es formalitzen en la nostra societat, existint en molts sectors econòmics regles no escrites sobre estàndards de comportament exigible tant al prestador del servei com al client. En aquest sentit, la normativa del DCFR serà aplicable, sempre i només en defecte dels acords arribats per les parts i formalitzats a través del contracte.

En l'actualitat existeix, entre la doctrina, un important consens sobre la necessitat de reformar, per a modernitzar-lo després de més d'un segle de vigència, el dret dels contractes que es conté en el Codi civil²¹. La presentació de la Proposta d'Avantprojecte de Llei, al gener de 2009, per a la reforma del Llibre IV del Codi civil sobre Obligacions i Contractes²², efectuada per la Secció de Dret civil de la Comissió General de Codificació, és el principal exponent d'aquesta voluntat de reforma del dret contractual espanyol. Destaca en aquesta proposta, amb llum pròpia, la intenció clara dels nous codificadors de transitar per la senda oberta per la Unió Europea a través de les diferents propostes, tant doctrinals com pròpiament legislatives, que constitueixen el que avui coneixem com Dret europeu dels contractes. Assenyalen els autors de la proposta que el seu objectiu és establir regles que resultin més acords amb les necessitats urgentment sentides en els temps que corren, de manera que la sort dels contractes i les obligacions resulti ser aquella que concordi millor amb el desenvolupament econòmic. Així mateix, es busca la major aproximació possible del Dret espanyol als ordenaments europeus. No obstant això, i tornant al contracte de prestació de serveis, la Proposta d'Avantprojecte de Llei per a la reforma del Llibre IV del Codi civil sobre Obligacions i Contractes, no aborda de moment la reforma, o més aviat l'elaboració *ex novo*, d'unes disposicions generals de dret privat sobre la matèria²³. Sí s'han promulgat en

²¹ AM. MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, 2006, p. 28. Aquest autor esmenta al professor PANTALEÓN, i al professor Díez Picazo, entre d'altres, com referents d'aquest corrent doctrinal, i responsables d'haver assenyalat les línies mestres conforme a les quals ha de procedir-se a modernitzar el nostre dret d'obligacions.

²² Butlletí d'Informació. Any LXIII, Madrid, gener de 2009. Des d'ara PMCC.

²³ És veritat que dintre de la Comissió de Codificació existeix un grup de treball dirigida pel professor Caffarena al que s'ha encarregat que prepari un text sobre el contracte de

l'Estat espanyol diverses normes de Dret públic, especialment en l'àmbit administratiu i laboral, entre les quals destaquen la Llei 20/2007, de 11 de juliol, de l'Estatut del Treballador Autònom²⁴ o les denominades "Llei Paraigua"²⁵ i "Llei Ómnibus"²⁶, de transposició de la Directiva de serveis, que reforma al seu torn unes 47 lleis i moltes més disposicions reglamentàries²⁷. Quant als continguts de dret privat d'aquestes normes, són escassos com no podia ser d'altra manera si tenim en compte l'opció del legislador europeu al redactar la Directiva de serveis, de no entrar en l'àmbit del dret privat per a evitar la consegüent dificultat d'aplicació en els estats membres en els quals es planteja un conflicte amb la seva tradició jurídic-civil. No obstant això, alguns dels seus preceptes incideixen clarament en l'àmbit del dret privat dels contractes i, en aquest sentit, constitueixen norma espanyola vigent sobre el contracte de serveis. Em refereixo a les disposicions sobre la qualitat dels serveis i sobre l'establiment de certs mecanismes per a assegurar el rescabament del client en determinats supòsits de serveis defectuosos, així com sobre les obligacions d'informació pre-contractual al client que contracta un servei. Existeixen, finalment, altres normes de dret privat l'origen del qual i font d'inspiració no és altre que el Dret europeu dels contractes, contingudes en lleis sectorials més antigues, que van ser promulgades en el seu moment per a solucionar

serveis. He comentat l'estat de la qüestió en la Comunicació "El contracte de serveis en la Proposta de Modernització del Codi civil espanyol: ens allunyem d'Europa?" defensada en el Congrés Internacional "Contractació i arbitratge mercantil internacional" celebrat Logronyo els dies 5 i 6 de novembre de 2009. Vegi's també C. JEREZ DELGADO, M. J. PÉREZ GARCÍA, "La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009, p. 173 ss., i R. DURAN RIVACOBBA, "Apunte sobre la propuesta de reforma del derecho de obligaciones y contratos" en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, GARDEAZABAL DEL RIO i GARRIDO CHAMORRO (coords.), *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Madrid, 2010, p. 222 et seq.

Sobre la rellevància del Dret contractual europeu a l'efecte d'influir en aquesta legislació que ve per a Catalunya, vegi's S. ESPIAU ESPIAU "La codificació del Dret civil català en el procés d'unificació del Dret europeu", *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pàg. 63-127.

²⁴ Cf. M^a. D. CERVILLA GARZÓN, "El nuevo régimen jurídico común de la prestación de servicios (estudi detallat de la incidència de l'entrada en vigor de la Llei 20/2007, de 11 de juliol, de l'Estatut del Treballador Autònom en el règim del Codi civil)", *La Ley*, nº 7181, de 25 de maig de 2009, pàg. 2-7.

²⁵ Llei 17/2009, de 23 de novembre, ja citada, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici.

²⁶ Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici. Cf. B.OE nº 308 de 23 de desembre de 2009, pàg. 108.507-108.578.

²⁷ Cf. H. VILLAREJO GALENDE (dir.), *La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada 2009. Aquest llibre conté una sèrie de comentaris efectuats per administrativistes, membres de l'Administració i d'Agrupacions d'empresaris que analitzen els reptes que s'obren tant per a empreses com per a administracions, a partir de la transposició a Espanya de la directiva de serveis.

problemes puntuals d'algunes concretes modalitats de serveis, i per a la transposició de les diferents directives europees²⁸.

Per la seva banda, i quant al tractament legislatiu dels contractes de serveis amb consumidors, la recent proposta de modificació del Cc abans esmentada torna a plantejar-se la regulació d'unes normes generals en matèria d'obligacions i contractes en les quals s'integri el dret de consum²⁹. Aquesta postura sembla més d'acord amb les tendències actuals en l'àmbit comunitari³⁰, i en aquest sentit és una manifestació que el Dret europeu suposa una important i decisiva font d'inspiració per al legislador espanyol. Sens dubte l'anàlisi del DCFR en matèria de serveis esdevé una tasca interessant per al jurista.

Convé advertir pel que fa a l'estructura del treball, que s'ha pretès abordar totes les qüestions necessàries per a l'estudi sistemàtic i complet del tipus contractual general, i no tant l'anàlisi de les concretes modalitats de serveis a les quals fa referència el projecte acadèmic. Això implica la referència constant als capítols 1 i 2 relatius a la part general sobre contractes de serveis, emprant les referències a la part especial del Llibre IV.C fonamentalment com mecanisme per a il·lustrar les conseqüències de l'aplicació de la norma general al cas concret. En aquest context, s'ha treballat especialment sobre els capítols 3 i 7, el primer perquè contempla el contracte d'obra, l'única modalitat que sí està regulada en el Cc de manera que cap efectuar una tasca comparativa entre ambdues normatives, i el segon, el contracte de serveis d'informació i assessorament d'experts, perquè la referència a aquesta modalitat de servei en la qual la prestació de fer és netament intel·lectual, tan diametralment oposada

²⁸ Cf. per exemple, el RD 1457/1986, de 10 de gener, sobre la prestació de serveis en els tallers de reparació de vehicles i la normativa autonòmica que ho complementa, o la Llei 34/2002 de 11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, o, finalment, la Llei 41/2002 de 14 de novembre reguladora de l'autonomia del pacient, i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, que havia estat precedida per algunes normes autonòmiques sobre aquests aspectes que afecten als serveis sanitaris. El sector d'assegurances i el dels serveis financers també conta amb normativa sectorial pròpia derivada de l'especificitat dels mateixos.

²⁹ Això suposaria un canvi de rumb pel que fa al vigent text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, un veritable Codi de consum que afecta a totes les modalitats contractuals regulades en el Codi civil, per això també al contracte de serveis.

³⁰ Ref. Llibre Verd cit., p. 12, així com la Proposta per al Reglament de Dret comú sobre la compravenda consultable en el lloc web <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011en.htm>.

a la tasca que realitza un constructor, permet qüestionar-se sobre el que de comú pot predicar-se en relació a totes les obligacions de fer que constituïen un servei, en definitiva, el que podria ser un contingut vàlid per a una proposta legislativa de Dret Privat sobre el contracte de serveis.

2. Concepte i tipologia dels contractes de serveis

2.1. Definició del contracte de serveis

El contracte de serveis és definit en l'article IV. C 1:101 com aquell contracte en el qual té lloc la realització d'una activitat a favor de l'altra part en canvi d'una remuneració:

El present títol del Llibre IV s'aplica:

(a) als contractes en virtut dels quals una de les parts, el prestador de serveis, es compromet a prestar un servei a l'altra part, el client, en canvi d'un preu;

(b) amb les modificacions oportunes, als contractes en virtut dels quals el prestador de serveis es compromet a prestar un servei al client sense que intervingui el pagament d'un preu.

(2) S'aplica en particular als contractes d'obra, transformació, reparació emmagatzematge, disseny, informació o assessorament i tractament mèdic³¹.

Es tracta d'un contracte oneros i sinalagmàtic, en que el servei es realitza en el desenvolupament d'una activitat professional o empresarial, i que se sustenta en la confiança del client en la capacitat personal i material del prestador del servei per a realitzar la tasca encomanada³². Així, el que constitueix l'objecte de l'obligació per al prestador del servei és la realització d'una tasca que requereix una formació o uns coneixements, i uns mitjans materials i humans, amb la consegüent repercussió d'aquestes notes definitòries en la regulació dels remeis davant un possible incompliment contractual.

No obstant això, i per contrast amb aquest plantejament netament professional i empresarial, l'apartat 1.b d'aquest primer art., estén l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre serveis als contractes en els quals el prestador realitzi el servei sense dret a rebre una contraprestació del client. Es planteja la qüestió sobre el caràcter del requisit de la onerositat en aquest contracte privat. És un requisit d'essència perquè hagi contracte de serveis? Sembla que en el Dret

³¹ Cf. *DCFR (Annex- Definitions)*, p. 566. Vegi's la definició encara més genèrica i referenciada als consumidors continguda en Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre drets dels consumidors, COM(2008) 614 final, art. 2.5, és contracte de serveis "tot contracte, amb excepció d'un contracte de venda, pel qual el comerciant presta un servei al consumidor". La Proposta de Directiva pot consultar-se en el lloc: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:ES:PDF>.

³² Cf. *PEL SC*, (National notis), pàg. 149-153 . També encara que menys desenvolupat, el *DCFR Full Edition*, Comentari a l'art. IV.C 1:101, pàg. 1599-1600.

contractual europeu clarament no ho és. De fet, el DCFR defineix i regula, com altra modalitat contractual, la donació, negoci jurídic essencialment gratuït³³. Així, el Dret europeu dels contractes contempla tant la prestació de serveis a títol onerós com a títol lucratiu si bé, en defecte de pacte exprés de les parts, presumeix que el contracte de serveis celebrat per professionals és onerós. La raó d'ésser d'aquesta definició del servei continguda en el DCFR es troba en el vigent Dret comunitari caracteritzat per respondre a criteris econòmics –la lògica del mercat–, abans que jurídics –la cridada lògica del Dret privat, o dels drets nacionals-³⁴. Així, l'article 57 TFUE considera que és servei la prestació realitzada en canvi d'una remuneració, sempre que no s'hagin d'aplicar preferentment les disposicions relatives a la lliure circulació de mercaderies. És una definició que, juntament amb els exemples que li acompanyen, serveix per a delimitar l'àmbit respectiu de les llibertats comunitàries. Però és insuficient per a construir una regulació de Dret privat. El mateix pot dir-se de l'article 4 de la Directiva 2006/123, sobre serveis en el mercat interior, segons el qual és servei qualsevol activitat econòmica per compte propi, prestada en canvi d'una remuneració, contemplada en l'article 50 TCE, que és idèntic a l'article 57 TFUE³⁵. A pesar que aquesta definició va més enllà que l'anterior, a l'exclou expressament el contracte de treball “per compte propi”, només serveix per a delimitar l'aplicació de les respectives normes. Tenen en comuna que identifiquen l'expressió “prestació d'un servei” amb una activitat econòmica “en canvi d'una remuneració” sigui el que sigui el sector. Això vol dir que pot tractar-se tant d'una activitat cultural com una de les realitzades per un professional liberal o de l'ensenyament etc. Sens dubte, tots aquests sectors d'activitats poden desdoblegar-se en tipus contractuals diversos, però jurídicament no existeix una categoria genèrica o un contracte arquetípic de prestació de serveis del que aquells es derivin, seguint la lògica del Dret privat³⁶.

³³ Vegi's referent a això A. VAQUER ALOY, *Donation in Spain*, p. 10 , consultable en <http://www.ssrn.com>.

³⁴ Cf. ARROYO AMAYUELAS, “Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya donis del Marc Europeu” ponència exposada en la XVI Jornades de Dret català de Tossa de Mar celebrades al setembre de 2010 (en premsa).

³⁵ Cf. art. 4 Directiva 2006/123.

³⁶ Sobre la diferència entre el concepte “sector econòmic d'activitat” i “tipus contractual”, cf. S. CÀMARA LAPUENTE, “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria”: “easyCar” o el desistimiento en el arrendamiento a distancia de vehículos (Sentencia TJCE de 10 de març de

En conclusió, i a pesar de les manques que poden revelar-se en aquesta definició àmplia del servei continguda en el DCFR, la veritat és que aquest conjunt d'articles representen un salt qualitatiu important perquè posen ordre i sistemàtica en una matèria que no és en absolut uniforme en els ordenaments jurídics europeus³⁷.

2.2. El principi de tipicitat. Delimitació del tipus legal pel que fa a altres prestacions de fer que poden ser qualificades com a serveis.

L'article IV. C 1:102 part de l'afirmació taxativa que certs serveis queden expressament exclosos de la regulació de l'apartat C del Llibre IV:

El present títol no s'aplica als contractes de transport, segur, constitució de garantia ni subministrament de productes o serveis financers.

I no perquè no tinguin una enorme transcendència pràctica sinó perquè, afirmen els autors del DCFR, existeixen poderoses raons per a excloure'ls de l'àmbit d'aplicació de la regulació de serveis³⁸. Són diverses aquestes causes com diversos els contractes exclosos: en primer lloc, els contractes sobre garanties personals estan regulats en la Part IV.G³⁹; en segon lloc, el sector del transport i l'ampli espectre dels serveis financers estan sotmesos a una intensa i abundant normativa comunitària d'aplicació directa en els estats membres⁴⁰.

2005, Assumpte C-336/03), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, 9, pàg. 375-405.

³⁷ A manera d'exemple cap destacar que en alguns països europeus, com Alemanya o Espanya, el contracte de serveis es regula de manera separada respecte del contracte d'obra, a França per contra, el contracte d'obra inclou al de serveis i a Portugal, la normativa que més s'assembla a la tesi mantinguda pels autors del DCFR, el contracte d'obra queda inclòs, com una modalitat dels contractes de serveis. També és divergent en cada legislació nacional, el tractament de determinades "modalitats de serveis" com el mandat o el dipòsit, que a Espanya per exemple, tenen una regulació separada i autònoma.

³⁸ *DCFR Full Edition*, Comentari a l'art. IV.C.- 1:102, p. 1.600.

³⁹ IV. G. – 1:102: *Scope: (1) This Part applies to any type of voluntarily assumed personal security and, in particular, to:(a) dependent personal securities, including those assumed by binding comfort letters;(b) independent personal securities, including those assumed by stand-by letters of credit; and (c) co-debtorship for security purposes.*

⁴⁰ Vegi's per exemple la Directiva 2002/65/CE del Parlament i del Consell de 23 de setembre de 2002, relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, Directiva 2007/64/CE del Parlament europeu i del Consell de 13 de novembre de 2007 sobre serveis de pagament en el mercat interior, per la qual es modifiquen les Directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE i 2006/48/CE i per la qual es deroga la Directiva 97/5/CE. En relació al sector del transport és abundant la normativa comunitària, vegi's entre moltes altres, Directiva 2008/68/CE del Parlament Europeu i del Consell sobre el transport terrestre de mercaderies perilloses; Directiva 2010/48/UE de la Comissió, de 5 de juliol de 2010, per la qual

Cap concloure que l'especificitat en el tractament d'aquests concrets serveis prové de l'objecte i es relaciona amb la normativa proteccionista a favor dels consumidors, la qual cosa aconsella el seu allunyament de la normativa sobre serveis, en la qual no existeixen regles específicament aplicables al client-consumidor. L'antecedent immediat d'aquest article en els PEL SC, a més de les modalitats ja esmentades, també exclou expressament els contractes de treball, la qual cosa ha estat considerat innecessari pels autors del DCFR, puix que el Llibre I ja delimita amb caràcter general l'àmbit d'aplicació de les normes del DCFR, exclouent de forma expressa en l'art. I 1:101, apartat i) els contractes de treball, la qual cosa al seu torn resulta d'acord amb la majoria de les legislacions nacionals. En el Dret espanyol els contractes que apareixen exclosos en el Projecte acadèmic també gaudeixen d'una normativa especial que remarca la seva singularitat⁴¹. Així, des de 1980 existeix una regulació específica per al contracte de assegurances⁴², el transport està regulat també separatament del Codi de comerç⁴³ i, en l'àmbit dels serveis financers, a més de la normativa imposada a les entitats financeres pel banc d'Espanya, tota la normativa comunitària s'aplica directament en el nostre país imposant una regulació específica per a aquest sector⁴⁴.

s'adapta al progrés tècnic la Directiva 2009/40/CE del Parlament Europeu i del Consell, relativa a la inspecció tècnica dels vehicles a motor i dels seus remolcs; Directiva 2010/47/UE de la Comissió, de 5 de juliol de 2010, per la qual s'adapta al progrés tècnic la Directiva 2000/30/CE del Parlament Europeu i del Consell relativa a les inspeccions tècniques en carretera dels vehicles industrials que circulen en la Comunitat; Directiva 95/50/CE del Consell relativa a procediments uniformes de control del transport de mercaderies perilloses per carretera; Directiva 2007/59/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2007, sobre la certificació dels maquinistes de locomotores i trens en el sistema ferroviari de la Comunitat.

⁴¹ Precisament el nostre país apareix com paradigma de normativa sectorial en les notes de Dret comparat contingudes en els comentaris al DCFR, Cf. *DCFR Full Edition*, Notis a l'art. IV.C 1:102, vol. 2, p.1601.

⁴² Llei 34/2003, de 4 de novembre, de modificació i adaptació a la normativa comunitària de la legislació d'assegurances privades.; Llei 26/2006, de 17 de juliol, de mediació d'assegurances i reassegurances privades.

⁴³ Cf. [Ley 16/87 de 30 de julio](#), d'Ordenació dels Transports Terrestres, modificada per: Llei 13/96, de 30 de desembre; Llei 66/97, de 30 de desembre; Reial decret-Llei 6/1998, de 5 de juny; Reial decret Llei 4/2000, de 23 de juny; Llei 14/00, de 29 de desembre; Llei 24/2001, de 27 de desembre; Llei 29/2003, de 8 d'octubre, i Llei 25/2009, de 22 de desembre); i Llei 15/2009, de 11 de novembre, del contracte de transport terrestre de mercaderies.

⁴⁴ Llei 22/2007, de 11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors o, recentment, la Llei 2/2009, de 31 de març, que regula entre altres coses la prestació del servei consistent en la intermediació per a la concertació de préstecs hipotecaris amb consumidors, quan aquesta activitat es desenvolupa per altre tipus d'empreses diferents a les pròpies entitats de crèdit. Fins a la promulgació d'aquesta llei, tal activitat molt estesa en els nostres dies, especialment referent a l'agrupació de deutes, quedava sotmesa únicament a la legislació general de protecció dels consumidors, 2002/65/CE, 2005/60/CE i 2006/48/CE i per la qual es deroga la Directiva 97/5/CE. En relació al sector del transport és abundant la

Quant a l'abast d'aquesta exclusió de certs tipus contractuals per l'objecte, el terme literal empleat en article IV. C 1:102, *in sota far as*, ens duu a entendre que si es preveu l'aplicació de les normes sobre els contractes de serveis, si més no sigui parcialment, als cridats contractes mixts, que apareixen definits en el primer capítol de la Part II del DCFR *Contracts and other juridical acts*, és a dir, aquells contractes l'objecte dels quals sigui un servei qualsevol i, a més, algun dels esmentats expressament en aquest article. En aquest cas, en la mesura que l'objecte de contracte sigui un servei no exclòs podrà ser regulat per les normes de la Part IV. C del DCFR⁴⁵.

normativa comunitària, vegi's entre moltes altres, Directiva 2008/68/CE del Parlament Europeu i del Consell sobre el transport terrestre de mercaderies perilloses; Directiva 2010/48/UE de la Comissió, de 5 de juliol de 2010, per la qual s'adapta al progrés tècnic la Directiva 2009/40/CE del Parlament Europeu i del Consell, relativa a la inspecció tècnica dels vehicles a motor i dels seus remolcs; Directiva 2010/47/UE de la Comissió, de 5 de juliol de 2010, per la qual s'adapta al progrés tècnic la Directiva 2000/30/CE del Parlament Europeu i del Consell relativa a les inspeccions tècniques en carretera dels vehicles industrials que circulen en la Comunitat; Directiva 95/50/CE del Consell relativa a procediments uniformes de control del transport de mercaderies perilloses per carretera; Directiva 2007/59/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2007, sobre la certificació dels maquinistes de locomotores i trens en el sistema ferroviari de la Comunitat.

⁴⁴ Precisament el nostre país apareix com paradigma de normativa sectorial en les notes de Dret comparat contingudes en els comentaris al DCFR, Cf. *DCFR Full Edition*, Notes a l'art. IV.C 1:102, vol. 2, p.1601.

⁴⁴ Llei 34/2003, de 4 de novembre, de modificació i adaptació a la normativa comunitària de la legislació d'assegurances privades.; Llei 26/2006, de 17 de juliol, de mediació d'assegurances i reassegurances privades.

⁴⁴ Cf. [Ley 16/87 de 30 de julio](#), d'Ordenació dels Transports Terrestres, modificada per: Llei 13/96, de 30 de desembre; Llei 66/97, de 30 de desembre; Reial decret-Llei 6/1998, de 5 de juny; Reial decret Llei 4/2000, de 23 de juny; Llei 14/00, de 29 de desembre; Llei 24/2001, de 27 de desembre; Llei 29/2003, de 8 d'octubre, i Llei 25/2009, de 22 de desembre); i Llei 15/2009, de 11 de novembre, del contracte de transport terrestre de mercaderies.

⁴⁴ Llei 22/2007, de 11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors o, recentment, la Llei 2/2009, de 31 de març, que regula entre altres coses la prestació del servei consistent en la intermediació per a la concertació de préstecs hipotecaris amb consumidors, quan aquesta activitat es desenvolupa per altre tipus d'empreses diferents a les pròpies entitats de crèdit. Fins a la promulgació d'aquesta llei, tal activitat molt estesa en els nostres dies, especialment referent a l'agrupació de deutes, quedava sotmesa únicament a la legislació general de protecció dels consumidors, sense altres exigències particulars de transparència ni un marc específic de garanties exigibles per qui contracten préstecs o crèdits hipotecaris amb aquestes empreses. L'objectiu de la norma és protegir al consumidor com part feble en la contractació d'aquest servei d'intermediació financera, introduint normes imperatives que ho allunyen de l'esfera del Dret Privat.

⁴⁵ II 1:107: *Mixed contracts*.

(1) *For the purposes of this Article a mixed contract is a contract which contains:(a) parts falling within two or habiti of the categories of contracts regulated specifically in these rules; or (b) a part falling within one such category and another part falling within the category of contracts governed only by the rules applicable to contracts generally.*

(2) *Where a contract is a mixed contract then, unless this is contrary to the nature and purpose of the contract, the rules applicable to each relevant category apply, with any appropriate adaptations, to the corresponding part of the contract and the rights and obligations arising from it.*

En definitiva, l'aplicació del principi de tipicitat al contracte de serveis es configura en el DCFR mitjançant l'exclusió expressa de determinades modalitats (certs serveis no seran regulats) unida a la regulació positiva de sis concretes varietats funcionals o branques d'activitat que no es corresponen exactament amb sis professions determinades sinó que pretenen abastar molt més, contingudes en els capítols 3 a 8, normativa que podrà aplicar-se analògicament a altres modalitats de serveis, sempre que no siguin de les expressament excloses en aquest capítol⁴⁶.

Juntament amb la referència als contractes exclosos, el DCFR estableix en l'article IV.C 1:103, una norma de prelación aplicable en els supòsits de conflicte o duplicitat de regulació, que ens permet abordar la delimitació del tipus contractual denominat *servei*, posant en relació determinades prestacions de fer que, a causa de la seva clara afinitat amb el concepte de servei, podrien ser qualificades també com modalitats d'aquest tipus contractual. Referent a això cap esmentar el problema de la superposició de parts generals dintre del DCFR, el projecte acadèmic és reiteratiu quant a les normes i principis genèrics dels diversos apartats, la qual cosa no facilita per res la tasca de classificar els conceptes ni els tipus contractuels. Es dona la superposició entre la part general d'obligacions continguda en el Llibre III i la part general de serveis dels capítols 1 i 2 del Llibre IV.C. Ocorre també dintre de la pròpia part IV.C, entre les normes de cada tipus de serveis⁴⁷, i ocorre, finalment, entre les normes de la part IV.C i de la part IV.D i IV.I, relatives a contractes afins. Em detindrà a continuació en la interrelació existent entre servei i obra, servei i mandat, i servei i contractes de col·laboració empresarial, que apareixen agrupats en la

(3) Paragraph (2) does not apply where: (a) a rule provides that a mixed contract is to be regarded as falling primarily within one category; or (b) in a case not covered by the preceding sub-paragraph, one part of a mixed contract is in fact so predominant that it would be unreasonable not to regard the contract as falling primarily within one category.

(4) In cases covered by paragraph (3) the rules applicable to the category into which the contract primarily falls (the primary category) apply to the contract and the rights and obligations arising from it. However, rules applicable to any elements of the contract falling within another category apply with any appropriate adaptations so far as is necessary to regulate those elements and provided that they do not conflict with the rules applicable to the primary category.

(5) Nothing in this Article prevents the application of any mandatory rules.

Cf. C. VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, Madrid, 2009, p. 62.

⁴⁶ Cf. PEL SC, *General Introduction I*, pàg. 129-132.

⁴⁷ Per posar un exemple, l'àmbit d'aplicació de les normes del Capítol IV.C 3, *Construction*, quan es refereix a la modificació de béns preexistents, se superposa i confon amb l'àmbit d'aplicació del Capítol IV.C 4, *Processing* que versa sobre el manteniment i reparació de béns. Per això gairebé tots els articles d'ambdós capítols es repeteixen.

part IV.I sota el títol de contractes d'agència, franquícia i distribució. Finalment, em referiré als supòsits de serveis no tipificats.

a. Contracte d'obra i contracte de serveis

El contracte d'obra, entès com tasca d'elaboració de béns corporals -mobles i immobles-, o de béns intangibles, queda recollit en el capítol 3 del Llibre IV.C DCFR, és a dir, dintre del primer capítol de la part especial, com una modalitat del tipus general denominat contracte de serveis. Per la seva banda, l'art. IV.C 1:103, estableix que en cas de conflicte de normes s'aplicaran amb preferència les del capítol 3 sobre *construction* com norma especial, abans que les del capítol 2 de la part general sobre serveis. Aquesta sistemàtica que insereix el contracte d'obra en la normativa del contracte de serveis difereix substancialment de la qual observa el Codi civil espanyol, art. 1588 i seg., en el qual l'execució d'obra es tracta aïlladament i se circumscriu a aquelles prestacions efectuades per ajustament o preu alçat per un professional o empresari, aportant o no els materials per a l'execució d'una construcció immobiliària⁴⁸. De fet, és aquest tractament normatiu diferenciat una de les causes que han donat lloc a la distinció obres-serveis sota el prisma obligacions de resultat-obligacions de mitjans que també es troba en altres sistemes jurídics continentals⁴⁹, sent els tribunals els veritables creadors d'un

⁴⁸ Lamenta la falta de tractament sistematitzat i unitari del contracte d'obra a Espanya C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, "Comentario al artículo 1588 Cc" en A. DOMINGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, p. 1732. Per la seva part F. RODRÍGUEZ MORATA (en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, Cizur Menor, 2009, p. 1862) incideix més en l'ampliació del supòsit de fet per via d'aplicació de l'art. 1588 en els tribunals. Vegi's, a manera d'exemple, algunes resolucions sobre altres modalitats de serveis qualificats com arrendament d'obra encara que no es tracta pròpiament de tasques d'edificació: STS, 14.7.2006, Cendoj: 28079110012006100873, sobre obres d'insonorització d'un local, STS, 25.5.2006, Cendoj: 28079110012006100572, sobre l'obligació de lliurar una nau, ja muntada i en perfecte estat de funcionament.

⁴⁹ Sobre l'origen històric en el Dret romà i en la posterior recepció pel dret comú, que explica la separació present en la majoria dels codis continentals de la locació de servei (*locatio-conductio-operarum*) i la locació d'obres (*locatio-conductio-operis*), vegi's C. VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto...*, p. 86; A. ALEMANY MONREAL, *El arrendamiento de servicios en Derecho romano*, Almería, 1996, pàg. 41 et seg.; H. COING, *Derecho privado europeo* (traducció de. PÉREZ MARTÍN), I, Madrid, 1996, pàg. 28 et seg. Per a la classificació i enumeració dels criteris de distinció entre obres i serveis, en la doctrina i jurisprudència vegi's J. SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Madrid 1997, pàg. 15 et seg.

sistema de responsabilitat contractual dels promotors i constructors d'edificis, a partir de la dicció de l'article 1591 Cc⁵⁰.

Després d'un llarg període d'immobilisme legislatiu, s'ha produït en el dret espanyol un segon i recent període d'intensa normativització i, fins i tot, administrativització del contracte d'obra, entès específicament com edificació d'immobles. El legislador nacional ha anat exclouent l'activitat de l'edificació de l'òrbita del dret privat mitjançant la creació de nombroses normes de caràcter administratiu, en les quals s'imposen al constructor una sèrie d'obligacions taxades que modalitzen el contingut de la seva obligació de fer al marge dels pactes arribats entre les parts contractuals. Aquest intervencionisme es justifica per la importància del dret constitucional a l'habitatge, l'extensió cada vegada major del concepte d'habitatge protegit, i les exigències de seguretat i funcionalitat dels edificis⁵¹.

En l'àmbit específic del Dret privat, des de l'any 2000 i a l'efecte de la determinació de la responsabilitat civil dels constructors en el cas concret, els tribunals espanyols contenen amb la regulació continguda en els articles 8 a 13 i 17 a 19 de la Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'Ordenació de l'Edificació. Una norma de contingut civil que converteix en llei la doctrina jurisprudencial elaborada en la interpretació del Codi civil, i proporciona nous instruments al juzgador per a delimitar la responsabilitat del prestador del servei⁵².

⁵⁰ A partir de la interpretació de l'article 1591 Cc ("el contractista d'un edifici que s'arruïnes per vicis de la construcció, respon dels danys i perjudicis si la ruïna tingués lloc dintre de deu anys comptats des que va concloure la construcció") s'ha generat una rellevant i abundantíssima doctrina jurisprudencial sobre el concepte de ruïna dels edificis, així com sobre els vicis que fonamenten la imputació de responsabilitat dels agents de la construcció i donen dret al cobrament d'una indemnització, i, finalment, també sobre la solidaritat de la responsabilitat atribuïble a tots els participants en l'edificació. Cf. una petita mostra les SSTS 10. 9.2007, RJ 4963; 25.10.2006, RJ 6707; 13.2.2007, RJ 735; 26.3.2007, RJ 2342; 5.6.2007, RJ 3425.

⁵¹ Afecten al servei de la construcció, entre d'altres, les següents normes d'aplicació estatal: el Codi Tècnic de la Construcció, aprovat mitjançant RD 314/2006, de 17 de març, i modificat per RD 1371/2007 de 19 d'octubre, i per l'Ordre VIV/984/2009, de 15 abril; la Llei 32/2006 de 18 d'octubre, reguladora de la subcontractació en el sector de la construcció i el RD 1109/2007 de 24 d'agost que ho desenvolupa, modificat al seu torn pel RD 327/2009, de 13 de març; el Reglament d'Habitatges de Protecció Oficial aprovat per D. 2114/1968 de 24 de juliol, el Pla Estatal d'Habitatge i Rehabilitació 2009-2012 aprovat per Reial decret 2066/2008, de 12 de desembre; el Reglament d'Instal·lacions Tèrmiques en Edificis aprovat per Reial decret 1027/2007, de 20 juliol; la Llei 37/2003, de 17 de novembre, del Soroll, referent a zonificació acústica, objectius de qualitat i emissions acústiques. Modificada pel reial decret 1367/2007, de 19 octubre. Aquesta normativa es multiplica per efecte de la capacitat legislativa de les Comunitats autònomes en matèria de dret urbanístic, cf., per a Catalunya, el Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós la Llei d'urbanisme.

⁵² Cf. art. 17 LOE: "Sense perjudici de les seves responsabilitats contractuals, les persones físiques o jurídiques que intervenen en el procés d'edificació respondran (...)". Sobre la Llei

Enfront d'aquest panorama de la normativa nacional, el contracte d'obra definit en el Marc Comú de Referència no només s'enquadra perfectament dintre de la categoria única dels serveis, sinó que a més té una vocació molt més àmplia puix que pretén abastar tots aquells contractes en virtut dels quals es porta a terme l'elaboració d'un bé nou o, si escau, la rehabilitació o transformació d'un bé preexistent. Aquest servei d'elaboració o construcció pot recaure tant sobre béns immobles com béns mobles o, fins i tot, incorporales. Pot ser que la prestació de l'esmentat servei es realitzi en execució del projecte o disseny prèviament lliurat pel client al prestador del servei o, per contra, que sigui el propi empresari o professional qui hagi de confeccionar prèviament el projecte amb base en el qual s'elaborarà el bé sol·licitat⁵³.

Aquest plantejament *omniabarcant* de l'objecte de la regulació deriva necessàriament, en abundants situacions de contractes mixts⁵⁴, ja que en molts casos ens trobarem amb un contracte mixt entre prestació d'un servei de construcció i compravenda, com ocorre en el contracte de compravenda d'un pis en construcció en el qual la promotora ha de construir per a poder lliurar el bé que constituïx l'objecte de la prestació. O bé podem trobar un contracte mixt que comporti primer el disseny i després l'execució del mateix com en el cas

d'Ordenació de l'Edificació pot consultar-se entre molts altres, AAVV, *Garantías y Responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000; F. LACABA SÁNCHEZ "LOE. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591", *La Ley* nº 4974, 2000; I. VICENTE DOMINGO, "Régimen de responsabilidad de la LOE y su coordinación con el régimen actual", *Anuari de Dret Civil* nº 37, 2000; J. LÓPEZ RICHART, *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación*, Madrid, 2003; M. GÓMEZ PERALS, *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Madrid, 2004; J. BRENES CORTÉS, *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, València, 2005; A. CARRASCO PERERA, I. CORDERO LOBATO, C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y vivienda*, Madrid, 2005; A. CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2005; A. I. FUSTER, *La responsabilidad civil del arquitecto y del ingeniero proyectistas en la edificación*, Barcelona, 2007; R. PUJOL GAREA "El contrato de edificación", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de contratos*, València, 2009, vol III, pàg. 3346-3411.

⁵³ Art. III 3:101: *Scope:(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the constructor, undertakes to construct a building or other immovable structure, or to materially alter an existing building or other immovable structure, following a design provided by the client. (2) It applies with appropriate adaptations to contracts under which the constructor undertakes: (a) to construct a movable or incorporeal thing, following a design provided by the client; or (b) to construct a building or other immovable structure, to materially alter an existing building or other immovable structure, or to construct a movable or incorporeal thing, following a design provided by the constructor.*

⁵⁴ Art. II 1:107 *Mixed contracts: (...) is a contract which contains:(a) parts falling within two or habiti of the categories of contracts regulated specifically in these rules; or (b) a part falling within one such category and another part falling within the category of contracts governed only by the rules applicable to contracts generally.*

d'un arquitecte que elabora un projecte per a l'edificació d'un immoble i després ha de dirigir l'obra en la qual s'executa el referit disseny previ. En tercer lloc cap que es produeixi la confluència o confusió de modalitats tipificades, com succeïx en els casos que un servei de rehabilitació de béns ja existents, especialment immobles, pot qualificar-se com *construction*, tipificat en el capítol 3 del Llibre IV.C DCFR, o com *processing*, regulat en el capítol 4 del Llibre IV.C DCFR.

En aquests supòsits les normes generals que regulen els contractes mixts indiquen que el capítol 3 de l'IV.C només podrà aplicar-se a la part del contracte l'objecte del qual sigui, pròpiament, l'elaboració o construcció d'un bé. Pel que fa al contracte mixt de construcció i compravenda, l'article IV.A 1:102 DCFR assenyala que ha d'entendre's que el contracte és de compravenda⁵⁵. De manera conseqüent, la regulació del capítol 3 d'aquesta part IV.C respecta absolutament els principis rectors del contracte de compravenda, sent paradigmàtica la qüestió relativa al traspàs dels riscos del comprador al venedor, i del constructor o prestador del servei d'edificació al client que va encarregar dit servei⁵⁶. També la doctrina i la jurisprudència espanyola s'han plantejat el problema de la confluència entre el contracte d'obra i el de compravenda quan els materials són subministrats per qui executa l'obra que, solament després, ven al client l'immoble resultat del seu treball. Entenc que, a la llum de la Llei d'Ordenació de l'Edificació, i en benefici del comprador de l'immoble, sempre s'ha d'entendre que estem davant un contracte d'obra quan d'això depengui, per exemple, l'obligació de concertar una garantia decenal per als edificis⁵⁷.

No obstant això, en el cas de contracte mixt de disseny i construcció, a pesar que és clara i nítida la distinció entre l'objecte de l'un i l'altre servei, quan ambdues tasques són realitzades per una mateixa persona aquest contracte es regirà exclusivament per les normes del capítol 3, deixant sense aplicació les

⁵⁵ IV. A 1:102: *Goods to be manufactured or produced. A contract under which one party undertakes, for a price, to manufacture or produce goods for the other party and to transfer their ownership to the other party is to be considered as primarily a contract for the sale of the goods.*

⁵⁶ Cfr arts. IV.C 3:108 i IV.A. 5:102 . De la mateixa manera que quant a les obligacions de conformitat i de pagament del preu, el traspàs dels riscos de destrucció del bé elaborat per causa fortuïta, es produïx en el moment del lliurament o transferència del control sobre el bé, el cridat *moment rellevant*.

⁵⁷ Cf. Art. 19 LOE; STS 18.4.1995, RJ 3422; SAP Lleida 29.5.2000, AC 1426.

del capítol 6.⁵⁸. Quant a la distinció entre manteniment i rehabilitació, transformació o qualsevol altra forma de processament de béns preexistents, la veritat és que les normes del capítol 4 de la part C del DCFR reiteren les del capítol precedent, al cap i a la fi el manteniment, reparació i neteja de béns de tota classe és altre contracte d'obra absolutament compatible, per la naturalesa de la prestació de fer, amb el contracte d'execució o modificació de béns del capítol 3. Únicament l'article IV.C 4:105 sobre l'obligació de retornar el bé o estructura posada a la disposició del prestador del servei per a la seva reparació, i l'article IV.C 4:108 que conté la clàusula de limitació de la responsabilitat tindrien una singularitat digna d'esment. Fins a tal punt és així que podria entendre's aquest capítol 4 com clarament prescindible dintre de la sistemàtica del contracte de serveis continguda en el DCFR⁵⁹.

A més d'aquesta interrelació entre les normes que afecten a contractes tipificats en el DCFR, els redactors d'aquest projecte acadèmic veuen possible i convenient l'aplicació del capítol 3 del Llibre IV.C a altres negocis jurídics no tipificats, puix que existeixen moltes altres activitats que poden encaixar en aquesta normativa sobre els contractes d'obra perquè requereixen una conducta expressa del professional i una interacció entre les parts del contracte per a assolir l'obtenció del resultat. L'exemple per excel·lència és l'elaboració d'un programari, activitat absolutament allunyada de la tasca d'aixecar un edifici i, no obstant això, susceptible de ser regulada per aquestes disposicions⁶⁰. D'aquesta manera, es resol en certa manera el problema que molts autors han posat de manifest en relació a la tipicitat del contracte de serveis europeu: és cert que es regulen únicament sis modalitats de serveis a pesar que aquest sector de l'economia és infinitament més ampli, però també ho és que dintre de cadascuna d'aquestes sis modalitats, vam trobar normes inspiradores per al jutgador, aplicables a molts més supòsits fàctics dels quals al principi podria semblar⁶¹.

⁵⁸ IV.C 6:101 (2): *Els contractes en virtut dels quals una part es compromet a dissenyar i també a prestar el servei d'execució del disseny es consideren contractes de serveis d'execució del disseny*. Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari I a l'art. IV.C 3:101, vol. 2, p. 1702.

⁵⁹ Ha criticat aquesta superposició de disposicions A. VAQUER ALOY en "Farewell to Windscheid? Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference", *European Review of Private Law*, 4, 2009, p. 501 et seq.

⁶⁰ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari A a l'art. IV.C 3:101, p. 1700.

⁶¹ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari B a l'art. IV.C 3:101, vol. 2, p. 1701.

b. Contracte de mandat i contracte de serveis

A diferència del que ocorre amb el contracte d'obra, el de mandat és objecte d'una regulació separada i diferenciada de la prestació de serveis en el Marc Comú de Referència. Es troba recollit en el Llibre IV.D: *Mandate contracts*, que es compon de set capítols, que tracten l'activitat de qui rep un encàrrec per a concloure un contracte amb un tercer, o per a afectar de qualsevol altra manera la posició jurídica del mandant en relació amb tercers; o bé de qui efectua aquestes mateixes tasques però sense ostentar la representació jurídica del seu mandant. Inclou també les activitats de qui realitzen tasques destinades a possibilitar o facilitar la conclusió d'un contracte entre el mandant i un tercer, o la realització d'altre acte jurídic que afectaria a la posició jurídica del mandant en relació amb un tercer⁶².

L'article IV.C 1:103, en el seu apartat primer assenyala expressament que *"in cas de conflicte: (a) són d'aplicació preferent sobre el disposat en el present títol les disposicions del Títol D (Mandat) del Llibre IV"*; seguint la màxima que la norma especial preval sobre la general, per considerar més genèriques les disposicions contingudes en el Llibre IV.C sobre contractes de serveis. A partir d'aquesta regla de conflicte cabria entendre que els autors del DCFR consideren el mandat com una modalitat del contracte de serveis que disposa – per l'especificitat de la concreta prestació de fer del mandatari- de la seva pròpia regulació. En aquest cas el coherent, al meu judici, seria que aquesta regulació específica es contingués en successius capítols de la part C del Llibre IV, en el capítol 9 després del contracte de tractament mèdic i no en una part diferent, el llibre IV.D per al contracte de mandat⁶³.

⁶² Art. IV.D 1:101 Scope: This Part of Book IV applies to contracts and other juridical acts under which a person, the agent, is authorised and instructed (mandated) by another person, the principal:

(a) to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise directly affect the legal position of the principal in relation to a third party;

(b) to conclude a contract with a third party, or do another juridical act in relation to a third party, on behalf of the principal but in such a way that the agent and not the principal is a party to the contract or other juridical act; or

(c) to take steps which it is meant to lead to, or facilitate, the conclusion of a contract between the principal and a third party or the doing of another juridical act which would affect the legal position of the principal in relation to a third party.

(2) It applies where the agent undertakes to act on behalf of, and in accordance with the instructions of, the principal and, with appropriate adaptations, where the agent is merely authorised but does not undertake to act, but nevertheless does act.

⁶³ Aquesta opció sistemàtica que separa el mandat dels altres contractes de serveis ha estat criticada per un sector de la doctrina alemanya, vegi's H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C.

No hi ha dubte que existeix una certa superposició i reiteració en la normativa del DCFR, i que el tractament del contracte de serveis nominat o tipificat, no queda clarament delimitat d'altres figures afins⁶⁴. El concepte de servei pel que fa a altres figures afins pot equiparar-se al gènere pel que fa a l'espècie, tot són serveis encara que només en algun d'ells es confereix al prestador del servei l'encàrrec d'actuar enfront de tercers per a concloure contractes o negocis per compte del mandante, amb o sense ostentar la seva representació, i llavors ens trobem amb la figura del mandat⁶⁵. I si el servei consisteix en l'activitat empresarial del transport, o es tracta de serveis financers, no hi ha dubte de la conveniència que les normes generals sobre la llibertat contractual quedin limitades mitjançant una regulació imperativa en defensa dels interessos dels consumidors. Però això no fa que aquestes modalitats contractuals deixin de ser conceptualment serveis i responguin a una sèrie de paràmetres bàsics comuns a totes elles. De fet, els acadèmics redactors del DCFR que opten per separar el mandat dels serveis, no ho fan, no obstant això, amb l'altre contracte que, tradicionalment, en molts ordenaments nacionals europeus apareix clarament desgajado del contracte de serveis, com ho és el contracte d'emmagatzematge o dipòsit. Aquesta activitat s'encaixa en el DCFR en el capítol 5, *Storage*, de la part especial de la part IV.C.⁶⁶.

La doctrina espanyola no veu obstacle per a considerar tant el mandat com el dipòsit com dos particulars contractes de serveis i considera compatible aquesta qualificació amb la seva presentació formal en els codis civils nacionals, en títols i capítols separats i, per tant, al marge de la disciplina

GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, "The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal Legal Studies*, vol. 28, nº 4, 2008, p. 689 et seq. També tracta aquesta qüestió M.B.M. LOOS, autor de l'antecedent del DCFR en matèria de serveis, PEL SC, cf. "Service Contracts", en *Towards a European Civil Code*, Amsterdam, 2011, p. 762.

⁶⁴ Cf. la similitud de les normes sobre conflictes d'interessos aplicables als contractes de asesoramiento i informació, art. IV.C 7:107 i les relatives als supòsits de doble mandat, art. IV.D 5:102.

⁶⁵ Per exemple, en relació a les professions jurídiques sembla que la jurisprudència espanyola ha resolt el conflicte sobre l'enquadrament d'aquestes activitats dintre del concepte més genèric del contracte d'arrendament de serveis, SSTS 26.2. 2007, RJ 2115; 23.3.2007, RJ 1542; 16.4.2008, RJ 4357.

⁶⁶ IV.C 5:101. *Àmbit d'aplicació (1) El present capítol s'aplica als contractes en virtut dels quals una part, el dipositari es compromet a emmagatzemar un bé moble o intangible per a una altra, el client.* En el DCFR el contracte de dipòsit és consensual (IV C 5:101 a 110), recau sobre béns mobles encara que també s'estén als incorporals (IV,C 5: 101). Cfr. *DCFR Full Edition*, Comentari art. IV. C 5: 101, pàg. 1789-1793.

específica del contracte de serveis⁶⁷. Aquesta sistemàtica s'explica per motius històrics i no és comú a tots els ordenaments civils⁶⁸ i, en qualsevol cas, no és obstacle per a la correcta qualificació dels tipus contractuals.

c. Contracte d'agència, franquícia i distribució i contracte de serveis

De la mateixa manera que per al mandat, l'article IV.C 1:103, en el seu apartat primer assenyala expressament que *“en cas de conflicte són d'aplicació preferent sobre el disposat en el present títol les disposicions del Títol I (Agència comercial, franquícia i distribució) del Llibre IV; Així, el DCFR també regula separadament del contracte de serveis aquells altres contractes l'objecte dels quals és l'establiment de vincles de col·laboració estables i duradors entre un empresari productor o proveïdor i altre empresari jurídicament independent⁶⁹ que es val de la seva organització per a introduir en el mercat els béns i serveis d'aquell. L'expressió utilitzada pel DCFR “introduir en el mercat” és prou àmplia (o deliberatament imprecisa) per a comprendre un conjunt divers d'activitats i estratègies que possibilitin el gaudi del producte pel destinatari i, d'aquesta manera, pot abastar conjuntament la regulació del contracte d'agència comercial, de franquícia i de distribució. És obvi que ens trobem davant una prestació de serveis desenvolupada sempre en l'àmbit estrictament mercantil, per tractar-se d'un servei prestat al productor dels béns.*

La jurisprudència no coincideix amb la doctrina⁷⁰ en el reconeixement d'una categoria jurídica àmplia de *“contractes de distribució”* o *“en matèria de*

⁶⁷ Cf., J.L. LACRUZ BERDEJO i altres, *Elementos de Derecho Civil*, II-2, Madrid, 2009, § 97, p. 203; C. VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios*, pàg. 233 et seg. i pàg. 248 ss.; M.B. BLAT GARCÍA, *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999, p. 146; M^a. C. GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pàg. 664-666; M^a D. CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, València, 2001, p. 93; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *El desistimiento en el contrato de servicios de las profesiones liberales*, ADC, 2001, pàg. 681-751.

⁶⁸ Així, a Portugal el legislador ha optat per enquadrar la figura del mandat dintre de la més genèrica del contracte de serveis Art. 1154: *“Contracte de prestaço de serviço é aquele em que uma dónes parts es obriga a proporcionar à outra certo resultat do seu trabalho intel-lectual ou manual, com ou sem retribuïço; art. 1155: “O mandat, o dipòsit i a empreitada, regulats ens capítols subsequentes, so modalitats do contracte de prestaço de serviço”.* Vegi's també Àustria, § 1151 ABGB.

⁶⁹ La independència jurídica implica l'exclusió de l'àmbit subjectiu d'aplicació als col·laboradors vinculats mitjançant un contracte laboral o a tots aquells que actuïn en qualitat d'òrgan de l'empresari fabricant, productor o proveïdor.

⁷⁰ Cf. sobre aquesta matèria, F. DÍEZ DE CASTRO: *Distribución comercial*, Madrid, 2004, A. AGUSTIN: *La distribución comercial en el siglo XXI*, Madrid, 2000, J.A. TRESPALACIOS GUTIÉRREZ /R. VÁZQUEZ CASIELLES, *Estrategias de distribución comercial*, Madrid, 2006; C.L'HERMIE/ F. PARRA /M.J. MIQUEL ROMERO/S.M PERIS, *Distribución comercial*, 2006.

distribució”. No obstant això contempla el denominat “*contracte de col·laboració*” o “*contracte de col·laboració comercial*” que descriu com “una figura contractual atípica, consensual, bilateral i onerosa, diferent de l’arrendament de serveis, amb una gran varietat de possibilitats en el tràfic jurídic, el que determina, a més, que la seva funció econòmic social (causa de l’obligació, o causa en sentit objectiu), es trobi especialment relacionada amb la finalitat comunment perseguida en cada cas⁷¹. Quant a la naturalesa jurídica del contracte de distribució, “*es reconeix el seu caràcter complex amb prestacions coaligadas pròpies en el seu patrimoni contractual de la compravenda o de subministrament, del mandat, del dipòsit, de la gestió de rendició de compte o de resultats, de cooperació, del pacte d’exclusiva com prestació significativa, i, fins i tot, del contracte de comissió mercantil subsidiària, sent els seus caràcters específics amb la seva corresponent cobertura normativa en el Codi Civil i Codi de Comerç, els relatius en tot contracte personalista o de confiança «intuitu personae» (art. 1161) i de tracte successiu, en el qual prevalen el joc de la bona fe o lleialtat contractual (art. 1258), el manteniment de l’equilibri prestacional o equivalència econòmica (art. 1256, 1274, i 1289), la llibertat contractual, el respecte als pactes i al «ius variandi» insito (arts. 1255 i 1278), l’acomodació durant el tracte al «statu quo» pactat, el reajustament prestacional (arts. 1255 i 1258) i el principi de confiança habilitante de la resolució unilateral”⁷². Aquesta doctrina jurisprudencial es fa eco de l’afinitat existent entre els tipus contractuals, els contractes de distribució comercial poden considerar-se com una forma de prestació de serveis entre empresaris, no obstant això la qual cosa, la seva especificitat sí fa convenient l’existència d’una regulació diferenciada en la matèria, seguint el model del DCFR quant a la redacció d’unes normes generals comunes a tots els contractes de distribució comercial, i unes normes especials per a cadascun dels tres tipus d’activitat i en aquesta adreça semblen dirigir-se les propostes*

⁷¹ STS 13. 4.2004, RJ 2619, citant l’expressat en la STS 25.10.1999, RJ 7624 . ALS contractes de col·laboració es refieren també les SSTS 30.9.1976 , RJ 3615, 21.10.1977, RJ 3904, 30.11.1979, RJ 3940, 31.12.1997, RJ 9488 i 1.6.1999 RJ 4094, .

⁷² STS 26.4.2002, RJ 5244.

legislatives que es troben en fase de desenvolupament avui dia en el nostre país⁷³.

d. Les modalitats de serveis que es contemplen en els capítols 3 a 8 i les quals han quedat òrfenes de regulació

Per a acabar amb l'esment als tipus contractuals afins cap referir-se també als que sí són considerats serveis de forma expressa en el DCFR, i als que han quedat sense regulació alguna, ni en altres parts del Llibre IV del projecte acadèmic com ocorria amb el mandat o els contractes de distribució comercial, ni dintre de la part especial de serveis, com és el cas del contracte d'obra.

Així, i tornant per tercera vegada a les *priority rules* de l'article IV.C 1:103, s'establix que els capítols 3 a 8 s'aplicaran amb prioritat sobre les normes més genèriques dels capítols 1 i 2. Cap preguntar-se perquè precisament aquestes sis modalitats contractuals i no altres⁷⁴. Què passa amb les modalitats que no encaixen en cap grup però que són una realitat en la nostra societat, com els serveis que es presten dintre de la societat de la informació, els serveis d'investigació i desenvolupament, serveis de formació i docència, de comptabilitat i auditoria, de publicitat, serveis editorials i d'impremta, serveis d'hostaleria i restauració, serveis de gestió de l'oci i el turisme, serveis per a la realització de certes tasques agràries, i un llarg etcètera⁷⁵. Els autors del precedent d'aquesta normativa sobre serveis, els PEL SC, justifiquen l'elecció referint-se a "models bàsics d'activitat" extrets de l'estudi de les diverses legislacions nacionals i de molts contractes diferents, àdhuc reconeixent la

⁷³ S'han presentat dues proposicions no de llei relatives a l'impuls per part del Govern d'una llei de contractes de distribució, en 2007 i en 2008. Com a conseqüència d'ells la Direcció general de Política Comercial va presentar en 2009 un informe (consultable en la web del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç), sobre la problemàtica dels contractes de distribució, que aconsella "*l'aprovació d'una disposició amb rang de llei però, en tot cas, ha de ser una norma de mínims i amb caràcter horitzontal que contempli les condicions bàsiques que han de reunir tots els contractes de distribució, permetent les especificitats pròpies de cada sector i l'evolució jurídica d'aquesta figura d'acord amb les necessitats del mercat*".

⁷⁴ Recordi's que els serveis sanitaris estan exclosos de la Directiva comunitària de serveis però són objecte de regulació en el capítol 8 del Llibre IV.C DCFR.

⁷⁵ Per a il·lustrar la qüestió poden consultar-se, l'Annex II de la Llei 30/2007 de Contractes del Sector Públic i les SSTS 16.10.1995, RJ 7082 (contracte de taxació de béns immobles), 7.2.1995, RJ 745, serveis de maneig de grues llogades a una empresa per a la realització de determinats treballs), 24.12.1994 RJ 9779 (docència d'ensenyament no reglat en acadèmia privada); 7.12.2006 EDJ 345582 (serveis d'impremta); 4. 5.2006 EDJ 59548 (treballs topogràfics).

possibilitat de plantejar reserves a l'elecció final formulada en el projecte acadèmic⁷⁶.

Penso que no és necessari regular les diverses modalitats contractuals de serveis en el Codi civil, almenys no ha de pretendre's abastar totes elles, sinó delimitar i estructurar molt bé els caràcters comuns a tots els serveis i construir un marc normatiu base. Aquesta seria la solució que proposo de cara a una possible reforma del nostre dret privat de contractes: una part general sobre contracte de serveis contenint únicament els elements definitoris del gènere servei. Després, ja podem entrar a precisar si determinats tipus de serveis com el mandat precisen, a més, d'una regulació específica. O ja s'ocuparà la normativa sectorial de desenvolupar, si l'objecte del servei ho requereix, les especificitats de certs tipus contractuals⁷⁷. La regulació del contracte tipus denominat *servei*, abastaria, partint de la sistemàtica actual del nostre codi, la normativa sobre el cridat contracte d'obra, sobre el mandat i sobre el dipòsit, que mantenen uns trets comuns en la seva condició de prestacions de serveis sempre que es realitzin en el context d'una activitat comercial i empresarial per compte propi, i fora de l'òrbita d'aplicació del dret laboral⁷⁸. Així mateix, la regulació del contracte tipus tindria la virtualitat d'incorporar a l'àmbit de les prestacions de fer, a tots els serveis professionals i empresarials, determinades nocions o conceptes –com el principi de conformitat contractual- que, d'alguna manera ja formen part del nostre patrimoni jurídic a través de les últimes propostes legislatives, especialment la PMCC, que és un clar exponent de l'evolució del nostre dret d'obligacions i contractes sota l'impuls del *soft law* europeu⁷⁹.

⁷⁶ M.B.M. LOOS, "Service Contracts", en *Towards a European Civil Code*, pàg. 760 i 761.

⁷⁷ Un clar supòsit de servei que ha de regular-se de forma específica, és el dels tractaments mèdics.

⁷⁸ Es mostra d'acord amb aquest plantejament unificador d'obres i serveis I. VALPUESTA GASTAMINZA, "Contratos de arrendamiento de servicios" en J.M^a DE LA COSTA RUTE (dir) *Contratos Mercantiles*, tom I, Barcelona, 2009, p. 634 i seg.; quant a la diferenciació en la doctrina entre els contractes que han passat a estar dintre de l'òrbita del dret laboral i els quals segueixen sota la regulació civil de l'article 1544 Cc, vegi's per tots L. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol II., Madrid 2004, p. 395.

⁷⁹ Cf. art. 1188 i concordants PMCC al que em referiré en detall en l'apartat IV.2 d'aquest treball. També cap esmentar l'avantprojecte de llei sobre el contracte de compravenda on la regulació de l'incompliment ofereix ja un concepte general de conformitat objectiva (art. 1474) i, per descomptat, el vigent dret de consum en el qual la falta de conformitat és el concepte clau (arts. 114 i seg. del TRLGDCU).

3. Els subjectes en el contracte de serveis

Centraré l'atenció en els següents apartats, d'una banda en *el professional o prestador del servei* i per una altra, en *el client*, prescindint *a priori* de la vella terminologia emprada en algunes legislacions, entre elles la nostra⁸⁰, d'arrendador i *arrendatari de serveis* que no encaixa de cap manera en el contracte descrit i regulat en el DCFR.

3.1. El prestador del servei. Els requisits de capacitat

Quant al concepte de prestador del servei, no apareix definit en el DCFR però de les seves disposicions pot inferir-se que es tracta d'aquella persona física o jurídica que realitza la prestació de fer que consisteix el servei, en el marc de la seva activitat empresarial o professional⁸¹. Definició que ens conduïx a la qüestió de la capacitació del professional o empresari per al desenvolupament de la seva tasca o ofici. Entenc que la prestació de serveis, en determinats sectors, pot dur amb si, juntament amb l'exigència general de gaudir de capacitat d'obrar⁸², la necessitat d'acreditar una formació o preparació professional *ad hoc*. Aquesta qüestió no es tracta directament en la part general de serveis, potser perquè es considera vàlidament aplicable a tots els contractes a partir de la dicció de l'article II 1:105⁸³ sobre imputació del coneixement o formació necessaris per a la conclusió d'un contracte, en seu de disposicions generals per a tot tipus de contractes.

⁸⁰ La doctrina s'ha pronunciat en successives ocasions sobre la inadequada nomenclatura continguda en l'article 1546 Cc, vegi's per tots F. LUCAS FERNÁNDEZ en M. ALBALADEJO I S. DIAZ ALABART (DIRS.) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T XX, vol. 1º, p. 283.

⁸¹ Vegi's la definició que propugna la recent Directiva de consumidors per al concepte –gens adequat en seu de contracte de serveis-, de comerciant, art. 2.2, Directiva 2011/83/EU de 25.10.2011. Per al dret espanyol, vegi's el concepte d'empresari contingut en l'article 4 TRLGDCU.

⁸² Arts. 322 i concordants Cc.

⁸³ *If a person who with a party's assent was involved in making a contract or other juridical act or in exercising a right or performing an obligation under it: (a) knew or foresaw a fact, or is treated as having knowledge or foresight of a fact; or (b) acted intentionally or with any other relevant state of mind this knowledge, foresight or state of mind is imputed to the party.*

En la normativa de serveis s'exigeix tangencialment la capacitació del prestador del servei al referir-se a la subcontractació d'auxiliars en l'article IV.C 2:104 (2):

Tota persona subcontractada pel prestador del servei ha de tenir les competències adequades per a portar-lo a terme.

Com punt de partida, El DCFR limita la prohibició de la subcontractació a aquells supòsits en els quals el caràcter personalíssim de l'obligació de fer ha quedat plasmat en el contracte. De manera que podrà acudir-se a tercers per a la realització de la prestació sempre que els esmentats auxiliars o subcontractados puguin acreditar una capacitació semblant o, almenys, suficient, per a l'acompliment de la tasca encomanada al principal. De conformitat amb el disposat en l'art. III 2:106.⁸⁴, el prestador del servei respondrà davant el seu client del compliment contractual dels subcontractados, després també de forma concreta quan l'incompliment porti causa de la seva falta de capacitació per al treball que han d'efectuar. També es preveu en l'article IV.C 2:104 la possibilitat que sigui el client qui designi als col·laboradors del professional o empresari adquirint, en conseqüència, la responsabilitat per la capacitació o falta d'ella que pugui observar-se en aquests col·laboradors. Aquesta elecció dels col·laboradors per part del client ha de qualificar-se jurídicament com les instruccions o directrius del client, que han de ser observades en tot cas pel prestador del servei, però advertint dels riscos que duu aparellat el seu seguiment⁸⁵.

Quant als contractes de serveis tipificats en el DCFR, destaca l'article IV.C 7:103 en el qual es regula de manera expressa l'obligació de l'assessor d'adquirir i utilitzar els seus coneixements especialitzats en l'acompliment de les seves tasques:

Obligació d'adquirir i utilitzar coneixement especialitzat

L'assessor ha d'adquirir i utilitzar el coneixement especialitzat al que tingui o hagués de tenir accés en la seva qualitat de prestador d'informació o assessor professional, quan pugui considerar-se raonablement necessari per a la prestació del servei.

⁸⁴"A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance".

⁸⁵ Cf. DCFR, art. IV.C 2:107.

Es tracta d'una capacitació específica per a cada tasca d'assessorament, l'especialista ha d'acudir a les fonts d'informació que li permetin efectuar un assessorament total, quan això es consideri raonable per a satisfer les expectatives del seu client. Per tant, els seus coneixements o l'adquisició dels mateixos per a la resolució del consulta que ha d'evacuar, constitueixen pròpiament un requisit d'idoneïtat⁸⁶. En aquest context, entren en joc factors com la titulació del professional o el prestigi adquirit per l'activitat que el professional duu prestant durant anys d'una manera eficient. No estem davant un consell que ha d'impartir una persona prudent sinó experta, que disposi d'un coneixement especialitzat sobre el que se li consulta⁸⁷. L'article abasta, al meu judici, l'obligació d'una formació continuada que ha de procurar adquirir qui presta serveis d'assessorament professional. Aquesta és una obligació que tradicionalment es contempla en tots els països, en les normes reguladores de les activitats intel·lectuals⁸⁸ i en els Estatuts dels col·legis professionals, precisament amb vista a la capacitació dels professionals per a realitzar la seva tasca, el que a Espanya es defineix pel Tribunal Suprem com *lex artis ad hoc*. Però en quina mesura ha de disposar del coneixement especialitzat l'assessor? Quin contingut cap atribuir al terme “coneixement raonable per a la prestació del servei”? Els redactors del DCFR entenen que la mesura del coneixement especialitzat ha de referir-se al resultat esperat pel client o compromès en el contracte⁸⁹. A major dificultat o especialització de l'informe requerit, més nivell de coneixement haurà de poder acreditar l'assessor per a efectuar una prestació correcta. Tot la qual cosa ens conduïx a la noció de conformitat del contracte i al disposat en l'art. IV.C 7:105, ja que en els casos que se sol·liciti una informació, la conformitat del contracte exigeix que tal informació sigui la correcta⁹⁰.

⁸⁶ Vegi's també, en seu de tractaments mèdics, l'obligació que recau sobre el professional sanitari –sempre que es consideri raonablement necessari-, de consultar el cas amb altres especialistes que intervinguin en el tractament del pacient, art. IV.C 8:102 (c).

⁸⁷ La formació intel·lectual com contingut específic en l'exercici de les professions liberals era el que els diferenciava tradicionalment de les activitats manuals i per això, des del Dret romà, aquesta activitat es regulava a través de la figura del mandat gratuït. Cf. M. KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, 1982, p. 200.

⁸⁸ Serveixi com exemple el disposat en l'art. 8 de la Llei 7/2006, de 31 de maig del Parlament català: *Els professionals tenen el dret i el deure de d'actuar segons els normes i els tècniques pròpies del coneixement de la professió, prenent en consideració els experiències pròpies del sector. També tenen el dret i el deure de seguir una formació contínua*”.

⁸⁹ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari A a l'art. IV.C.- 7:103, vol. 2, p. 1884.

⁹⁰ Em detindrè més en aquest aspecte en l'apartat IV.2.a) d'aquest treball.

En el nostre país gaudeix d'especial predicamento l'exigència de formació especialitzada en qui ocupen tasques d'assessorament jurídic, que són responsables enfront dels seus clients, per la qualitat i correcció dels serveis prestats pels seus auxiliars o companys que actuïn sota els seus ordres⁹¹. Així, en ocasions les resolucions judicials fonamenten la responsabilitat civil que s'imposa al lletrat en errors en l'aplicació i interpretació de la norma jurídica aplicable al cas, és a dir, errors tècnics que desvetllen una manca de coneixements jurídics suficients per a afrontar correctament la prestació del servei. Es parla de culpa quant al fons de la qüestió debatuda, i no de mera negligència o negligència, que generen en últim terme un perjudici al client⁹².

Al meu parer, la qüestió de la capacitació específica del professional o empresari que presta un servei ha de formar part de la regulació general per a tots els contractes de serveis. En el sentit de contenir una remissió a les normes generals sobre capacitat d'obrar vigents en cada cas, juntament amb la possibilitat del client d'exigir també l'acreditació per part del prestador del servei de la seva específica capacitació i formació per el compliment de la seva tasca.

3.2. El client, consumidor o empresari?

El DCFR no conté una definició de cadascuna de les parts contractuals de la qual es pugui deduir, a priori, un major grau de responsabilitat exigible per a l'agent en el compliment de les seves obligacions contractuals pel que fa a les obligacions assumides pel client⁹³. És a dir, no sembla que estiguem necessàriament i *a priori* enfront d'un client-consumidor, aquell que no és

⁹¹ Cf. art. 42.2 Estatuto General de l'Advocacia espanyola: "L'advocat realitzarà diligentment les activitats professionals que li imposi la defensa de l'assumpte encomanat, atenint-se a les exigències tècniques, deontològiques i ètiques adequades a la tutela jurídica d'aquest assumpte i podent auxiliar-se dels seus col·laboradors i altres companys, qui actuaran sota la seva responsabilitat".

⁹² Encara que es refereixen a dos supòsits de defensa lletrada davant els tribunals i no pròpiament de la tasca d'assessorament professional, resulten il·lustratives la Sentència de la AP d'Astúries de 23.12.1995, en la qual es determina la responsabilitat de l'advocat per un inadequat plantejament tècnic de les pretensions del seu client i una continuada successió d'errors, també tècnics, que va provocar una innecessària multiplicació de procediments, impossibilitant la recuperació de la finca reclamada, i la Sentència de la AP de Valladolid, de 14.10.1998, AC 2260, sobre responsabilitat de l'advocat per l'errònia sol·licitud d'aliments, en lloc de pensió compensatòria.

⁹³ M. W. HESSELINK, "The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?", *European Review of Contract Law*, 2009, p. 290 et seq.

expert en la matèria sobre la qual versa el servei contractat⁹⁴. En aquest sentit, la noció de client s'acosta més a la prevista en la Directiva de viatges combinats, abastant a totes les persones físiques o jurídiques que actuen com contractants d'una determinada prestació de serveis⁹⁵. Amb caràcter general el contracte de serveis es configura com equilibrat quant a les posicions de les parts. Ambdues queden subjectes al deure mútua col·laboració, que es contreu principalment al deure mútua transmissió d'informació rellevant per a l'adequat desenvolupament del contracte⁹⁶. D'aquesta manera, la igualtat quant a drets i obligacions de les parts contractuals pot considerar-se com un dels elements definitoris del negoci jurídic.

No obstant això, cal recalcar també la influència del concepte de consumidor i dels principis que informen l'abundant normativa europea en aquesta matèria, que d'una manera transversal es projecten sobre la figura del client que contracta el servei en la normativa del DCFR. Un dels redactors del Llibre IV.C, el professor M.B.M. LOOS insisteix en la necessitat d'aquesta implementació del dret europeu del consumidor en el dret general d'obligacions i contractes tant europeu com dels estats membres⁹⁷, també és l'opció que ha triat el legislador alemany en el reformat dret general d'obligacions i contractes del

⁹⁴ Vegi's la noció de consumidor que es proposa en l'article 2 de la Directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre drets dels consumidors, Directiva 2011/83/EU de 25.10.2011. tota persona física que actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresa, ofici o professió". Cf. M. EBERS "De la armonización mínima a la armonización máxima. La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores" *InDret* 2/2010, p.13; J. LETE ACHIRICA, "La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?", en M^a P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, pàg. 494-195.

⁹⁵ Vegi's art. 2, 4) Consumidor és la persona que compra o es compromet a comprar el viatge combinat (« el contractant principal »), la persona en nom de la qual el contractant principal es compromet a comprar el viatge combinat (« els altres beneficiaris ») o la persona a la qual el contractant principal o altre beneficiari cedeix el viatge combinat (« cessionari »). Directiva 90/314/CEE del Consell, de 13 de juny de 1990, relativa als viatges combinats, les vacances combinades i els circuits combinats.

⁹⁶ Vegi's infra apartat IV.1 a) d'aquest treball, sobre l'obligació de cooperar del client en el contracte de serveis del DCFR. Cf. F. PROSPERI "La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore nel Draft Common Frame of Reference (art. III 1:104): un'occasione per qualche notazione vaig donar carattere sistematico", *Rassegna diques diritto civile*, vol 2/2011, pàg. 560-586.

⁹⁷ M.B.M. LOOS, "The influence of European Consumer Law on General Contract Law and the need for spontaneous Harmonization", *ERPL*, 2007, vol. 3, pàg. 515-531. Entre la doctrina espanyola pot consultar-se B. PÉREZ DE LES HERAS, "Los derechos de los destinatarios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *RDUE*, 2008, n^o 14, pàg. 117-134; E. ARROYO AMAYUELAS, "El derecho de contratos en la Unión Europea", *ADC*, 2006, pàg. 268-271.

B.G.B.⁹⁸. No obstant això a Espanya, de la mateixa manera que està ocorrent en el Dret francès⁹⁹, la influència del Dret europeu dels consumidors ha donat lloc a la creació de lleis específiques sobre la seva relacions jurídiques, fins al vigent text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, un veritable Codi de consum que afecta a totes les modalitats contractuals regulades en el Codi civil, i també al contracte de serveis¹⁰⁰. Sembla que la reforma legislativa proposta per la Comissió General de Codificació invertirà aquesta tendència si arriba a convertir-se en dret vigent. De l'anàlisi dels articles del DCFR sobre el contracte de serveis es dedueix la possibilitat de celebrar tant contractes de serveis amb consumidors com amb empresaris¹⁰¹, si bé només en algun supòsit puntual es contempla una normativa diferenciada per a un o altre cas¹⁰². En alguns aspectes determinats, el legislador deixa clar que la imputació del risc del contracte sempre és per al prestador del servei, sigui el que sigui la condició del client. Fins i tot podria dir-se que alguns articles es redacten sobre la presumpció que el contracte de serveis se celebra amb consumidors –persones a les quals els resulta aliena

⁹⁸ Cf. R. ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, traducción al castellano de E. ARROYO I AMAYUELAS, Barcelona, 2008, p. 183 et seq.; P. ROTT, "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", *German Law Journal*, vol. 7, nº 12, pàg. 1.109-1.136.

⁹⁹ Cf. <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=61>. Sobre l'estat de la reforma del dret civil francès en matèria de contractes, obligacions i prescripció, cf. Sobre el projecte Català, <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>. Puede veure's un elenc d'articles doctrinals sobre aquesta reforma en el nombre 6 de 2007 de la *European Review of Contract Law*, així com en el llibre *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Català')*, editat per J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER i S. WHITTAKER, Oxford, 2009. En Espanya A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)", *ADC*, 2007, p. 621 ss.; L. ARNAU RAVENTÓS, "L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription", *Revista Catalana de Dret Privat*, 2007, p. 99 ss.

¹⁰⁰ RD legislatiu 1/2007 de 16 de novembre, text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, des d'ara TRLGDCU. El Capítol II del Llibre III, del Títol II, versa sobre la responsabilitat enfront del consumidor dels productors de serveis. En l'àmbit de Catalunya, vegi's *Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya*, D.O.G.C. 5677, de 23.07.2010, pàg. 56862-56932. Ha d'advertir-se que aquesta normativa és de contingut netament administrativa, tot just conté disposicions de caràcter civil.

¹⁰¹ Entre els autors que propugnen un tractament diferenciat en el CFR per als contractes celebrats entre empresaris i per als celebrats entre empresaris i consumidors, vegi's R. SCHULZE, "Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo", *ADC*, 2006, p. 35; S. VOGENAUER, "Common Frame of Reference and Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overskill of Soft Law", *European Review of Contract Law (ERCL)*, 2010, p. 175 et seq.

¹⁰² En el cas del contracte de compravenda, de conformitat amb l'article IV.A.- 1:204 DCFR i concordants les vendes de consum estan subjectes a un tractament especial però integrat dintre de la normativa general d'aquesta modalitat contractual.

l'activitat professional o empresarial que consisteixi l'encàrrec-, tret que de les circumstàncies del contracte pugui deduir-se el contrari, això és, ha d'acreditar-se la capacitat del client en una determinada matèria perquè, com a conseqüència, perdi la condició de consumidor a l'efecte del contracte.

Vegem per exemple el disposat en l'article IV.C 7:108 *Influència de la capacitat o competència del client*

(1) La intervenció en la prestació del servei d'altres persones en nom del client o la capacitat o competència del client no eximiran al prestador del servei de cap obligació derivada d'aquest capítol.

(2) El prestador quedarà eximit d'aquestes obligacions si el client ja té coneixement de la informació que era objecte del contracte, o hi ha motius per a creure que la coneix.

(3) A l'efecte del disposat en l'apartat (2), hi ha motius per a creure que el client té coneixement de la informació si hauria de resultar òbvia per a ell sense investigació alguna per la seva banda.

La norma assenyala que, encara que el client no sigui consumidor o intervingui representat per professionals del sector, no per això es produïx una limitació de la responsabilitat de l'assessor pel compliment de les seves obligacions contractuals. Aquesta limitació només es produirà si el referit client expert en la matèria coneix o hauria de conèixer sense cap esforç, la concreta informació sol·licitada al professional¹⁰³. Així, la postura adoptada en el DCFR respecte a la responsabilitat del prestador del servei és la intermèdia, és a dir, depèn que el client sigui expert en la matèria o un consumidor. A més, no sempre que el client sigui qualificat com no consumidor haurà exempció de responsabilitat, solament en el cas que conegui la concreta informació que ha sol·licitat, sense fer cap esforç d'investigació. En definitiva, no sembla que estiguem necessàriament i en tot cas enfront d'un client-consumidor sinó que la noció de client abasta a totes les persones físiques o jurídiques que actuen com contractants d'una determinada prestació de serveis, dintre de la qual després

¹⁰³ Els redactors del DCFR posen l'exemple del notari que rep una sol·licitud de consell i assessorament d'un advocat civilista sobre un contracte per a l'adquisició d'un immoble. L'advocat no podrà reclamar una indemnització davant la falta de claredat en la informació, o perquè el notari no s'hagués cerciorat que el client entenia la informació que li prestava, ja que s'entén que el notari pot presumir que el seu client té el coneixement concret sobre el qual versa l'assessorament sol·licitat. Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari D a l'art. IV.C 7:108, vol. 2, p. 1922.

caldrà delimitar quin és la “capacitació” del client i quines repercussions té en la responsabilitat contractual del prestador del servei.

El contingut d'aquesta norma no pot identificar-se amb cap concreta de les poques que existeixen en el nostre ordenament jurídic reguladores d'alguna de les activitats d'assessorament especialitzat, sinó que ha de posar-se en relació amb el disposat en la normativa protectora dels consumidors. Així, l'art. 86.1 TRLGDCU considera que és abusiva qualsevol tipus de clàusula continguda en el contracte en virtut de la qual es produeixi l'exclusió o limitació de forma inadequada dels drets legals del consumidor i usuari per incompliment total o parcial, o compliment defectuós de l'empresari. *A sensu contrari*, no sent un consumidor el client, podria entendre's que és vàlid el pacte contractual que limiti d'alguna manera la responsabilitat de l'assessor. I és que, al meu parer, tampoc a Espanya els contractes de serveis s'incardinen o encaixen dintre de l'òrbita de la regulació de defensa dels consumidors. Aquesta normativa protectora està concebuda per al contracte de compravenda de béns de consum, però no per al de serveis. En el contracte d'assessorament professional, el fet que el prestador del servei sigui un expert en la matèria de la qual l'altra part no té coneixements no ha d'identificar-se, *a priori*, amb una posició de desigualtat contractual, al contrari, és precisament aquest major coneixement intel·lectual el qual dóna sentit a l'activitat professional de l'assessorament. La “desigualtat” entre les parts és pressupost per a què la prestació de fer adquireixi la seva raó de ser. Tal com entenen els acadèmics europeus, el fet que el client, el qual sol·licita el consell, sigui un expert en la matèria i conegui la informació que està sol·licitant a l'assessor, té com efecte desnaturalitzar la finalitat del propi contracte d'assessorament professional, i la conseqüència és l'exempció de responsabilitat del prestador del servei.

Hi ha altre grup de normes a les quals cap fer referència en aquest apartat, en les quals sí es contempla la limitació de la responsabilitat de l'agent, precisament, perquè el contracte se celebra entre empresaris, és a dir, es rebaixa el nivell de protecció del client no consumidor. Això ocorre en relació als serveis de dipòsit, de manteniment i reparació de béns i d'elaboració de projectes o dissenys. Així, el dipositari podrà pactar vàlidament amb el depositante no consumidor una clàusula de limitació de la seva responsabilitat

a la quantitat equivalent al valor del bé dipositat, salvo en els supòsits de dolenta fe o negligència greu:

IV. C 5:109: Limitació de responsabilitat

En els contractes entre empresaris o professionals, es presumeix que les clàusules que limitin al valor del bé la responsabilitat del dipositari en cas d'incompliment són justes a l'efecte de l'Article 9:405 (Significat de "abusiu" en contractes entre empreses) del Llibre II, salvo en el cas que limiti la responsabilitat pels danys causats intencionadament o per conducta greument negligent per part del dipositari o tercer dels actes del qual hagi de respondre aquest..

El mateix es pot pactar en el supòsit de responsabilitat d'un empresari que ha de reparar un bé –limitació de la responsabilitat com a màxim a la quantitat equivalent al valor del bé dipositat-¹⁰⁴, o en el supòsit de responsabilitat d'un dissenyador de projectes –limitació de la responsabilitat com a màxim a la quantitat equivalent al valor del bé que ha d'elaborar-se amb base en el projecte realitzat i lliurat al client-¹⁰⁵.

L'existència d'aquestes disposicions especials només aplicables a la contractació entre empresaris serveix per a reafirmar les idees ja expressades, això és, que els autors del DCFR han volgut contemplar tant la contractació de serveis per empresaris com per consumidors i, en segon lloc, que el punt de partida és sempre la presumpció que el client és consumidor, tret que els termes del contracte o les circumstàncies del cas permetin entendre que ens trobem davant una contractació entre empresaris.

3.3. La possible concurrència del *intuitus personae* en la prestació del servei.

En l'apartat primer d'aquest capítol ens referíem a la capaciació professional, a la idoneïtat de l'agent per a prestar el servei que se li encarrega pel client. En aquest apartat tractarem una qüestió directament relacionada: la confiança que el client diposita en el prestador del servei a partir d'aquest prestigi professional, la possibilitat del naixement d'una obligació de fer personalíssima, basada en aquesta elecció que realitza el client del millor assessor, del

¹⁰⁴ Art. IV.C 4:108.

¹⁰⁵ Art. IV.C 6:107.

dissenyador més capacitat, de l'empresa de reparació de vehicles millor considerada del seu entorn. La expressió *intuitus personae* no és pròpiament una expressió tècnica empleada en l'ordenament jurídic per a atribuir al contracte una sèrie de conseqüències jurídiques i, en tot cas, el fet que la qualitat i circumstàncies de la persona del deutor s'haguessin tingut en compte a l'establir una obligació¹⁰⁶, únicament dóna lloc a *un intuitus personae debitoris*, això és, predicable de l'obligació de fer, no del contracte¹⁰⁷.

En el contracte de serveis ha de parlar-se de *possible* concurrència del *intuitus personae*, perquè no sempre i en tots els supòsits trobarem aquesta característica, però quin dubte cap que es tracta d'un element freqüent que, quan es dóna, condiona la relació jurídica entre les parts del contracte, modaliza les quals podem denominar expectatives raonables del client, ja que si aquest pren la decisió de contractar al cirurgià més acreditat en la seva especialitat, legítimament podrà esperar, en virtut del contracte de serveis formalitzat, el millor resultat possible de l'operació quirúrgica que li encomana. El DCFR es fa eco d'aquesta situació a través de diverses disposicions que es troben en el capítol 2 del Llibre IV aplicable a tots els serveis, per exemple la qual regula la subcontractació de tercers aliens al contracte o la qual permet al client desistir del contracte en qualsevol moment. No es deté, no obstant això, a contemplar el *intuitu personae debitoris*, en relació als remeis per l'incompliment del prestador del servei, la qual cosa haurà de suplir-se a través de la facultat moderadora del jutge en cada cas i la seva labor d'interpretació dels amplis termes de la normativa sobre remeis continguda en el Llibre III del DCFR¹⁰⁸.

Assenyala l'article IV.C 2:104 que no cap la subcontractació si el caràcter personalíssim de l'obligació de fer ha quedat plasmat en el contracte:

Subcontractistes, eines i materials.(1) El prestador del servei pot subcontractar la prestació del servei en part o en la seva totalitat sense el consentiment del client, tret que el contracte exigeixi el compliment personal.

¹⁰⁶ Tal com diu literalment l'art 1161 Cc.

¹⁰⁷ Cf. A . GALVEZ CRIADO, *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, València, 2008, p. 15.

¹⁰⁸ Em refereixo a la rellevància del *intuitu personae* a l'efecte de la quantia de la indemnització per danys i perjudicis en l'apartat V.5. d'aquest treball.

D'aquesta manera, a *sensu contrari* en la majoria dels casos sí cap la subcontractació sense necessitat de recaptar el consentiment del client, també en els supòsits que s'hagi acudit a una empresa o professional determinat precisament en atenció a la seva fama o prestigi professional previ, perquè a pesar que el personalisme està present en totes les prestacions de serveis això no s'identifica *a priori* amb el caràcter *intuitu personae* de l'obligació, que mai es presumeix¹⁰⁹. Aquesta regulació resulta d'acord amb les característiques de la societat moderna, en la qual totes les activitats econòmiques i especialment els serveis, estan presidides per una accentuada divisió del treball i trasllada, automàticament, la responsabilitat per l'aptitud dels seus col·laboradors, al titular de l'empresa o al professional que formalitza per escrit o verbalment el contracte de serveis amb el client, tot això de conformitat amb el disposat en l'art. III 2:106 titulat *performance entrusted to another*¹¹⁰.

Hi ha diversos arguments de tipus legal i jurisprudencial que permeten defensar l'absoluta punta d'aquesta norma en una possible regulació dels contractes de serveis en el Dret privat espanyol. Si ens remetem a la dicció de l'art. 1584, 3º del Projecte de Llei de reforma del Codi civil sobre contractes d'obres i serveis de 1994, el seu contingut és gairebé idèntic al de l'article IV.C 2:104 DCFR transcrit¹¹¹. A més, per al contracte d'obra l'article 1595 Cc ratifica el caràcter residual i expressament pactat de les obligacions personalíssimes, establint que només si l'obra s'ha encarregat a una determinada persona per raó de les seves qualitats personals, el contracte es rescindeix per la mort d'aquesta persona¹¹². A tots els nivells, és evident que la dissociació entre la persona que ofereix el servei i cobra els honoraris i les persones que realment ho porten a

¹⁰⁹ Cf. C. VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios*, Madrid, 2009, p. 121.

¹¹⁰ "A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance".

¹¹¹ Art. 1584, 3º: "Quan s'hagi tingut en compte la qualitat i circumstàncies de la persona de l'obligat haurà d'aquest prestar personalment el servei convingut; però tret que s'hagi pactat el contrari, podrà valdre-se de l'auxili d'altres persones i, en tal cas, respondrà de l'actuació d'aquestes".

¹¹² Assenyala Rodríguez Morata que "El caràcter excepcional del contracte d'obra celebrat en atenció a les qualitats personals del contractista justifica que en ell no sigui admissible la subcontractació de tota o de part de l'obra, tret que en aquest últim cas es pacti aquesta possibilitat que, en tot cas, no podrà afectar sinó a elements accessoris de l'obra. No obstant això el contractista podrà en principi valdre-se d'auxiliars en l'execució de l'obra, tret que expressament es pacti la intervenció personalíssima del contractista en l'execució de l'obra" F. RODRÍGUEZ MORATA, "Comentario al art. 1595" en R. BERCOVITZ, *Comentarios al Cc*, p. 1882; vegi's també P. SALVADOR CODERCH, "Comentario al art. 1595" en *Comentarios al Codi civil* editats pel Mº de Justícia, tom II, p. 1.205.

terme, pot donar lloc a situacions conflictives, no solament pel que fa a la responsabilitat enfront del client sinó també per exemple en relació a la legitimació activa per al cobrament del preu reportat pel servei¹¹³. Sobre la responsabilitat pel treball realitzat pels membres d'un despatx col·lectiu, la jurisprudència és abundant al sostenir que no existeix relació laboral al no apreciar-se ajenidad i dependència quan el treball s'ocupa en un despatx col·lectiu de diversos professionals¹¹⁴. Però això no obsta perquè el titular del despatx sigui responsable ex article 1596 Cc, la responsabilitat contractual indirecta, l'aplicació extensiva de la qual a tots els supòsits de serveis quan hi ha i quan no hi ha relació laboral resulta defensada per un sector ampli de la doctrina i de la jurisprudència¹¹⁵.

3.4 . La facultat del client de desistir del contracte en qualsevol moment

Per a acabar de delimitar la posició del client dintre del contracte de serveis és necessari fer referència a la facultat que el DCFR atribuïx al client en l'article IV.C 2:111, de resoldre unilateralment el contracte en qualsevol moment, amb obligació de preavisar i indemnitzar al prestador del servei:

Dret del client a resoldre el contracte

¹¹³ Alguns autors com C. VILLANUEVA LUPIÓN consideren excessiva l'exigència de pacte exprés perquè l'obligació de fer continguda en un contracte de serveis pugui considerar-se *intuitu personae*, considerant que, en ocasions i encara que no estigui expressament recollit en el contracte, de la pròpia naturalesa del mateix pot deduir-se la impossibilitat de substitució del deutor, cf. C. VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios*, Madrid, 2009, p. 121. En contra d'aquesta tesi, se sosté que encara que la majoria dels contractes de serveis celebrats amb professionals liberals presenten un caràcter personalíssim, l'exclusió de la subcontractació ha de respondre a un acte d'autonomia de la voluntat dels contractants expressat en el contracte i que no es pot presumir, precisament sobre la base de l'admissió, en el nostre dret, del pagament per tercer (arts. 1157, 1158, 1161 i concordants del Cc). Cf. l'elenc d'autors que subscriuen aquesta posició doctrinal referenciats per A. GALVEZ CRIADO en la seva monografia ja citada *La relevancia de la persona...*, p. 26 i següents.

Quant als tribunals, és relativament freqüent que el client "morós" sostingui en la seva contestació a la demanda en la qual se li reclama el pagament de la factura reportada pel servei, la falta de legitimació activa de la societat mercantil demandant, titular del despatx de professionals i emissora de la factura per a reclamar quantitat alguna, ja que el contracte de serveis es va formalitzar verbalment i amb caràcter personalíssim amb el professional persona física, arquitecte, advocat, col·legiat i soci de la referida persona jurídica. Sembla que aquesta qüestió queda resolta en el nostre dret a través de la Llei 2/2007, de 15 de març, de societats professionals.

114 SSTS (Sala social) de 23.1.1990, RJ 197, 9.2.1990, RJ 886.

115 Cf. F. JORDÀ, *La responsabilidad del deutor por losauxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pàg. 45-50. SSTS 28.9.1987 i 4.6.2002.

(1) *El client pot resoldre la relació contractual en qualsevol moment mitjançant notificació al prestador del servei.*

(2) *Els efectes de la resolució del contracte es regeixen pel disposat en l'apartat (3) de l'Article 1:109 (Modificació o resolució mitjançant notificació) del Llibre III.*

(3) *Quan el client resolgui la relació contractual de manera justificada, no haurà d'abonar indemnització alguna per aquest concepte.*

(4) *Quan el client resolgui la relació contractual sense justificació, la resolució seguirà sent vàlida, però el prestador del servei podrà reclamar indemnització per danys i perjudicis de conformitat amb el disposat en el Llibre III.*

(5) *A l'efecte del present article, el client resol la relació contractual justificadament si:*

(a) *pot resoldre-la segons les condicions contractuals expresses i respecta els requisits establerts per a això en el contracte;*

(b) *pot resoldre la relació contractual segons el que es disposa en la Secció 5 (Resolució) del Títol 3 del Llibre III;*

(c) *pot resoldre la relació segons el que es disposa en l'apartat (2) de l'Article 1:109 (Modificació o resolució mitjançant notificació) del Llibre III i ho notifica amb l'antelació prevista en aquest article.*

Cal fer esment, en primer lloc, a la terminologia emprada pels redactors del DCFR. En efecte, el verb emprat és *to terminate*, extremadament difícil de traslladar a la terminologia jurídica de l'idioma espanyol, pel que finalment s'ha relacionat amb la noció de resolució del contracte encara que aquest terme no abasta els supòsits de desistiment sense causa per part del client, que també estan contemplats en l'article transcrit i als quals em vull referir en aquest apartat. En el precedent dels PEL SC s'emprava el terme *to cancel* i els redactors d'aquest primer treball sobre el contracte de serveis explicaven que la seva intenció era donar un contingut ampli al dret del client de resoldre unilateralment la relació contractual de serveis en qualsevol moment i per qualsevol raó¹¹⁶. Aquesta disposició es detenia a regular els efectes

¹¹⁶ Article 1:115 PEL SC: (1) *El client pot resoldre el contracte en qualsevol moment.*

(2) *Si el contracte es resol de conformitat amb el disposat en aquest article el prestador del servei pot reclamar danys i perjudicis per a arribar a una posició el més semblant possible a la qual hagués tingut si el contracte hagués arribat a bon port. La indemnització cobrirà tant les pèrdues que hagi sofert el prestador del servei com els guanys deixats de percebre.*

(3) *Per a determinar la posició en la qual el prestador de serveis ha de ser lloc conforme al paràgraf (2), cal prendre en consideració, entre altres aspectes, les següents regles:*

restitutorios derivats de la cancel·lació del contracte, bàsicament la forma de calcular el dret del prestador del servei al cobrament del preu reportat fins al moment de la terminació del contracte. En el DCFR es recorre al verb *terminate*, encara que de la lectura de l'article IV.C 2:111 no cap deduir que es pretengui limitar o reduir els supòsits en els quals cap la resolució del contracte per part del client, de fet es regula la resolució amb caràcter ampli, tant la motivada per la falta de compliment com la pactada en contracte, com la qual es deriva de la voluntat unilateral del client, remetent-se per a les conseqüències de la resolució a la norma general del Llibre III¹¹⁷.

El contracte de serveis en la majoria dels supòsits és de tracte successiu, i el compliment de la prestació es perllonga en el temps com un procés dinàmic, de materialització progressiva. Sofreix diverses vicissituds davant les quals l'actuació d'ambdues parts contractuals ha d'interrelacionar-se una vegada i una altra per a assolir els resultats previstos de la forma més satisfactòria i menys onerosa per al client. En aquest context, és perfectament possible que sorgeixin desavinences entre les parts, o simplement descontent, o desconfiança del client en el professional al que en el seu moment va encarregar la prestació del servei. Això es dona amb especial intensitat en els supòsits que concorre el *intuitu personae*, és a dir, quan el client va decidir encarregar el servei a un determinat professional i no a un altre per ser ell, és a

a) si s'hagués pactat el pagament d'un preu o remuneració, el prestador del servei té dret a cobrar-lo descomptant les despeses que raonablement s'han estalviat i el benefici que raonablement podia haver obtingut amb les seves capacitats.

b) si el pagament dels honoraris s'hagués fixat per referència a una tarifa, el prestador del servei pot reclamar els honoraris sobre la base d'aquella tarifa, en la mesura del servei efectivament realitzat;

c) si el pagament dels honoraris es va pactar en funció de la regla 'pagament per resultats', el prestador del servei té dret al pagament tant de les despeses raonables en els quals hagués incorregut en la mesura del servei efectivament realitzat, com del benefici del que ha estat privat com a conseqüència de la resolució unilateral del contracte

Explicaven els redactors d'aquest primer esborrany que "*cancellation is to be distinguished from termination. The client must resort to termination if he wishes to escape from having to pay (part of) the price for reason that the service provider failed to perform a duty under the contract (...), cancellation will become an option for the client, in the event that he would like to walk away from the contract for for other reasons than an alleged non-performance on the side of the service provider*" PEL SC, Comentari A, art. 1:115, p. 300.

¹¹⁷ III 1:109: (3) *Where the parties do not regulate the effects of termination, then:*

(a) *it has prospective effect only and does not affect any right to damages, or a stipulated payment, for non-performance of any obligation performance of which was due before termination;*

(b) *it does not affect any provision for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination; and*

(c) *in the case of a contractual obligation or relationship any restitutionary effects shall be regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations*".

dir, per les seves qualitats específiques, donant lloc al naixement d'una obligació personalíssima. En aquests casos la pèrdua de confiança es tradueix sempre en el desig del client de resoldre el contracte de serveis que ha concertat. Per altra banda, encara que no sempre, és molt comú que en el context d'un contracte de serveis el client tingui la condició de consumidor i el prestador del servei d'empresari o professional. El dret de desistiment reconegut a favor del consumidor en les Directives europees s'ha erigit com instrument per a crear i delimitar el tan desitjat àmbit de protecció i defensa dels consumidors. Per això, pot dir-se que la resolució contractual dissenyada en l'article IV.C 2:111 DCFR, quan no està justificada per un pacte previ o per un incompliment essencial del prestador del servei, s'acosta al dret de desistiment (*withdrawal*) del capítol 5 del llibre II¹¹⁸. El client ha de tenir vies de sortida de la relació contractual, ha de disposar de la facultat de resolució unilateral d'una manera fàcil quant al seu exercici, sempre respectant l'interès de l'altra part contractual, la qual cosa es concreta en el respecte a un termini de preavís i, si escau, en l'obligació d'indemnitzar al prestador del servei.

En definitiva, el DCFR ha pretès possibilitar l'exercici senzill d'aquest dret de resolució unilateral establint que serà eficaç si ho exercita el client en qualsevol moment, fins i tot encara que pugui qualificar-se d'injustificada, salvant en aquest supòsit el dret del prestador del servei al rescabament dels danys i perjudicis. Hi ha tres situacions taxades en les quals el client no haurà d'indemnitzar perquè es considera que té un motiu vàlid per a donar per acabada la relació contractual, primer la resolució convencional o pactada a priori en el contracte, segon la qual afecta als contractes de llarga durada o indefinits quan hi ha preavís amb una antelació raonable¹¹⁹, i la resolució

¹¹⁸ L'art. II 5:101 assenyala que la regulació sobre l'exercici del dret de desistiment i els seus efectes jurídics s'apliquen a tots els supòsits continguts en els llibres II a IV, sempre que una de les parts tingui dret a desistir de conformitat amb la seva pròpia normativa, durant un termini de temps. Cf. els comentaris de A. COSIALLS UBACH (en premsa), en el qual expressament fa referència a la possibilitat de traduir el terme "withdrawal" per dret de resolució de conformitat amb l'establert per el "Translation Centri for the Bodies of the European Union" (DOTZE C288/1995, p. 4). Vegi's també R. DIEGUEZ OLIVA, *El derecho de desistimiento en el marco común de referencia*, *InDret 2/2009*, p. 8, qui afirma que, en línies generals, el DCFR recull els elements i caràcters propis del dret de desistiment formulats en el dret comunitari.

¹¹⁹ III.- 1:109 (2) *Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances.* Es limita l'exercici de la resolució unilateral a

fundada en algun dels motius previstos en els articles III 3:502 a 3:505.¹²⁰, és a dir, la resolució motivada pel fet que el prestador del servei ha incorregut en alguna forma d'incompliment¹²¹. La resolució unilateral en el DCFR sempre ha d'ésser amb preavís, mitjançant notificació al prestador del servei i concedint un temps raonable fins a l'eficàcia de la resolució, per a no incrementar el perjudici. Per remissió a les normes del Llibre III, té efectes *ex nunc*, i no afecta a cap dret contractual adquirit per qualsevol de les parts amb anterioritat al moment de la terminació del contracte.

S'ha pretès justificar l'existència del dret de desistiment en els contractes de serveis per la condició d'aquest contracte com *intuitu personae*, no obstant això i com ja he esmentat en l'apartat anterior, aquesta condició no pot predicar-se ni de bon tros de tots els serveis, per tant, com a mínim no és l'única explicació possible. Sembla més aviat que els redactors de l'esborrany acadèmic consideren convenient i d'acord amb els interessos de les parts en els contractes de serveis, trencar amb el principi general *pacta sunt servanda*, i permetre un *efficient breach of contract* per part del client, en determinades condicions. Pot entendre's que la font d'inspiració d'aquesta normativa és el Dret alemany¹²², a Alemanya la facultat de resoldre unilateralment el contracte de serveis es preveu en els contractes de durada superior a cinc anys i en aquells que es fonamenten en la confiança recíproca. En Espanya, encara que la norma general és la del manteniment del contracte, la resolució unilateral del

aquells casos que el compliment de la prestació és continuat en el temps i el moment de finalització del contracte no pot deduir-se dels termes d'aquell. Els redactors del DCFR posen com exemple d'aquests contractes indefinits, els de franquícia, distribució, i els contractes de serveis, cf. *DCFR Full Edition* Comentari C a l'art. III.-1:109, vol 1, p. 706.

¹²⁰ III 3:502: *Termination for fundamental non-performance*; III. – 3:503: *Termination after notice fixing additional estafi for performance*; III. – 3:504: *Termination for anticipated non-performance*; III. – 3:505: *Termination for inadequate assurance of performance*. Aquest capítol 3, Secció 5^o del llibre III és d'extraordinària importància mentre que regula i desenvolupa la resolució contractual a partir de la noció unitària d'incompliment entès com qualsevol insatisfacció de l'interès del creditor. Aquesta és una aportació essencial del dret europeu dels contractes, a partir de la qual es desenvolupen els conceptes d'incompliment essencial, incompliment anticipat, dret al compliment, garantia del compliment etc. Qüestionis totes elles de les quals m'ocuparé en els següents capítols del treball.

¹²¹ Expliquen amb solvència i rigor la resolució per incompliment tal com s'entén en la normativa comunitària i en els treballs acadèmics sobre el dret contractual europeu, entre uns altres, A. SOLER PRESES, "La indemnització por resolució del contrato en los PECL/DCFR", *InDret* 2/2009, pàg. 1-32, M. I. CLEMENTE MEORO, "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de la sección de derecho civil de la Comisión general de Codificación española" *BMJ*, nº 2131, maig 2011, pàg. 1-16.

¹²² Cf. & 624 is s . B.G.B

mandant o comitent es troba regulada en relació al contracte de mandat¹²³, al contracte de dipòsit¹²⁴ i al contracte d'obra¹²⁵. Així, queda expressament previst en les obres d'edificació amb obligació d'indemnitzar al constructor per les despeses, treball i utilitat. No haurà tal obligació de pagament, no obstant això, si hi ha hagut negligència del constructor, bàsicament perquè s'entén que tal resolució ja no entraria dintre del supòsit previst per l'article 1594 Cc sinó que es tractaria de la facultat resolutorià per incompliment ex article 1124 Cc¹²⁶.

La jurisprudència del TS ve admetent la resolució unilateral del contracte o desistiment del client que contracta un servei, sempre que es donin una sèrie de condicions. Admet per descomptat la resolució contractual per part del client quan està prevista per les parts en el moment de la formalització del contracte, la qual cosa no és tan infreqüent, i encaixaria perfectament amb el disposat en el paràgraf 5.a) de l'article IV.C 2:111. És el cas recollit en la Sentència de 24 de juny de 2010: un lletrat contractat per al desenvolupament propi de les funcions de Secretaria General d'una Societat Anònima. La clàusula sisena del contracte preveu la possibilitat de la societat de prescindir en qualsevol moment dels serveis contractats al lletrat i estableix el dret d'aquest a una indemnització, amb les regles necessàries per al càlcul d'aquesta. El Fonament de Dret Tercer de la Sentència determina la diferència entre aquesta clàusula i la sanció susceptible de moderació pels tribunals:

¹²³ Alguns autors han pretès aplicar analògicament les disposicions dels articles 1732 Cc i següents sobre mandat, per a justificar el dret al desistiment o terminació unilateral del contracte de serveis formalitzat entre clients i professionals liberals, pel seu fonament en la confiança recíproca. Cf. A. GALVEZ CRIADO, *La relevancia de la persona...*, p. 74.

¹²⁴ Art. 1775 Cc.

¹²⁵ Art. 1594 Cc. En el mismo sentit, vegi's a Alemanya & 649 B.G.B. i a França, art. 1794 Cc.

¹²⁶ Cf. STS 7.2.2006, [RJ 670](#): *“La veritat és que la resolució no té fonament en el contracte, doncs el fet que la contractista tingui més o menys dificultats en el pagament a proveïdors no significa incompliment de les seves obligacions respecte del comitent. Només en el cas que l'obra no pogués continuar-se per falta de subministraments és quant existiria tal incompliment, o quan se suspengués la seva execució per un termini superior a dos mesos. Així es va preveure en l'estipulació novena, apartats a) i b) del contracte. No s'ha demostrat cap paralització subsumible en la prevista (...) En conseqüència, Nou Centre de Torrevella, SA va resoldre un contracte sense fonament contractual quan ho va fer, resolució l'eficàcia legal de la qual no ha discutit la contractista, (...) només pretén que se li pagui l'obra realitzada amb anterioritat (...) segons la recurrent la rescissió unilateral de contracte d'obra exigeix que simultàniament l'amo de l'obra ha d'oferir al contractista la indemnització pels conceptes que consigna el citat precepte, i això no s'ha complert en el cas litigiós, pel que la demandada Nou Centre de Torrevella, SA ha de ser condemnada al pagament del reclamat en la demanda. El motiu es desestima perquè l'art. 1.594 no imposa com requisit per a la vàlida i efecàcia de la resolució unilateral (desistiment tècnicament) la simultaneïtat que pretén la recurrent. Només atorga al comitent o amo de l'obra aquesta facultat, i indica les seves conseqüències. Això és lògic donada la naturalesa del contracte d'obra per a construir una edificació, que origina problemes de liquidació que no són simples”.*

“la clàusula sisena no constitueix clàusula penal alguna, sinó que té la condició i naturalesa jurídica pròpia d'una resolució convencional pactada incorporada al contracte sobre la base del principi de lliure autonomia de la voluntat. I si el contracte va prevenir la possibilitat que l'arrendatària desistís unilateralment del mateix, amb la correlativa obligació d'indemnitzar al demandant en els termes establerts, l'al·lusió a l'article 1154 del Codi Civil resulta inadequada. En l'obligació amb astringència no està deixat a l'arbitri del deutor la possibilitat d'alliberar-se de l'obligació principal pagant l'accessòria. Com diu l'article 1153 del Cc , "el deutor no podrà eximir-se de complir l'obligació pagant la pena, sinó en el cas que expressament li hagués estat reservat aquest dret", és a dir, reconeix la possibilitat que mitjançant pacte exprés es deixi a l'arbitri del deutor la possibilitat d'alliberar-se de l'obligació principal pagant la pena convinguda, en el que s'ha vingut a cridar pena o diners de penediment en el sentit que a través d'ella es faculta exclusivament al deutor a triar entre complir la prestació principal o pagar els diners de penediment, com una obligació facultativa amb clàusula de substitució, com ja precisés la sentència de 21 de febrer de 1969”¹²⁷.

També ha estat admesa tradicionalment per l'Alt Tribunal la resolució unilateral del contracte en qualsevol moment en els contractes de llarga durada, per exemple els contractes d'agència¹²⁸, d'assessorament fiscal o jurídic. Ara bé, la resolució és un acte unilateral i recepticiu, per això és precisa la notificació fefaent al prestador del servei i és necessari el termini de preavís, perquè altra cosa seria deixar el contracte a l'arbitri d'una sola de les parts i vulnerar amb això el disposat en l'article 1256 Cc. És el cas de la Sentència de 12 de maig de 1997¹²⁹: una relació de serveis de peritació, d'un perit a favor d'una companyia d'assegurances. El contracte establí una durada indefinida del contracte i una retribució fixa mensual i altra variable en funció del nombre de casos. En el procediment es discuteix la procedència de la indemnització perquè el client va desistir de la relació de forma tàcita, és a dir, durant un mes no va encarregar cap assumpte al perit i al final del mes no va pagar al prestador del servei la retribució fixa acordada. El tribunal accepta la forma

¹²⁷ STS 24.6.2010, (Cendoj 28079110012010100406).

¹²⁸ Vegui's art. 28 Llei 12/1992 de 27 de maig .

¹²⁹ STS 12. 5.1997 (Cendoj:2807911000199700686).

tàcita del desistiment, però per raons de bona fe i seguretat jurídica, penalitza al client que no ha notificat al prestador del servei, i li condemna a indemnitzar al perit en la quantitat corresponent al mes que no va rebre cap encàrrec¹³⁰.

Per la seva banda el legislador espanyol ha contemplat recentment el dret a la resolució unilateral del contracte al regular l'especial relació jurídica de prestació de serveis dels treballadors autònoms econòmicament depenents¹³¹. Aquesta normativa incorpora l'exigència de preavis que preveu el DCFR i, a més, configura el dret al desistiment unilateral del contracte com atribuïble a ambdues parts contractuals, això és, també des de la perspectiva del professional que, en qualsevol moment del desenvolupament de la relació jurídica continuada de prestació d'un servei, pot optar per la resolució del contracte, per descomptat, preavisant i si escau, indemnitzant al client, si tal decisió li produís un perjudici. Quant al dret de consum, ha de tenir-se en compte que en l'actualitat ja existeix una normativa vigent a Espanya sobre desistiment dels consumidors que formalitzen contractes de serveis celebrats a distància, quin és la qual contemplen els articles 68-79 del TRLGDCU¹³². També la PMCC, que pretén integrar dintre de la seva regulació les prerrogatives dels consumidors, es refereix al dret de desistiment quan tracta els contractes celebrats fora dels establiments mercantils o a distància¹³³. L'especificitat del contracte de prestació de serveis no permet que la doctrina de protecció als consumidors en la fase de formació del contracte –dissenyada tal vegada pensant únicament en el contracte de compravenda-, pugui aplicar-se sense excepcions, o més aviat sense les pertinents adaptacions, al

¹³⁰ També SSTS 10.07.2007 Cendoj 28079110012007100887; 29.04.1998, RJ 2601.

¹³¹ La Llei 20/2007, de 11 de juliol, de l'Estatut del treballador autònom, qualifica com econòmicament depenents a aquells professionals per compte propi que exerceixen la seva professió de forma directa però fonamentalment per a només un client, la remuneració del qual ascendeix al 75% o més del total dels seus ingressos professionals (cf. art. 11.1). Per a aquests professionals, l'article 15.3 de la Llei preveu el dret del desistiment del client sense causa justificada, i el dret del treballador autònom econòmicament dependent a percebre la corresponent indemnització.

¹³² Ja existeix en el nostre país dret legal de desistiment del consumidor en els contractes de serveis celebrats a distància o fora de l'establiment mercantil, un desistiment sense justa causa i sense penalització, puix que els articles 68 a 79 no contemplen en principi, pel fet que el prestador del servei hagués iniciat la seva tasca, un dret a percebre una indemnització. Cf. I. GALLEGU DOMINGUEZ, *Derecho de desistimiento* en M. REBOLLO PUIG i M. ESQUERRE CARRASCO, *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2011, p. 1231.

¹³³ Arts. 1265 ss. PMCC.

contracte de serveis¹³⁴. Però, en qualsevol cas, aquesta proposta del legislador constitueix una manifestació més de la possibilitat clara d'integrar una norma sobre resolució unilateral del contracte per part del client en qualsevol moment, dintre d'una futura i hipotètica regulació del contracte de serveis en nostre Cc.

¹³⁴ Tractem aquesta qüestió per extens en el nostre treball "El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código civil español", *BMJ*, nº 2132, setembre 2011, pàg. 1-17.

4. El contingut obligatori del contracte de serveis

4.1 Obligacions recíproques

a. El deure cooperació. *Duty or obligation*

En el contracte de serveis, les parts han de coordinar els seus esforços tant com sigui raonablement necessari per a possibilitar el compliment de les seves respectives obligacions contractuals. Aquesta és la màxima que resumeix les posicions de les parts, i té la seva base en primer lloc, en el principi nº 24 del DCFR¹³⁵, i també en l'obligació general de cooperar que afecta a les parts d'un contracte de conformitat amb l'article III 1:104.¹³⁶ El deure general de cooperació es torna particularment intens i és especialment necessari en l'àmbit del contracte de serveis a tenor del disposat en l'art. IV.C 2:103. S'entén que sense cooperació mútua no s'obtindrà el resultat del servei, que les parts depenen la una de l'altra per a satisfer els seus recíprocs interessos en el compliment del contracte¹³⁷, i per això es concreta el contingut d'aquest deure, especialment quan afecta al client. A més la prestació d'un servei constitueix un procés dinàmic, de materialització progressiva en el curs del que poden succeir-ne diverses circumstàncies que exigeixin nous acords o rectificació dels pactes en un inici o, fins i tot, actuacions concretes de qualsevol de les parts que facin possible la consecució del resultat de la prestació. I així:

Obligació de col·laboració

(1) L'obligació de col·laboració exigeix, en concret:

(a) que el client respongui a les sol·licituds d'informació realitzades pel prestador del servei si es consideren raonablement necessàries perquè aquest compleixi les obligacions previstes en el contracte;

(b) que el client proporcioni indicacions relatives a la prestació del servei si es consideren raonablement necessàries perquè l'agent compleixi les obligacions previstes en el contracte;

¹³⁵ Principle 24: Co-operation. Contractual security is also enhanced by the imposition of an obligation to co-operate. The Principes directeurs put it this way: "The parties shall be bound to cooperate with each other when this is necessary for the performance of their contract". The DCFR provision goes a little further than the *cas* where co-operation is necessary: the debtor and the creditor shall be obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor's obligation.

¹³⁶ III 1:104: Co-operation. The debtor and creditor shall be obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor's obligation.

¹³⁷ DCFR Full Edition, Comentari B art. IV.C.-2:103, p. 1.629, i PEL SC p. 128.

(c) que el client obtingui els permisos o llicències que li correspongui aconseguir quan es considerin raonablement necessaris perquè el prestador del servei compleixi les obligacions previstes en el contracte;

(d) que l'agent o professional doni al client una ocasió raonable de determinar si està complint les obligacions previstes en el contracte;

(i) que les parts coordinin els seus esforços si es considera raonablement necessari perquè compleixin les seves obligacions respectives previstes en el contracte.

(2) Si el client incompleix les obligacions previstes en l'apartat (1)(a) o (b), el prestador de serveis podrà suspendre el compliment del contracte o fer-lo dependre de les expectatives, preferències i prioritats que càpiga raonablement suposar que té el client, donades la informació i indicacions recaptades, sempre que el client sigui advertit segons el previst en l'Article 2:108 (Obligació contractual del prestador de serveis d'advertir al client) del Títol C del Llibre IV.

(3) Si el client incompleix les obligacions previstes en l'apartat (1) fent que el servei resulti més car o requereixi més temps del previst en el contracte, el prestador de serveis podrà:

(a) reclamar indemnització pels danys i perjudicis soferts com a conseqüència d'aquest incompliment;

(b) sol·licitar una modificació del termini acordat per a la prestació del servei.

En aquest article es descriu amb una minuciositat cridanera el contingut del deure cooperació del client que es qualifica, una vegada formalitzat el contracte, de "obligació contractual", expressant-se així mateix les conseqüències jurídiques del seu incompliment. Es concreta en les següents tasques: proporcionar informació al prestador del servei, marcar les directrius sobre el desenvolupament de l'encàrrec, obtenir i proporcionar en termini la documentació corresponent i, en general, mantenir-se en contacte amb el prestador, conèixer el desenvolupament del servei i notificar, si escau, la seva falta de conformitat amb el treball que està realitzant l'agent.

El DCFR preveu tant la possibilitat de celebrar contractes de serveis amb consumidors com amb empresaris però, sigui qui sigui en cada cas el client, la novetat de l'article IV.C 2:103 DCFR consisteix en la delimitació del contingut de la seva obligació de cooperar, aportant un contingut normatiu que supera en

molt l'espectre dels drets nacionals i, en aquest sentit, suposa una aportació important. Es parteix que les obligacions de cooperació del prestador del servei sempre quedaran delimitades i seran exigibles, doncs apareixen intrínsecament vinculades amb la pròpia execució de la prestació que consisteix el servei. De manera que, en defensa del principi d'igualtat contractual, els autors de l'esborrany acadèmic entenen que convé delimitar especialment el contingut de l'obligació de cooperar que afecta a l'altra part, el client. Això no significa que aquesta regulació no es vegi afectada per la percepció tradicional en la nostra societat que, en el contracte de serveis, la part feble, la qual mereix un plus de protecció, és el client. Trobarem manifestacions d'aquesta percepció en el contingut dels articles que desglosem en aquest apartat, dels quals el IV.C 2:103 constitueix el pòrtic o entrada.

La cooperació entre les parts es fa necessària tant en la fase precontractual com durant el procés d'execució de la prestació de fer. La primera i fonamental obligació és la d'informar-se¹³⁸, que en l'apartat (1) a) de l'article IV.C 2:103 es descriu com l'obligació del client d'atendre totes les sol·licituds d'informació raonable que l'agent li formuli, sobretot el que entengui que ha de conèixer per a portar a terme correctament el seu treball. També pot considerar-se una tasca prèvia obligatòria per al client, observar una actitud activa per a fer el servei possible, ja sigui obtenint de l'administració competent les llicències o permisos necessaris, ja sigui aportant els mitjans materials i les eines, quan així s'hagi acordat¹³⁹. Durant el procés de prestació del servei és freqüent que les parts hagin d'interactuar per a protegir els seus respectius interessos. Aquesta cooperació que podrà ser merament recomanable o, en ocasions, imprescindible es tradueix, en primer lloc, en la continuació de les tasques d'informar i advertir dels riscos que es vagin coneixent, però també en altres noves entre les quals destaca especialment la supervisió i control per part del client de l'execució que està portant a terme el prestador del servei. En efecte,

¹³⁸ La importància del deure d'informació, que és una de les aportacions fonamentals del *soft law* europeu de contractes, justifica el seu tractament diferenciat en el següent apartat IV.1.b d'aquest treball. En l'art. IV.C 2:102 es contempla aquesta obligació recíproca de les parts amb obligacions ben concretes per al prestador del servei, i molt més limitades per al client, i com una concreció del disposat en el capítol 3 de la part II sobre informació precontractual en la teoria general de contractes.

¹³⁹ Vegi's IV.C 2:104 (4). Quan el client aporta els materials o les eines o, fins i tot, designa als subcontractistes, es fa responsable del resultat de l'obra realitzada, d'una manera similar a la prevista per a l'arrendament d'obra en els arts. 1588 et seq. Cc.

l'apartat (1) d) de l'article IV.C 2:103 imposa al prestador del servei l'obligació de permetre al client inspeccionar la seva tasca, de comprovar que està observant les seves obligacions contractuals. Aquesta obligació està en correspondència amb la qual afecta al client de notificar, si fos necessari, anticipadament, la seva falta de conformitat. Es tracta que les parts ajuntem els seus esforços per a obtenir resultats, de manera que és molt més convenient per a ambdós que el prestador del servei sàpiga, com més aviat, que la seva activitat o tasca no mereix l'aprovació del seu client. Ambdues parts contractuals tenen en joc la satisfacció dels seus recíprocs interessos, el client l'obtenció dels objectius per als quals va formular l'encàrrec i el prestador del servei, el cobrament de la remuneració pactada. També aquesta obligació de notificar la falta de conformitat, és objecte de regulació específica en l'article IV.C 2:110 d'aquest capítol segon sobre el contracte de serveis¹⁴⁰.

La regulació continguda en el DCFR sobre cooperació recíproca proporciona un nou element determinant a valorar en els supòsits de reclamació de responsabilitat al prestador del servei: la pròpia actitud del client que ho va sol·licitar, i la seva observança del deure col·laboració amb el prestador del servei. D'aquesta manera, s'equilibra entre ambdues parts contractuals la imputació del risc sobre la bona fi del negoci. Però no tots els incompliments del client duen aparellades les mateixes conseqüències. Per al supòsit que s'incompleixi el deure informació, de contestar a tots els requeriments del prestador del servei en aquest sentit o de donar-li les instruccions precises, en la mesura que afecta a la llibertat de decisió del primer, podria predicar-se en principi l'acció de nul·litat per error¹⁴¹, però també ha de ser compatible amb l'eficàcia del contracte i per això l'apartat (2) de l'article IV.C 2:103 preveu que el professional pugui portar a terme la prestació rebaixant el nivell d'exigència en l'obtenció del resultat promès al nivell mig de qualitat que es consideri raonable donades les circumstàncies. A més, el prestador del servei podria optar per suspendre el compliment de la seva prestació¹⁴². La imposició

¹⁴⁰ Cf. art. IV.C 2:110, d'una especial relevància perquè introdueix en el Capítol segó, regulació general de serveis, el concepte de falta de conformitat o incompliment objectiu al que em referiré més en detall en l'apartat IV.2 d'aquest treball. Cap destacar aquí l'absoluta uniformitat de contingut entre l'art. IV.C 2:103 (3) i l'art. IV.C 2:110 (3).

¹⁴¹ Cf. art. II 7:201 i concordants.

¹⁴² Cf. art. III 3:401. Cap pensar que, si el prestador opta per suspendre l'execució del servei, i aquesta situació no es desbloqueja amb un canvi de comportament del client, el prestador del

d'aquests remeis al client in complidor està condicionada a l'observança per part del prestador del servei de la seva obligació contractual d'informació. Haurà d'informar al seu client de la seva decisió d'interrompre la prestació o de concretar el resultat del servei segons l'estàndard mig de qualitat, i haurà de fer-lo de forma expressa¹⁴³. Per la seva banda, l'apartat (3) de l'article IV.C 2:103 recull els remeis aplicables en general a qualsevol tipus d'incompliment del client: el dret a la indemnització pels danys derivats de l'incompliment i el dret a l'ajustament del termini fixat per al compliment de la seva obligació de fer per part del prestador del servei. El client responsable assumirà el cost de l'allargament del termini en el compliment de la prestació.

A partir d'aquest plantejament, la qüestió estriba a conèixer l'abast d'aquestes obligacions de fer que s'imposen al client del servei, al creditor de la prestació, quin és la seva qualificació jurídica més adequada i si l'articulació del règim d'eficàcia jurídica d'aquests deures de cooperació, especialment les conseqüències del seu incompliment, duu amb si un reforçament de la naturalesa mateixa d'aquests deures, en concret una mutació del que fins a ara podia considerar-se una càrrega necessària per a la satisfacció del propi interès, en una veritable obligació contractual que afecta al client que sol·licita un servei¹⁴⁴.

AL temps de l'elaboració dels principis de dret contractual europeu en matèria de serveis, els PEL SC, es va optar pel terme “*duty*”¹⁴⁵, per a significar que la col·laboració que afecta al client és convenient, i fins i tot necessària per al compliment del contracte de serveis, puix que a la no observança d'aquesta prestació per part del client no se li aplicarien les conseqüències pròpies d'un incompliment, sinó més aviat les de *la mora creditoris* o les de la impossibilitat sobrevinguda per al professional de portar a terme l'encàrrec rebut. Aquest plantejament coincidiria amb la doctrina espanyola majoritària, per a la qual el deure col·laboració del client o creditor del servei no constitueix, veritablement,

servei haurà de poder posar fi a la relació contractual exercitant la facultat de resoldre el contracte

¹⁴³ Cf. art. IV.C 2:108.

¹⁴⁴ Sobre aquesta qüestió, vegi's l'estudi complet de la posició del creditor en la relació obligatòria de LAMARCA MARQUÈS, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonya, 2001. Especialment sobre la noció de càrrega, vegi's pàg. 64 et seq.

¹⁴⁵ Cf. la definició de “*duty*” en l'Annex contingut en el DCFR, p. 553: “*A person has a duty to do something if the person is bound to do it or expected to do it according to an applicable normative standard of conduct*”.

una obligació jurídica, ni tan sols un deure accessori, l'única assumida mitjançant contracte seria la de pagar el preu¹⁴⁶. Però el DCFR ha optat per donar un pas més recorrent al vocable “*obligation*”¹⁴⁷, la qual cosa permet entendre que, en molts casos, s'està definint la prestació del client com una obligació sinalagmàtica pel que fa a l'obligació de fer del prestador del servei. Possiblement la intenció no va ser exactament aquesta sinó simplement la d'unificar la terminologia emprada, de manera que sempre i només es parlés de *obligation*. Després de la publicació del DCFR, alguns autors han criticat la falta de claredat en la distinció d'ambdós vocables, i la utilització en ocasions confusa de l'un i l'altre en els diferents articles del DCFR¹⁴⁸.

De l'anàlisi dels remeis comentats més amunt en funció de quins siguin en concret els deures de cooperació no observats pel client podria extreure'ls una doble consideració. En primer lloc i pel que fa als remeis que proporciona al prestador del servei l'apartat (2) de l'article IV.C 2:103, poden catalogar-les com “mitjans de defensa” per al prestador que és reclamat per un resultat defectuós. El professional podrà al·legar que ha estat el previ incompliment del seu deure cooperar per part del client, el veritable responsable de la posterior falta de conformitat del servei. Tot la qual cosa ens condueix a pensar que, en aquests casos, l'obligació de col·laboració del client no és pròpiament un deure jurídic per a ell, sinó una càrrega necessària per a l'obtenció del propi dret: el client que no col·labora no podrà imputar al prestador del servei un compliment defectuós o inadequat als seus objectius, i haurà d'acceptar l'obra o servei realitzats d'una manera estàndard, això és, el resultat que qualsevol client

¹⁴⁶ Vegi's per tots, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor”, en [VVAA](#), *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 117-128. A. VAQUER [ALOY](#), *El ofrecimiento de pago en el Código civil*, Madrid, 1997, pág. 128-130; S. [ESPÍAU ESPÍAU](#), “[Performance and extinction of obligations](#)” en S. VAN [ERP](#), A. VAQUER [ALOY](#) (coords.) *Introduction to Spanish Patrimonial Law*, Granada 2006, p. 66.

¹⁴⁷ “An obligation is a duty to perform wich one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor” Cfr. Annex del DCFR, p. 560, i art. III 1:102.

¹⁴⁸ Cf. A. VAQUER [ALOY](#), “Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference”, *European Review of Private Law* 4-2009, p. 501 . Vegi's el comentari de L. DIEZ PICAZO, E. ROCA i TRIAS, A. M. MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, p. 159, A. VAQUER, “Mora [creditoris and the Principles of European Contract Law](#)”, en S. [ESPÍAU](#) y A. VAQUER (eds.), *Bases de un derecho contractual europeo*, València, 2003, p. 388; F. PROSPERI “La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore nel Draft of Common Frame of Reference (art. III.- 1:104): un'occasione per qualche notazione vaig donar carattere sistematico”, en *Rassegna digues diritto civile* 2/2011, p. 575.

raonable, en les mateixes circumstàncies tindria dret a esperar. No obstant això, en l'article IV.C 2:103 apartat (3), el deure col·laboració del client té un contingut jurídic precís i sembla una mica més que una mera càrrega, doncs constitueix per al creditor del servei una veritable obligació de fer. En aquest sentit, quan l'incompliment del client genera un perjudici real a l'altra part contractant (un major cost econòmic o temporal del servei respecte al que les parts havien fixat en el contracte), atorga al proveïdor o professional el dret a la reclamació de la corresponent indemnització pels danys i perjudicis soferts, així com el dret a ajustar els terminis fixats en contracte per a la realització del servei. La possibilitat de reclamar una indemnització ens parla d'una actitud activa per part del prestador del servei, no de mera defensa davant una acusació pel seu compliment defectuós o tardà i, al mateix temps, des de la perspectiva del client significa que el seu incompliment no solament podrà privar-li del resultat del servei contractat sinó que, a més, pot costar-li diners.

Malgrat tot sembla una mica dubtós que en la realitat pràctica aquest tipus de plets s'instin i puguin prosperar davant els tribunals¹⁴⁹. Per contra, el remei més eficaç per al prestador del servei serà la seva capacitat de defensa davant una eventual reclamació de responsabilitat contractual. Amb caràcter general el Llibre III permet al prestador exonerar-se de les seves pròpia responsabilitat si demostra que el client ha contribuït a la no obtenció del resultat (III 3:101 (3)) per infracció d'aquest deure que li afecta (IV.C 2:103 (1), b)) o per causa de les directrius incorrectes que ha impartit al prestador (IV.C 2:107 (2)).

Altra qüestió que cap plantejar-se és la de la necessitat o conveniència de detallar tant el contingut de les obligacions de cooperació del client, que són fàcilment deduïbles en cada cas a partir dels principis generals de bona fe i honradesa en els tractes, així com de la noció de responsabilitat. L'afany normativitzador dels autors de l'esborrany acadèmic no coneix límits i així, no satisfet amb la prolixa descripció de l'article IV.C 2:103 de la part general, concretaran encara més el deure cooperació en relació a determinades modalitats de serveis, com per exemple les tasques de construcció:

¹⁴⁹ *"The client's defective cooperation gives the service provider the right to resort to any of the remedies set out in Book III, Chapter 3, provided the non-performance of the client's obligation is not excused. But, again, it would probably be habitually practical for the service provider to claim extra payment and extension of estafi under paragraph (3) of the present article"* (DCFR Full Edition, Comentari D a l'art. IV.C.- 2:103, p. 1.631).

IV. C 3:102: Obligació de col·laboració per part del client

L'obligació de col·laboració exigeix, en particular, que el client:

(a) faciliti l'accés al lloc en el qual ha de realitzar-se l'obra, si es considera raonablement necessari perquè el constructor compleixi les obligacions previstes en el contracte;

(b) faciliti els components, materials i eines, si així li correspon, quan es consideri raonablement necessari perquè el constructor compleixi les obligacions previstes en el contracte.

En el contracte d'obra del DCFR, el client té l'obligació de permetre i facilitar l'accés al lloc on ha d'efectuar-se aquella sempre que, en cas contrari, el compliment del prestador del servei resulti impossible. Sembla que els redactors del *draft* estan pensant en el supòsit bàsic de construcció d'immobles sobre sòl titularitat del comitent, si el constructor no té accés al sòl, simplement no podrà edificar. La posada a la disposició del sòl haurà si es fes en el temps oportú perquè el constructor pugui també observar el termini de lliurament de l'obra acabada fixat en el contracte. Així, l'obligació del client de facilitar l'accés constitueix, clarament, una càrrega necessària per a l'obtenció del propi dret. Cap formular una crítica davant aquesta determinació de l'obligació del client en un contracte d'obra, puix que pugues no ser un requisit necessari quan el que es tracti d'elaborar sigui un bé d'altra naturalesa, com per exemple un bé moble o incorporal. Podria haver-se obviat aquest esment exprés d'una obligació de fer que neix només en determinats supòsits, si el que es pretenia era "dissenyar" un contracte d'obra d'ampli espectre.

L'article IV.C 3:102 (b) estableix que el client ha de proporcionar els materials i eines necessàries per a executar l'obra. És la veritat que aquesta referència a l'aportació de les eines o materials se sustenta en el disposat en l'article IV.C 2:104 (4) que contempla la possibilitat que el contracte de serveis es porti a terme amb el pacte que els materials siguin del client. En moltes legislacions nacionals europees, al regular el contracte d'execució d'obra, també es diferencien els supòsits en els quals es contracta amb o sense aportació de materials¹⁵⁰. No obstant això, això no justifica, al meu judici, l'existència d'aquesta disposició expressa sobre l'obligació de facilitar els materials, que no resulta general per a tots els contractes de *construcción*.

¹⁵⁰ L'art. 1588 Cc espanyol i l'art. 1787 Cc francès ho expressen de forma idèntica.

Els redactors del DCFR es veuen obligats a matisar el contingut de l'art. IV.C 3:102 afegint que tals obligacions del client solament ho seran si així s'havien pactat en el contracte i en funció del que es consideri *raisonnement*¹⁵¹ necessari perquè el professional pugui efectuar la seva prestació. AL meu judici, bastava amb l'establir sobre els deures de cooperació en l'article contingut en el capítol 2 sobre disposicions aplicables a tots els contractes de serveis. Llocs a delimitar el que és especialment important en el contracte d'execució d'una obra immobiliària, entenc que és fonamental que el client proporcioni tota la informació requerida perquè la construcció es porti a terme de conformitat amb els seus objectius i instruccions, i també que posi a la disposició del prestador del servei tots els permisos i llicències requerits per la normativa vigent per a poder portar a terme aquesta tasca. La falta d'aquesta documentació o el retard en la seva obtenció per causa imputable al client (per exemple, no sol·licitar la llicència municipal d'obres dintre del termini i en la forma escaient, o no pagar les taxes corresponents), justificaria fins i tot la sol·licitud de resolució del contracte amb indemnització per part del constructor, perquè el client està fent impossible el compliment de l'altra part. També és específic del contracte de *construcción*, a tenor del disposat en l'article primer del capítol 3 sobre l'objecte de la regulació¹⁵², el lliurament per part del client al constructor, del projecte amb base en el qual s'ha d'elaborar el bé encarregat, sempre que s'hagués pactat que el projecte ho aportava el client. No obstant això, el lliurament del projecte o disseny no apareix especificada en la norma sobre obligacions de cooperació sinó que ha d'inferir-se de les prestacions imposades al client en l'article IV.C 2:107 de la part general, puix que el client ha d'impartir les instruccions al prestador del servei i el projecte conté aquestes directrius bàsiques que ha de seguir el constructor perquè el resultat, l'obra executada, sigui conforme amb el contracte. Es tracta, una vegada més, d'una obligació principal del client l'incompliment del qual, si és de suficient entitat com per a frustrar la fi del contracte, justifica la petició d'indemnització i la resolució del contracte.

¹⁵¹ Cf. Art. 1:302 PECL.

¹⁵² Cf. IV.C 3:101 (1). El supòsit bàsic és aquell en el qual el disseny o projecte del bé ho aporta el client.

Si tornem la mirada a l'ordenament espanyol, vam observar que presenta una regulació fraccionada i insuficient d'alguns deures de cooperació que podrien resultar aplicables als contractes de serveis, però sempre pensant gairebé únicament, en els deures del prestador i no en els del client. Així, regula amb profusió els deures d'informació precontractual i contractual en els contractes de consum, però no els específics de cooperació en els contractes de serveis¹⁵³. L'excepció estaria en l'article 9.2 de la nostra Llei d'Ordenació de l'Edificació, però aquest article tampoc identifica les obligacions del promotor o comitent de l'obra com part del contingut del contracte de serveis de construcció¹⁵⁴. D'aquesta manera, hem de recórrer a les normes generals de les obligacions, especialment la integració del contracte amb la bona fe, i a la necessitat que el creditor possibiliti el compliment del deutor, per a fonamentar les obligacions de cooperació del client¹⁵⁵.

Quant a les resolucions dels tribunals, encara que no moltes, sí trobem algunes en les quals l'actitud del client és objecte d'enjudiciament i resulta decisiu a l'efecte de la imputació de responsabilitat del prestador del servei¹⁵⁶.

¹⁵³ El dret català sí esmenta alguns d'aquests deures en el règim jurídic dels contractes d'integració (Llei 2/2005 de 4 d'abril, de contractes d'integració) que són contractes de prestació de serveis amb estreta col·laboració de les dues parts.

¹⁵⁴ Així ho fan notar els redactors de l'esborrany acadèmic en les seves notes de Dret comparat. Cf. *DCFR Full Edition*, Notis, art. IV.C. 3:102, vol. 2, p. 1710.

¹⁵⁵ El professor CARRASCO entén que aquestes obligacions se sustenten bàsicament en l'article 1258 Cc, cf. A. CARRASCO et. al., *Derecho de la construcción...*p. 327.

¹⁵⁶ Cf. en aquest sentit, una contundent sentència del TS espanyol de fa ja gairebé tres dècades, en la qual, a partir de la interpretació de les normes generals dels contractes, els tribunals no dubten a sancionar a la part comitent del contracte d'obra per l'incompliment de les seves obligacions de fer. "*CDO: Que per la seva importància per a l'estudi dels temes en el recurs, han de ser destacats les següents dades, de constància documental irrefutable: 1.º En el contracte d'execució d'obra celebrat el 7 juliol 1976 per la recurrent Làcties de l'Atlàntic S. a. i la recorreguda José Malvar Construccions S. L., es va pactar en categòrics termes que «són de compte de la Propietat (és a dir, de la comitent) les llicències i autoritzacions administratives de tot ordre necessàries per a la iniciació i execució de les obres» (clàusula 9.ª, a). 2.º Instada de l'Administració Local per Làcties de l'Atlàntic S. a. la concessió del necessari permís per a la construcció «d'una planta d'elaboració de productes lactis» amb data 2 juliol 1976 (certificació de l'Ajuntament de Caldas de Reis al foli 244), i iniciades les obres sense que tal autorització s'hagués concedit, l'Ajuntament va ordenar la suspensió dels treballs per decret de 30 març 1977, resolució conminatoria que va ser notificada a l'apoderat de la societat recurrent i a l'entitat contractista i que el seu acatamiento indeclinable va ser advertit per la primera a la segona (certificació del mateix Ajuntament al foli 332). 3.º Suspeses les activitats d'edificació en compliment d'aquesta ordre, José Malvar Construccions S. L. va fer saber a Làcties de l'Atlàntic S. a. per via notarial promoguda el 1 abril següent (acta de presència, notificació i requeriment als folis 119 i següents), que «la paralització o suspensió de les obres acordada per l'empresa requerida, qualsevol que sigui la seva causa, comporta el qual les despeses que s'ocasionin a l'empresa requirente durant i com a conseqüència d'aquesta paralització o suspensió dels treballs, seran de compte de l'empresa requerida, a la qual, en el seu moment, la requirente passarà els oportuns càrrecs, tot això sense perjudici d'exigir de la societat requerida la corresponent indemnització pels danys i perjudicis que es causin a l'empresa requirente, i les*

b. El deure informació.

-L'obligació precontractual d'informar

El deure recíproc d'informació, com ja s'esmentava en l'apartat anterior, constitueix l'aplicació al sector serveis d'un dels més rellevants principis informadors del Dret europeu dels contractes, el qual potser amb major èxit s'ha convertit en norma comunitària vigent en els diversos àmbits, i que amb major acceptació ha estat adoptada per les legislacions nacionals¹⁵⁷. De fet, la Directiva 2006/123/CE, en el Capítol V titulat “Política de qualitat dels serveis”

accions legals de la qual es reserva aquesta per a l'exercici i defensa dels seus drets», a la qual cosa respon Làcties de l'Atlàntic S. a. sostenint que la gestió de la indispensable llicència administrativa incumbia al contractista, a pesar d'haver-la sol·licitat el comitent i afegix una conminación a l'altra part «perquè en un termini no superior a tres dies hàbils reprengui el treballs d'obra contractats, doncs en altre cas Làcties de l'Atlàntic dona per resolt el mateix, requerint en la seva conseqüència a la constructora, en el supòsit de no represa de les obres, a la retirada, en un termini de 48 hores després d'aquell, de tota maquinària, materials i altres elements apilats al peu de l'obra, doncs en altre cas es procediria a la seva retirada per Làcties de l'Atlàntic S. a. i al seu dipòsit per compte de José Malvar Construccions S. L.». 4.º Transcorreguts els dies sense l'atorgament de l'autorització, amb data del 12 abril l'entitat contractista, afirmant que «Làcties de l'Atlàntic S. a. amb les seves omissions i incompliment de les seves obligacions ha fet que l'execució de l'objecte del contracte sigui d'impossible realització per causes únicament imputables a aquesta entitat», comunica per conducte notarial a la recurrent que «ha decidit resoldre aquest contracte, a l'empara de l'establert en l'art. 1124 i concordant del C. Civ., al ser impossible el compliment per aquesta part» (acta als folis 119 i següents). 5.º Atenent al favorable informe «de la Delegació Provincial del M.º de l'Habitatge de Pontevedra», l'Ajuntament de Caldas de Reis mitjançant decret de 16 abril (foli 22) disposa que «quedi sense efecte l'ordre de suspensió dels treballs de les obres», acord que va ser notificat a comitent i contractista, i requerida aquesta per la primera perquè «en un termini de 48 hores hàbils continui els treballs en l'obra contractada», respon José Malvar Construccions S. L. amb una rotunda negativa, manifestant que «s'até totalment a les decisions adoptades i notificades en forma a l'entitat requirente», és a dir, reiterant la resolució del contracte que «ja formalment se li va notificar amb data 12 dels corrents a mitjan del Notari» (acta als folis 18 i següents). (...) La Sala declara, i encara més, que ha existit resolució convencional davant l'incompliment de l'empresa comitent; sorgint un acord dirigit a cancel·lar els efectes del contracte, figura de gran similitud a la dissolució del negoci bilateral per mutu dissenso, però amb la possibilitat de l'exercici d'una pretensió indemnitzadora enfront del subjecte incomplidor” STS 5.11.1982, RJ 6528. Per la seva banda, la SAP Ciudad Real, 31. 7.2007, AC 2285, s'expressa de la següent manera: “L'obligació dels tallers de respondre de les reparacions que efectuen, encara que per a això és necessari que l'usuari comuniqui al taller el defecte en la reparació i posi el seu vehicle a la disposició del taller perquè per aquest es pugui efectuar la reparació sobre la base d'aquesta garantia o designar altre taller per a la qual l'efectuï. Si l'usuari no posa el cotxe en poder del taller és evident que gens pot exigir a aquest amb vista a la reparació (a més de que les normes abans indicades estableixen terminis per a poder fer ús d'aquesta garantia)”.

¹⁵⁷ Sobre la repercussió d'aquest principi en el nostre ordenament, vegi's, J. GÓMEZ GÁLLIGO, “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo” en E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, p. 544; S. CAVANILLAS MÚGICA “Dos derechos emergentes del consumidor: a no ser molestado y a una interacción informativa”, en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, p. 215; X. BASOZÁBAL ARRUE, “En torno a las obligaciones [precontractuales](#) de información”, *ADC*, 2009, p. 665.

conté una sèrie de normes relacionades amb l'obligació d'informació que afecta als prestadors de serveis¹⁵⁸.

En el DCFR l'obligació d'informar en la fase precontractual és objecte de regulació específica en el capítol 3 del Llibre II¹⁵⁹, com una manifestació de la bona fe precontractual –bona fe en les relacions negociales i honradesa en els tractes-, principi que al seu torn apareix residenciat en el Llibre I¹⁶⁰. Els autors del DCFR no es limiten a la seva configuració com principi bàsic, sinó que ho introdueixen també en el text normatiu per a recalcar la seva importància. En seu de serveis l'obligació precontractual d'informar es conté en l'article IV.C 2:102:

(1) El prestador de serveis té el deure precontractual d'advertir al client si arriba al seu coneixement el risc que el servei sol·licitat:

(a) pot no assolir el resultat indicat o previst pel client,

(b) pot perjudicar altres interessos del client,

(c) pot resultar més car o requerir més temps del que el client raonablement havia previst.

Abans de la formalització del contracte, el prestador del servei està vinculat per l'obligació jurídica d'advertir al client quan percep que està o pogués estar desorientat en les seves pretensions, o que el seu desconeixement de la matèria li fa perseguir un objectiu inassolible. Així, determina que advertirà al client que pugues no arribar a l'objectiu que es proposa amb el servei encomanat, és a dir, que el resultat que ha d'esperar del servei –el qual determina la conformitat de la prestació amb el contracte- pot ser diferent dels objectius que el client s'ha proposat, o bé que l'obtenció dels seus objectius o finalitats poden suposar-li un cost, per perjudicar altres interessos o per resultar més costós o demorar-se més temps del que al principi cabria esperar.

La inobservança d'aquesta norma duu aparellada per a l'agent conseqüències concretes i determinades, a saber: a) No podrà instar cap modificació del contracte de serveis en funció de les circumstàncies adverses que vagin presentant-se en el desenvolupament de l'encàrrec i de les quals no va advertir

¹⁵⁸ Cf. M. SCHAUER, "Contract law of the Services Directive", *ERCL*, 2008, vol. 4, p. 6; M. SCHMIDT-KESSEL "Die Informationspflichten donis Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie", *GPR*, 2008, vol. 1, pàg. 63-79.

¹⁵⁹ Cf. arts. II 3:101 a 3:109.

¹⁶⁰ Cf. art. I 1:103.

oportunament al seu client; b) El client podrà instar qualsevol dels remeis previstos en la part general sobre obligacions i contractes per al cas d'incompliment, inclosos els remeis previstos per als supòsits en els quals hi ha error¹⁶¹. En el precedent dels PEL SC, en canvi, es feia esment al remei de la indemnització per informació incorrecta, amb una remissió a l'article 4:107 PECL¹⁶², reduint d'aquesta manera l'àmbit d'aplicació d'aquest remei a la satisfacció de l'interès negatiu, en els supòsits que la falta d'advertiment o informació precontractual per part del prestador del servei no fos dolosa¹⁶³. No obstant això en el DCFR la referència als remeis, a qualsevol remei –inclosos per descomptat, els relacionats amb l'error en la formació del contracte– és genèrica, de manera que el client veu incrementada la seva protecció podent triar el remei que instarà enfront de l'incompliment del prestador del servei, i podent instar, en tot cas, la indemnització per al rescabament per tots els danys soferts, tant materials com morals, i tant la pèrdua soferta com el lucre cessant¹⁶⁴.

És la veritat que, en un legítim i raonable afany de desenvolupar el seu propi negoci, el prestador del servei sempre tendeix a incidir més en els aspectes positius que en els negatius del servei que se li proposa portar a terme. No obstant això, el deure advertir sobre els riscos i dificultats que es poden preveure abans de l'inici de la tasca és una de les concrecions, per al prestador del servei, del principi general de bona fe en les relacions contractuals, i que afecta també al període de formació del contracte¹⁶⁵. El

¹⁶¹ Cf. arts. II 7:101 i 7:201 et seq.

¹⁶² Cf. Art. 4:107 PECL: Dol

(1) Una part pot anul·lar el contracte quan el seu consentiment s'ha obtingut per mitjà d'una actuació dolosa de l'altra part, de paraula o d'acte, o perquè l'altra part va ocultar maliciosament alguna informació que hauria d'haver comunicat si hagués actuat de bona fe.

(2) L'actuació de la part o el seu silenci són dolosos si el seu objecte era enganyar.

(3) Per a determinar si, d'acord amb la bona fe, una part tenia l'obligació de comunicar una informació concreta, haurien de considerar-se totes les circumstàncies, i especialment:

(a) si la part tenia coneixements tècnics en la matèria;

(b) el cost d'obtenir aquesta informació;

(c) si l'altra part podia raonablement obtenir la informació per si mateixa i,

(d) la importància que aparentment tenia aquesta informació per a l'altra part.

La traducció del text dels arts pot trobar-se en <http://www.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

¹⁶³ Art. 4:117 PECL, vegi's Díez-PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES MORENO, Los principios de derecho europeo de los contratos, p. 228.

¹⁶⁴ Cf. DCFR III.- 3:701.

¹⁶⁵ Cf. J.M^a MARTÍNEZ GÁLLEGO, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Barcelona, 2000, p. 46; J. LLOBET AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Barcelona, 1996, p. 13.

principi de bona fe i honradesa en els tractes està present en el dret comunitari¹⁶⁶ i la seva plena implantació en el DCFR porta causa de l'article 1:201 PECL¹⁶⁷ i de l'article 1.7 dels Principis Unidroit¹⁶⁸. Així, en el Dret europeu, *the duty of good faith*, no respon a una definició objectiva que s'identifiqui amb una conducta determinada, sinó que actua com principi que engloba i fonamenta totes les obligacions que poden exigir-se a les parts contractuals¹⁶⁹. L'article III 1:103 del *draft* sembla entendre la bona fe com una càrrega que incumbeix a les parts en la relació contractual: "*Breach of the duty %[to act in accordance with good faith and fair dealing] does not give rise directly to the remeís for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have*"¹⁷⁰. Per la seva banda, i quant a l'incompliment d'algun deure informació precontractual, l'article II 3:109 estableix el remei de la integració, passant a formar part del contracte tota la informació no donada al client. Quin dubte cap que aquesta disposició constitueix una aportació important per a fer efectiva l'obligació precontractual i, en aquest sentit, també és una idea interessant per al desenvolupament del dret espanyol.

En l'àmbit dels serveis l'obligació d'informar imposada en *el soft law* sembla més aviat d'assessorar al client, i això amb independència de la formació prèvia d'aquest. L'única excepció a aquesta obligació del professional es produeix quan el client coneix els riscos, o pot esperar-se raonablement que els conegui. *IV.C 2:102 (2) El deure advertir recollit en l'apartat (1) no és aplicable si el client:*

¹⁶⁶ Cf. art. 3(1) Directiva 86/653 sobre agents comercials, art. 3(1) Directiva 93/13 sobre clàusules abusives.

¹⁶⁷ "Cada part té l'obligació d'actuar conforme a les exigències de la bona fe".

¹⁶⁸ "Les parts han d'actuar amb bona fe i lleialtat negocial en el comerç internacional (...) no poden excloure ni limitar aquest deure" Cf. Stefan VOGENAUER, Jan KLEINHEISTERKAMP (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 165.

¹⁶⁹ O. LANDO "Is good faith an over-arching general clause in the principles of european contract law?" en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyond the National Systems*, pàg. 610; I. MACKENDRICK, "The meaning of good faith", en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum....*, p. 688. H. L. MACQUEEN "Good faith, mixed legal systems and the principles of european contract law", en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum...*pàg. 614 et seq.

¹⁷⁰ I. DE LA MAZA GAZMURI, *Los límites del deber [precontractual](#) de informar*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 216 et seq.

(a) ja coneix l'existència dels riscos als quals es fa referència en l'apartat (1); o
(b) és raonable suposar que els coneix.

(7) En relació al disposat en l'apartat (2)(b), no és raonable suposar que el client coneix un risc simplement perquè sigui un professional del ram, o estigui aconsellat per qui ho són en el sector corresponent, tret que dites terceres actuïn en qualitat d'agents del client, en aquest cas és aplicable el disposat en l'Article 1:105 (Imputació del coneixement etc.) del Llibre II.

Podria entendre's, a tenor del precedent d'aquest article en els PEL SC, que l'excepció a l'obligació d'advertir es produeix en perjudici del client que té uns coneixements o una formació prèvia que fa que no es tracti, veritablement, d'un *client-consumidor*¹⁷¹. No obstant això, l'apartat 7 d'aquest article matisa l'excepció de l'apartat 2 assenyalant expressament que no es pot presumir que conegui els riscos pel fet que sigui un professional del sector al que el servei fa referència, ni tan sols perquè estigui aconsellat per professionals tret que aquests fossin els seus representants. D'aquesta concreta expressió del DCFR cap inferir clarament la voluntat d'estendre l'obligació d'assessorament i advertiment no només als supòsits de contractació amb consumidors en sentit estricte, sinó en general a tots els supòsits, excepte el molt limitat cas en el qual procedeix la imputació del coneixement en virtut de l'art. II 1:105, havent d'assegurar-se que el client comprèn la informació que li proporciona¹⁷².

Cap preguntar-se respecte a l'obligació pre-contractual d'informar i assessorar al *client-consumidor* si ha d'interpretar-se, no només en sentit negatiu, com un advertiment quan les coses poden no anar tan bé com cabria esperar, sinó a més, en sentit positiu, relacionant-la amb la informació publicitària i la protecció al client que acudeix a un professional o prestador d'un servei perquè ha estat informat sobre el seu prestigi, o del baix cost pel qual realitza la tasca que es tracta; o la protecció al client que es decideix a contractar el servei, precisament després de mantenir una entrevista amb el propi agent que desperta en ell la confiança suficient. L'article IV.C 2:102 es formula únicament en sentit negatiu,

¹⁷¹ Cf. PEL SC, art. 1:103, p. 171. En aquest article quedava més clar que el criteri de la razonabilitat per a poder exigir el coneixement dels riscos al client, es fonamenta en la formació personal d'aquest.

¹⁷² Cf. M^a P. GARCIA RUBIO i M. OTERO CRESPO "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo" en *InDret* 2/2010, p. 12; J. LLOBET I AGUADO, *El deber de información...*, p. 35.

si bé a l'empara del disposat en l'article 6:101 PECL¹⁷³ i també en l'article 22 de la Directiva europea de serveis, entenc que la tesi és absolutament raonable i s'ajusta a la funció que en la nostra societat realitza la publicitat i les activitats de màrqueting, no només pel que fa a productes o béns materials, sinó també respecte de serveis de tot ordre que poden ser oferts¹⁷⁴. Aquesta qüestió està resolta ja de forma clara en relació al contracte de compravenda de béns de consum, per aplicació del disposat en la Directiva sobre els drets dels consumidors¹⁷⁵, que és d'acord amb la dicció de l'art. IV.A 2:303 DCFR segons el qual la conformitat o la falta de conformitat dels béns venuts ve determinada, entre altres criteris, per les declaracions públiques efectuades sobre les característiques d'aquests.

Per als serveis, l'article 22 de la Directiva de serveis concreta el contingut de les obligacions precontractuals d'informació¹⁷⁶. Aquesta exigència, es troba, de

¹⁷³Art. 6: 101.2 (2) PECL: "Si una de les parts és un proveïdor professional i informa sobre la qualitat o l'ús de serveis, mercaderies o altres béns, ja sigui a l'introduir-los en el mercat, ja sigui al fer publicitat dels mateixos o de qualsevol altra manera amb caràcter previ a la conclusió del contracte, el que declari referent a això serà considerat font d'una obligació contractual, tret que es demostrï que l'altra part sabia o no podia desconèixer que el manifestat era incorrecte".

¹⁷⁴ Cf. DCFR Chapter 3, Section I, Book II, "Màrqueting and pre-contractual duties". M. SCHAUER, "Contract law of the Services Directive", *European Review of Contract Law*, 2008, vol. 4. p. 7; R. SCHULZE, *Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo*, ADC, 2006, pàg. 42 et seq.; P. MANKOWSKI, "Information and formal requirements in EC Private Law", *European Review of Private Law*, 2005, 6, pàg. 779-796, M. I. STORME, "Information requirements and remedies in the principles of European Contract Law", RCDP, vol. 4, 2004, pàg. 93-104; M. SCHMIDT-KESSEL "Die Informationspflichten des Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie", *GPR*, 2008, vol. 1, p. 65.

¹⁷⁵ L'art. 5 de la nova Directiva sobre drets dels consumidors, Directiva 2011/83/EU de 25.10.2011, regula el contingut de la informació precontractual que ha de prestar-se en els contractes celebrats amb consumidors que no siguin els contractes a distància o celebrats fora de l'establiment comercial. Aquesta norma s'aplica específicament a les vendes de consum (Directiva 1999/44/CE) en conformitat amb l'article 33 de la nova Directiva sobre drets dels consumidors.

¹⁷⁶ El legislador europeu desglossa detalladament, en onze subapartados de l'art. 22.1 de la D 123/2006, el contingut d'aquesta informació obligatòria de l'agent al seu possible futur client i preveu, a més, que haya de ser ampliada, a petició del destinatari, en altra sèrie d'aspectes rellevants en relació amb el servei objecte de contractació, detallats en l'art. 22.3. Sense ànim de ser exhaustius, s'imposa l'obligació d'informar sobre el nom, l'estatut i forma jurídica del prestador, la seva inscripció en un registre públic si és el cas, la possible subjecció de la seva activitat a l'IVA, les condicions generals de la contractació si és que les utilitza, les característiques, les garanties i el preu del servei ofert. Pel que fa a la important qüestió del preu del servei, la Directiva distingeix el supòsit en el qual el prestador del servei determini les seves tarifes en la pròpia oferta escrita, i el cas en el qual hagi de ser resultat d'una negociació entre les parts, o de les concretes circumstàncies de cada servei, establint que si no es pot indicar el preu exacte s'informarà sobre el mètode emprat per a calcular-lo, de manera que el destinatari pugui comprovar-lo, o es proporcionarà un pressupost suficientment detallat. A l'efecte de la determinació dels criteris d'imputació de responsabilitat del professional o prestador del servei, també ha d'indicar-se al potencial client si aquell es troba sotmès a un codi de conducta o és membre d'una associació o organització professional que prevegi el recurs a

fet, implantada o en avançat estat d'implantació en totes les legislacions europees¹⁷⁷.

També queda també subjecte a l'obligació precontractual d'informar el client:

IV.C 2:102(4) El client té el deure precontractual d'advertir al prestador del servei si té coneixement de fets inusuals que puguin encarir el servei o causar que aquest requereixi més temps respecte del previst per l'agent, o que ocasionin danys a aquest o a tercers quan es presti.

(8) A l'efecte del disposat en l'apartat (4), es presumeix que el client té coneixement dels fets esmentats si resulten obvis a partir dels fets i circumstàncies que conegués sense realitzar investigació alguna.

El client té el deure pre-contractual d'advertir al prestador del servei sobre els fets o circumstàncies extraordinaris que poden convertir el servei sol·licitat en una prestació més costosa del que al principi cap suposar, o els fets que provocaran que aquesta es demori en el temps, o quan el compliment de la prestació pot generar algun risc per al prestador del servei. Una concreció del deure general de cooperar i, en certa mesura, un vessant o modalitat del deure de donar instruccions al prestador del servei. No obstant això, es tracta d'un supòsit limitat, el client només ha d'advertir dels fets inusuals o extraordinaris, només si és conscient d'un risc de perjudici per al professional o empresari. A més, l'apartat (8), incorporat en l'última versió del DCFR, suavitza al màxim l'exigència assenyalant que només s'entendrà que el client és coneixedor dels fets inusuals dels quals ha d'informar al prestador del servei si aquests resulten obvis per a ell de forma clara i manifesta, configurant una obligació jurídica de molt menor calat que la qual afecta al prestador del servei.

Pel que fa al Dret espanyol, cap assenyalar que l'obligació d'informar pot entendre's vigent en el nostre país sobre la base de la interpretació de l'article

mitjans extrajudicials de resolució de litigis. Expressament s'establix en la Directiva europea que tal informació ha de proporcionar-se de forma clara i inequívoca, i tempestivament, això és, abans de la celebració del contracte o, quan no hagi contracte per escrit, abans de la prestació del servei.

¹⁷⁷ A manera d'exemple, el dret francès preveu introduir qüestions importants sobre les obligacions precontractuales en la seva projectada reforma, seguint amb això l'abundant jurisprudència generada sobre aquesta qüestió, Per aquest motiu l'Avantprojecte dediqui l'art. 1101 a la negociació del contracte, que desenvolupa les obligacions precontractuales d'informació de les parts contractants. Cf. I. POILLOT, "Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones", *ADC*, 2006, nº LIX-3, p. 1314; A. CABANILLAS SÁNCHEZ "El Anteproyecto francés..", *ADC*, 2007, p. 621 ss. Vegi's així mateix, art. 1.337 Cc italià i & 242 B.G.B.

7.1 Cc¹⁷⁸, relatiu a la bona fe en les relacions jurídica privades i en l'exercici dels propis drets. En efecte, encara sent clar que en la nostra legislació les obligacions neixen dels contractes els quals obliguen al compliment de totes les conseqüències que, segons la seva naturalesa vengen imposades per la bona fe¹⁷⁹, també ho és que la falta d'informació rellevant per part del professional abans de celebrar un contracte de serveis pot constituir-se en una causa vàlida per a sol·licitar la declaració d'anul·labilitat del contracte formalitzat pel client sense contar amb aquestes dades essencials, tot això a l'empara de l'article 1300 Cc i concordants. Per la seva banda, la jurisprudència del nostre Tribunal Suprem ja ha anat encunyant la doctrina en virtut de la qual s'estima la responsabilitat del professional quan falta assessorament i informació prèvia suficient, en sectors com el dels serveis prestats per metges o per advocats¹⁸⁰. A més, dintre de la PMCC, en el Títol II dedicat a la teoria general del contracte existeixen diferents disposicions relatives als contractes de serveis en les quals es percep la voluntat dels codificadors de traslladar la doctrina europea sobre l'obligació precontractual d'informar, al dret de contractes espanyol. Els articles 1265 a 1268 PMCC contenen, certament disseminats entre moltes altres qüestions que són objecte de regulació, una sèrie de requeriments d'informació que afecten a l'empresari en la fase de formació del contracte. L'objectiu és reforçar les cauteles per a assegurar l'observança per part de l'empresari del seu deure actuar amb transparència en els supòsits en els quals, o bé el contracte es formalitza fora de l'establiment mercantil, o bé el contracte se celebra a distància. En concret, l'apartat sisè de l'article 1267 PMCC desenvolupa el contingut de la informació que el professional haurà de facilitar

¹⁷⁸ En Catalunya, el fonament legal és l'article 111-7 CCCat.

¹⁷⁹ Cf. Art. 1258 Cc.

¹⁸⁰ Cf. STS 29. 6.2007, ED 80174 . El Tribunal Suprem assenyala que la informació que es facilita al pacient és pressupost i element essencial de la *lex artis ad hoc* pròpia de l'activitat mèdica. AL nostre judici, aquesta resolució apareix clarament inspirada en els principis de Dret contractual europeu quan estableix que "en el cas d'actuacions no va haver falta d'informació sinó una informació incompleta, i el risc que es dedueix de la mateixa permet sostenir, en atenció al que es qualifica d'ordre natural de les coses presidit per la regla de la razonabilidad, que la recurrent hauria triat el mateix mètode de esterilització, fins i tot després d'haver estat advertida del risc d'un nou embaràs". La STS 23. 5.2001, Ar. 3372, es refereix al deure d'informació prèvia que afecta a l'advocat pel que fa a la viabilitat de la demanda, encara que els arguments emprats per a fonamentar aquesta obligació s'allunyen bastant del raonament jurídic: les exigències tècniques, deontològiques i morals que afecten a aquests professionals, la lleialtat i honestat que han de presidir l'acompliment de l'encàrrec rebut.

al consumidor abans de la celebració del contracte¹⁸¹. El més cridaner d'aquesta disposició és que recull un compendio resumit de l'article 22 de la Directiva de Serveis, avui article 22 de la Llei 17/2009, en el qual es generalitza per a tots els prestadors de serveis l'obligació d'informació precontractual, sense perjudici d'altres obligacions d'informació que poguessin imposar-se'ls en virtut de la legislació de protecció als consumidors¹⁸². És a dir, que la norma de transposició de la directiva europea de serveis, que en principi té una vocació generalista i està centrada en aspectes que no entren dintre de l'esfera estricta del Dret privat, està desenvolupant amb major precisió i concreció que els codificadors espanyols en la seva proposta legislativa, els deures d'informació precontractuals dels empresaris en general. Així, el dret comunitari torna a servir de llera per a l'harmonització de tot el dret contractual europeu, aportant solucions a les legislacions nacionals¹⁸³, i avala la idea exposada sobre la necessitat i conveniència d'una regulació específica i completa de Dret privat en matèria de serveis, en la qual s'estableixi detalladament el contingut de l'obligació d'informació que afecta als prestadors de serveis en tots els supòsits de desenvolupament de la seva tasca¹⁸⁴.

Respecte a la normativa sectorial vigent actualment a Espanya, ja s'ha regulat detalladament el deure d'informació en la prestació de serveis sanitaris en l'article 4 de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, que afecta exclusivament al servei que presten els professionals de la salut¹⁸⁵, de la mateixa manera que per als

¹⁸¹ "El professional haurà de facilitar al consumidor abans de la celebració del contracte i amb suficient antelació informació clara sobre els següents extrems: a) La seva identitat i adreça; b) Les característiques essencials del bé o servei; c) El preu, inclosos tots els impostos; d) Les despeses de lliurament i transport si escau; i) Les modalitats del pagament i les de lliurament o execució; f) L'existència de dret de desistiment que es refereix l'apartat 11; g) El cost de la comunicació a distància, h) El termini de vigència de l'oferta i el preu, i) La durada mínima del contracte si és d'execució permanent o repetida; j) Els procediments extrajudicials de solució de conflictes que el professional disposi o que estigui adherit".

¹⁸² Art. 22 Llei 17/2009.

¹⁸³ Sobre la funció del Dret comunitari derivat en l'harmonització indirecta del Dret Contractual europeu en nombroses matèries, vegi's S. CÀMARA LAPUENTE, "Un Código civil en Europa; planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace" en S. CÀMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, pàg. 47 et seq. i J. GÓMEZ GÁLLIGO, "La repercusión en derecho español de les propuostas de armonización ...", p. 533.

¹⁸⁴ Tingui's en compte que l'actual proposta de modificació del Codi civil només es refereix a les obligacions d'informació precontractual quan es tracti de qualsevol contracte celebrat amb clients que tinguin la condició de consumidors i quan la contractació s'hagi portat a terme a través de mecanismes de contractació a distància.

¹⁸⁵ Vegi's el treball que sobre la Llei 41/2002 ha publicat A. DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, 2007. Cf. també M^a J. REYES LÓPEZ, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, 2009. p. 178 et seq. Sobre

prestadors de serveis de la societat de la informació, l'article 10 de la Llei 34/2002 constitueix un clar reflex normatiu d'aquest principi bàsic del dret europeu¹⁸⁶. El deure informació és una obligació legal per als prestadors de serveis de reparació de vehicles des de la promulgació, fa més de dues dècades, de l'article 12 del RD 1457/1986.¹⁸⁷ Finalment, procedeix portar a col·lació la regulació de l'activitat determinada de auditoria de comptes, en la qual el deure assessorament i informació s'eleva a la categoria de contracte autònom i queda dotat del seu pròpia normativa. Les Corts van aprovar en 2010 la Llei 12/2010, de 30 de juny, per la qual es modifica la Llei 19/1988, de 12 de juliol, de Auditoria de Comptes, en aplicació de la Directiva 2006/43/CE del Parlament Europeu i del Consell de 17 de maig de 2006.¹⁸⁸ Quant als professionals liberals, el deure informació prèvia sol aparèixer inserit en les normes de caràcter deontològic que, al seu torn, en la majoria dels casos, apareixen inserides en els Estatuts dels Col·legis professionals¹⁸⁹. I és que és en aquest àmbit on amb major freqüència s'exercita la tasca d'assessorament previ a l'adopció de determinades decisions rellevants per al client¹⁹⁰. La doctrina espanyola tendeix a considerar el deure informació dels professionals, advocats, arquitectes, com una obligació prèvia fonamentada en la bona fe i que acaba formant part del posterior contracte de serveis que les parts poden arribar a formalitzar¹⁹¹.

les obligacions professionals de lletrats i assessors, vegi's R. DE ANGEL YAGÜEZ "La responsabilidad del abogado", *InDret*, 2008, pàg. 1-54; M^a. D. CERVILLA GARZÓN, *La prestación...*, pàg. 249 et seq.

¹⁸⁶ Cf. P. PERALES VISCASILLAS, "Publicidad y Formación del Contrato. La formación electrónica del contrato en el [Draft Common Frame of Reference](http://vlex.com/vid/574446028)", *RCE*, 2009, n^o 100, pàg. 1-18 <http://vlex.com/vid/574446028>, R. COUTO CALVIÑO, "[Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación](#)", *RCE*, 2007, n^o 8, pàg. 3-37.

¹⁸⁷ Cf. A. AYMÁ, "El contrato de obra para la reparación de vehículos de motor", *RDP*, 2008, n^o 5, p. 32.

¹⁸⁸ Cf. BOE n^o 159 de 1 de juliol de 2010, pàg. 57586-57625.

¹⁸⁹ Reial decret 658/2001, de 22 de juny de l'Estatut General de l'Advocacia espanyola i Estatuts de cadascun dels Col·legis d'Advocats del país. Per la seva banda, els legisladors autonòmics han regulat, amb algun contingut sobre els drets i deures dels professionals. Cf. per exemple, la Llei 7/2006, de 31 de maig, DOGC n^o 4651 de 9 de juny de 2006, la Llei 18/1997, de 21 de novembre, del Parlament Basc que regula l'exercici de les professions titulades i de Col·legis i Consejos professionals, BOPV n^o 237, de 11 de desembre, Llei 11/2001, de 18 de setembre, de Col·legis Professionals de la Comunitat Autònoma de Galícia, DOG n^o 189, de 28 de setembre, modificada per Llei 1/2010, de 11 de febrer, DOG n^o 36, de 23 de febrer.

¹⁹⁰ Tan és així que en el DCFR, el capítol 7 del Llibre IV.C regula i contempla com un contracte autònom de serveis, les tasques d'informació i consell.

¹⁹¹ Cf. M^a D. CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, p. 245 et seq. Per altra banda, el contracte de serveis professionals ha estat objecte d'atenció a Espanya per la doctrina més recent, que ha atès fonamentalment a l'aspecte de la responsabilitat civil del

-L'obligació d'informar durant la prestació del servei

L'article IV.C 2:108 que recull l'obligació d'informar durant el desenvolupament del contracte:

Obligació contractual del prestador del servei d'advertir al client

(1) El prestador del servei ha d'advertir al client si coneix que existeix el risc que el servei sol·licitat:

(a) pot no assolir el resultat indicat o previst pel client en el moment de la celebració del contracte;

(b) pot perjudicar altres interessos del client;

(c) pot resultar més car o requerir més temps de l'acorda't en el contracte, bé com a conseqüència de seguir la informació o les indicacions del client o recaptades durant la preparació de la prestació, bé com a conseqüència que sobrevingués qualsevol altre risc.

(2) L'agent ha d'adoptar totes les mesures necessàries per a garantir que el client entén el contingut de l'advertiment.

Aquest article es refereix a l'obligació d'informació i advertiment que sorgeix per a l'agent durant el desenvolupament del servei, això és, com resultat de la informació posterior, o de les directrius més específiques rebudes del client, o davant un nou fet o circumstància que es coneix una vegada iniciat el compliment de l'encàrrec. Aquesta és la particularitat que li distingeix del deure d'informació pre-contractual, amb el qual coincideix quant als seus termes literals en els següents aspectes:

a) Respecte a l'objecte de la informació que ha de prestar-se al client: la possibilitat de no obtenció del resultat desitjat, o el perjudici a altres interessos del client, o el major cost econòmic o de temps necessaris per a l'obtenció de l'objectiu.

b) Respecte als supòsits en els quals el prestador del servei queda eximit del deure d'advertir: quan el client ja coneix els riscos o cap esperar raonablement que els conegui.

professional enfront del seu client. Cf. M^a. J. VAQUERO PINTO, "Contrato de servicios profesionales" en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *Tratado de contratos*, València 2009 pàg. 3526-3602, i la seva monografia *El arrendamiento de servicios, propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, 2005; C. VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios*, Madrid 2009, J. ALMAGRO NOSETE, *Responsabilidad civil de las profesiones jurídicas*, Madrid, 2010; M^a C. CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Madrid 2005.

c) Respecte a la ineficàcia de la modificació contractual de l'art. IV.C 2:109 quan el prestador del servei no ha advertit i informat convenientment al seu client.

d) Respecte a les presumpcions legals de coneixement dels riscos per part del prestador del servei i per part del client.

Cal remetre's, per tant, a les observacions efectuades en relació amb l'obligació precontractual d'advertir i informar, i incidir ara especialment en el contingut d'aquest segon deure informar que neix més tard, quan ja el contracte ha estat formalitzat i ocorren fets nous o s'obtenen noves dades a partir dels quals el prestador del servei preveu riscos dels quals ha d'informar al seu client.

En primer lloc, els autors del DCFR matisen que aquests riscos dels quals s'ha d'advertir deuen resultar obvis donada la nova informació o coneixement amb la qual conta el prestador del servei, no se li exigeix una especial labor d'investigació o vigilància per a anar advertint al client de tot el que ocorre o pot arribar a ocórrer durant el desenvolupament del servei. Per contra, les qüestions que han de ser objecte d'advertiment o consell per part de l'agent es dedueixen més aviat de les nombroses remissions a l'art. IV.C 2:108 al llarg de tot el capítol segon de normes generals aplicables a tots els contractes de serveis:

a) Haurà d'advertir al client que si persisteix en la seva omisió de proporcionar la informació que se li requereix, o d'impartir les instruccions precises, el prestador optarà per suspendre l'execució del contracte o, si escau, ho executarà de conformitat amb les expectatives raonables de qualsevol client¹⁹².

b) També advertirà al client de la responsabilitat que assumeix a l'aportar els materials o eines per a l'execució del servei –no podrà reclamar gens en el supòsit de falta de conformitat d'aquests materials- i de la responsabilitat que assumeix al designar a les persones que poden ser subcontractades –tampoc podrà reclamar per la falta d'idoneïtat dels subcontractats-¹⁹³.

c) Davant una instrucció impartida pel client durant el desenvolupament del contracte en virtut de la qual el prestador del servei prevegi que va a provocar l'incompliment del seu deure diligència i perícia, o que va a interferir en l'obtenció del resultat promès al temps de la formalització del contracte, haurà

192 Cf. art. IV.C 2:103 (2).

193 Cfr. art. IV.C 2:104 (4).

d'advertir al client per a donar-li l'oportunitat que modifiqui les seves instruccions. El mateix ocorrerà si les instruccions impartides pel client donen lloc a la modificació del contracte inicialment perfeccionat per les parts¹⁹⁴.

Així, el deure assessorament i informació ara ja és una obligació contractual i afecta a qüestions essencials per a l'obtenció del resultat del servei prestat. De fet, el risc previst en l'apartat (1) (a) és precisament aquest, que no s'arribi a el resultat. El professional haurà d'assegurar-se que el client comprèn l'advertiment perfectament i, en conseqüència, es troba en situació de decidir referent a això. Igual que en el supòsit contemplat en l'article IV.C 2:102, per influència del *consumer law*, es redueixen al màxim les situacions d'excepció al deure informar, salvo en el cas concret que el client conti amb assessorament específic per haver contractat a professionals que puguin intervenir en el seu nom en el desenvolupament del contracte de serveis, en aquest cas resulta d'aplicació la dicció de l'art. II 1:105 sobre la imputació del coneixement¹⁹⁵. Assenyalen els autors del DCFR que si es produeix el supòsit de l'art. IV.C 2:108 (1) (a), ens trobarem davant un doble incompliment del prestador del servei: el de la seva obligació principal de fer assumida en el contracte de servei i el de la seva obligació d'advertir recollida en aquest article. Tot això amb el consegüent desplegament de l'elenc de remeis que operen en favor del client. Fins i tot, àdhuc en el cas que l'origen de la no obtenció del resultat del contracte sigui una defectuosa o incorrecta instrucció del client al prestador del servei. Com aquest últim no va advertir d'això al client, perd el seu dret a al·legar una excusa o impediment per al compliment previstos en l'art. III 3:104, o la improcedència de la indemnització perquè la falta d'obtenció del resultat és imputable al creditor, de conformitat amb l'III 3:704.¹⁹⁶ Si esdevé el risc previst en l'apartat (1) (b), el resultat s'obté però es danyen altres interessos del client, la falta d'advertiment genera el dret del primer a reclamar la indemnització pels danys efectivament soferts. Quant al risc descrit en l'apartat (1) (c), que el resultat del contracte sigui obtingut però en més temps o per un preu superior, la falta d'informació al client durà amb si la conseqüència prevista en l'apartat

¹⁹⁴ Cf. art. IV.C 2:107 (2) i (3).

¹⁹⁵ Els autors dels PEL SC aclareixen que aquesta especificació pretén evitar que es consideri que el client està assessorat i, en conseqüència, no precisa de l'advertiment de l'agent, quan talis "assessors" siguin els seus propis familiars, o un conegut o amic que sap una mica sobre l'objecte del contracte de serveis. Cf. *PEL SC*, p. 251.

¹⁹⁶ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari D a l'art. IV.C 2:108, p. 1672.

quatre d'aquest article el prestador que pretén repercutir un cost superior al pactat inicialment no podrà imposar aquesta modificació unilateral del contracte, perquè no va advertir convenientment al client.

L'obligació contractual d'informar i advertir durant el desenvolupament del servei no apareix contemplada en la nostra legislació, sinó que s'ha d'inferir de l'obligació que afecta al prestador del servei d'actuar amb diligència en l'exercici de la seva obligació de fer¹⁹⁷, i així ho ha defensat tradicionalment la jurisprudència¹⁹⁸. Si és cert que l'article 1590 Cc, en seu de contracte d'obra o construcció d'immobles, contempla un supòsit concret d'advertiment contractual que, a més, es relaciona també amb l'exempció dels riscos al constructor: si l'obra es destrueix per causa de la dolenta qualitat dels materials i aquests havien estat aportats pel comitent el risc de la pèrdua de l'obra serà suportat pel client, sempre que el constructor li hagués advertit d'aquesta circumstància. El mateix ocorre si el lliurament de la cosa –i amb ella la transferència dels riscos de destrucció per causa fortuïta- no pot fer-se per incórrer el client en morositat en la recepció de la mateixa. Per altra banda, el TRLGDCU regula de forma específica l'obligació d'informació sobre les característiques dels productes i serveis¹⁹⁹, encara que la veritat és que el legislador està pensant més en el contracte de compravenda que en el de prestació de serveis, com es dedueix del disposat en l'article 116 del mateix text legal, en el qual es relaciona aquest deure d'informació amb la noció de conformitat del producte venut al consumidor²⁰⁰. Podem entendre, en conseqüència, que aquest deure contractual d'informació, que actua realment en la majoria dels casos com mecanisme per a la defensa de l'agent que resulta demandat davant la falta de conformitat del contracte, podria encaixar sense problemes en la regulació civil que pogués retractar-se en el seu moment del contracte de serveis.

¹⁹⁷ Art. 1258 Cc.

¹⁹⁸ Vegi's a manera d'exemple, encara que es tractaria més aviat d'un supòsit de contracte de compravenda i no d'execució d'un servei, la STS 14.11.1984, RJ 1984.

¹⁹⁹ Art. 18 TRLGDCU. Cf. M^a A . PARRA LUCÁN: "Comentario al art. 18.1 del TR-LGDCU" en S. CÀMARA LAPUENTE (dir), *Comentarios a las normas de Protección de los consumidores*, Madrid, 2011, p. 264.

²⁰⁰ Art. 116.3 TRLGDCU: "No haurà lloc a responsabilitat per faltes de conformitat que el consumidor i usuari conegués o no hagués pogut fundadamentament ignorar en el moment de la celebració del contracte o que tinguin el seu origen en materials subministrats pel consumidor i usuari".

4.2. La prestació de fer de l'agent.

a. L'obligació d'obtenir un resultat específic. La conformitat amb el contracte

L'IV C 2:106, *Obligation to achieve result*, és un article d'enorme importància perquè reflecteix l'important esforç dels acadèmics europeus d'enfilars aquesta modalitat contractual amb la nova construcció de l'incompliment present en el Dret d'obligacions europeu. En efecte, es tendeix a reforçar, en la vinculació contractual, la idea de garantia d'un resultat a càrrec del deutor, la qual cosa traspasa àmpliament els límits de la tradicional idea de compliment de la prestació que presideix els denominats sistemes continentals. L'art. 8:101 PECL constitueix el punt de partida de l'opció per un sistema unitari d'incompliment objectiu que abracci totes les manifestacions de falta de realització o execució dels termes del contracte. Un incompliment que fa néixer per al creditor un elenc de remeis que operen en el seu benefici amb independència, o al marge de la culpa del deutor, en la mesura que el contractant no es vincula entorn de la promesa de la seva conducta futura, sinó entorn d'un resultat²⁰¹.

L'aplicació d'aquests plantejaments a les obligacions de fer inclina als autors del DCFR a procurar l'objectivitat del sistema de responsabilitat contractual i, fins i tot, a pretendre convertir, en tot cas, la prestació de l'agent en una obligació de resultat. Diu textualment l'esmentat article:

IV.C 2:106: Obligació d'assolir un resultat

(1) El prestador d'un servei ha d'arribar a el resultat específic pactat, o previst pel client en el moment de la perfecció del contracte, sempre que en el cas d'un resultat previst però no indicat pel prestador del servei (en el contracte):

(a) que el resultat previst pel client sigui un dels que raonablement podria esperar.

(b) i que el client no tingui cap motiu per a creure que existeix un risc substancial que el resultat no pugui arribar-se a.

²⁰¹. Cf. L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRIAS I A.MMORALES MORENO, *Los principios...*, p. 319-320; R. ZIMMERMANN, "Elementos fundamentales del derecho contractual europeo", ob.cit., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de VAQUER ALOY, Madrid, 2000, p. 122-123; O. LANDO, "Non-performance (breach) of contracts", en A. HARTKAMP et al (ed.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 505 ss; R. CALVO, "Li conseguenze dell'inadempimento: esatto adempimento, rudizione del prezzo i risoluzione del contratto", en G. DE CRISTOFARO (ed.), *del Diritto comunitari dei contratti*, Torino, 2009, p. 509.

(2) *En la mesura que la propietat de qualsevol cosa és transmesa al client en el marc del contracte de serveis, aquesta propietat ha de ser transferida lliure de qualsevol dret o reclamació de tercers. Els arts IV. A. - 2:305 (drets o pretensions de tercers en general) i IV. A. - 2:306 (drets o pretensions de tercers basades en la propietat industrial o altra propietat intel·lectual) s'aplicaran a aquests supòsits amb les adaptacions necessàries*

Aquesta disposició del *soft law* europeu, i la possibilitat de la seva aplicació en els sistemes continentals pot resultar, com a mínim, difícil de digerir per a un sector de la doctrina, quan afecta a la tradicional distinció entre obligacions de mitjans i de resultat²⁰². No obstant això intentaré posar en relleu en les següents línies l'evolució que s'està produint sobre aquesta qüestió, en primer lloc en l'àmbit de les resolucions jurisprudencials en matèria de serveis, encaminades cap a la construcció d'un sistema complex d'imputació de la responsabilitat contractual, molt mediatitzat en funció del sector d'activitat que es tracti en cada cas, que es va allunyant a poc a poc de la dicotomia simplista que oposa "obligacions de mitjans" *versus* "obligacions de resultat" com única fórmula de resolució dels conflictes sobre la responsabilitat del prestador del servei²⁰³.

²⁰² Cf. pel que fa al dret espanyol M. J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, Granada 2005, p. 105, i l'abundant elenc doctrinal que l'autora porta a col·lació, entre uns altres, B. MORENO QUESADA "Problemática de las obligaciones de hacer", *Revista de Dret Privat*, 1976, pàg. 467-502; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de medios y de resultado*, Barcelona, 1993, p.16; J.M. LOBATO GÓMEZ, "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *ADC*, 1992, pàg. 651-734; F. JORDÀ, "Obligaciones de medios y de resultado", *ADC*, 1991, p. 5-96. La jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol va acollir aquesta doctrina com un sistema per a diferenciar els arrendaments d'obres i els de serveis, a l'efecte de determinar la càrrega de la prova d'un o altre litigant quant a la diligència i perícia en l'activitat realitzada. Aquest consolidat corrent jurisprudencial té el seu inici en la STS 4.2.1950, JC 74, vegi's també STS 10.6.1975, RJ 3265. Entre la doctrina alemanya, vegi's per tots BEKKER, *Grundbegriffe donis Rechts und Hissbegriffe der Gesetzgebung*, Berlín-Leipzig, 1910, p. 330. En Itàlia LEONE, "La negligenza nella colpa extracontrattuale i contrattuale", *Rivista digues diritto civile*, 1918, pàg. 84-103. Entre els autors francesos, vegi's FROSSARD, *La distinction donis obligatios de moyens et donis obligations de résultat*, París, 1965, pàg. 135-137.

²⁰³ Com és conegut, la línia diferencial entre unes obligacions i unes altres radica que si la prestació del servei és una obligació de mitjans, el prestador es compromet simplement al desenvolupament d'una activitat diligent, mentre que si es cataloga l'obligació com de resultat la seva obligació consistiria precisament en l'obtenció d'aquest promès resultat. Així, s'ha vingut configurant la dicotomia entre prestacions d'activitat i prestacions de resultat, en una distinció que podem qualificar de perturbadora, ja que els efectes que se li atribueixen varien segons l'enteniment que es tingui del sistema de responsabilitat contractual. Ja denunciava en l'any 1996 el professor Angel López que aquesta distinció té certes traves, en primer lloc perquè no és necessària per a definir determinats tipus de prestacions i, en segon lloc, perquè les prestacions de mitjans inclouen l'obtenció de determinats resultats, cf. A. LÓPEZ I LÓPEZ, "La

La pròpia existència de l'article IV.C 2:106 en la part general de serveis sobre l'obligació del prestador d'obtenir un resultat específic ens remet al concepte de la falta de conformitat. En efecte, ens trobem davant la disjuntiva de consagrar la noció de falta de conformitat objectiva com un supraconcepte del dret d'obligacions que pugui ser aplicable a tots els supòsits d'incompliment, sigui el que sigui el contingut de l'obligació contractual. Per tant, no només a les obligacions de donar presents de forma paradigmàtica en el contracte de compravenda (hi ha falta de conformitat objectiva quan el bé lliurat al comprador no compleix les característiques de qualitat, quantitat, i tipus promeses en el contracte o en la publicitat lliurada al comprador²⁰⁴), sinó també en les obligacions de fer, (la dicció literal de l'article IV.C 2:106 no deixa lloc a dubtes, el prestador del servei *must achieve the specific result*, ha d'obtenir el resultat específic que constitueix l'expectativa del client que ho va contractar, després haurà falta de conformitat en tots aquells casos que tal resultat no s'obtingui).

No obstant això, aquest capítol segon sobre serveis no regula de forma específica la noció de *conformity*, tan àmpliament desenvolupada en matèria de compravenda²⁰⁵, sinó únicament la del resultat específic i la de la diligència exigible al prestador del servei en l'article IV.C 2:105. La pregunta sembla ser, per tant, si realment pot predicar-se de tot servei i en tot cas, tal com sembla deduir-se del text literal de l'article IV.C 2:106, que el seu contingut ho constitueix una obligació de fer dirigida a l'obtenció d'un resultat. Perquè només en aquest cas podem traslladar l'esmentada noció de falta de conformitat objectiva a l'àmbit dels serveis²⁰⁶.

proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil", en GONZÁLEZ GARCÍA J. (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Jaén, 1996, p. 35.

²⁰⁴ Cf. DCFR IV. A 2:301 i concordants.

²⁰⁵ L'origen del terme *conformity* prové del dret comunitari, en concret de la regulació de la compravenda. S'ha recorregut a aquest concepte en la fonamental Directiva 1999/44/CE de garanties en la venda de béns de consum (Art. 2.1: "1. El venedor estarà obligat a lliurar al consumidor un bé que sigui conforme al contracte de compravenda") que no ha estat reformada en aquest aspecte per la nova Directiva sobre els drets dels consumidors Directiva 2011/83/EU de 25.10.2011. Cf. D. STAUDENMAYER, "The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law", *European Review of Private Law*, 2000, p. 551. Entre la doctrina espanyola, S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones de dar*, Madrid, 2004, pàg. 157 et seq.

²⁰⁶ Com deia ja en l'any 1991 el professor I. ZAMIR en el seu treball "Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts", *Louisiana Law Review*, 1991, vol. 52, p. 43, el concepte de conformitat és només aplicable a les obligacions de resultat, no podent

Afirmar que el deutor garanteix un resultat (un nivell de satisfacció de l'interès del creditor) suposa que la vinculació contractual tant pot referir-se al compliment de deures de conducta, com a fets, situacions, o estats de la realitat (present o futura) que constitueixin conseqüències del propi contracte, ja que el risc correria a càrrec del deutor, i això amb independència que la inidoneïtat del resultat obtingut fora o no imputable a ell²⁰⁷. Així, tot sembla indicar que aquest article IV.C 2:106 recollit, no ho oblidem, en la part general aplicable a tots els contractes de serveis, persegueix, com a mínim, difuminar la tradicional distinció entre obligacions de mitjans i de resultat que conduïa, en ocasions, a la noció subjectiva d'incompliment i que ha permès identificar l'obligació de fer amb la pròpia diligència i perícia exigible al prestador del servei, amb el fet de posar tots els mitjans i coneixements al seu abast, però mai amb una garantia objectiva d'obtenció d'un resultat. La veritat és que hi ha arguments per a pensar que això és així, i entre ells destaquen, en primer lloc, la enorme influència i desenvolupament del dret comunitari en relació al contracte de compravenda i, molt especialment, a la compravenda de béns de consum. En l'actualitat ja contem amb la nova Directiva sobre drets dels consumidors, que innova en alguns aspectes l'anterior 1999/44/CE sobre vendes de consum²⁰⁸. Aquest acostament entre la compravenda i el contracte

operar en el context d'obligacions de mitjans. Una diferència entre el resultat pactat i el resultat real és, en tals obligacions, una condició necessària i suficient per a l'existència d'incompliment. En sentit contrari, quan l'obligació s'identifica amb l'adopció d'una sèrie de mesures apropiades per a l'obtenció del resultat, llavors la diferència entre el resultat esperat i el qual de fet s'ha assolit no constitueix condició suficient ni necessària per a l'objectiu de reclamar responsabilitats. En el mateix sentit, O. LANDO, "Non-performance (breach) of contracts", p. 507.

²⁰⁷ Cf. A. M. MORALES MORENO, *La Modernización...*, pp. 19 i 20. Recentment ha tornat a desenvolupar aquesta idea en el seu treball *Incompliment del contracte i lucre cessant*, Madrid, 2010, p. 29 et seq. Vegi's també el comentari de N. FENOY a la noció de incumplimiento contractual continguda en la proposta de modificació del Codi civil, N. FENOY PICÓN, "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento", *ADC*, 2010, pàg. 69-70.

²⁰⁸ Directiva 2011/83/EU de 25.10.2011. Vegi's referent a això, J. LETE ACHIRICA, "La propuesta de directiva sobre drets dels consumidors: nihil novum sub sole?", en M^a P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Riu*, Cizur Menor, 2009, p. 494-495; M. W. HESSELINK, "The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?", *European Review of Contract Law*, 2009, p. 290 ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, "Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR", en G. HOWELLS, R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009, p. 29 ss; M. EBERS, "De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *InDret* 2010/2, p. 9-10; M. P. GARCÍA RUBIO, "La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo", *La Ley*, 2003, p. 1529 ss; A. M. MORALES

de serveis es manifesta, per exemple, en l'apartat (2) de l'article IV.C 2:106 en el qual, a la manera que es regula en l'àmbit de la compravenda, es fa referència expressa a les regles sobre la conformitat jurídica dels béns transmesos al client com a conseqüència del contracte de serveis, referint-se a aquells supòsits en els quals el servei duu amb si el lliurament al client del bé produït o transformat pel prestador del servei²⁰⁹. El segon argument fa referència a la pròpia sistemàtica i a la manera d'elaboració de la normativa sobre contracte de serveis continguda en el DCFR. En efecte, s'ha esmentat ja que la redacció i desenvolupament del capítol 2, part general sobre contracte de serveis, va ser posterior en el temps a la dels capítols sobre contractes de serveis en particular, emprant un mètode d'abstracció dels trets comuns a tots els contractes estudiats. En aquest sentit, si finalment es va introduir aquest article IV.C 2:106 sobre el resultat específic, com a mínim hem d'entendre que es presumeix la seva aplicació a tota modalitat de servei, excepte pacte en contrari²¹⁰. Per altra banda, l'opció del DCFR per elaborar una única categoria de servei que abrasi també als contractes d'obra, els quals apareixen sistematitzats com una modalitat més juntament amb altres models d'activitat que de forma general es qualifiquen com obligacions de mitjans, revela així mateix una voluntat de supressió de la distinció doctrinal que separa radicalment obres i serveis, un acostament al concepte general de servei com una obligació de resultat, traslladant al concepte general alguna de les característiques del contracte d'obra²¹¹.

En definitiva i seguint aquest raonament, sembla necessari analitzar aquesta disposició, no aïlladament ni com punt de partida, sinó des de l'esment que del

MORENO, "Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa", *Anuari de Dret Civil*, 2003, p. 1623-1626.

²⁰⁹ Cf. la similitud entre aquest art. IV.C 2:106 (2) i els arts. IV.A 2:305 i 2:306. Ja s'ha esmentat que el concepte de falta de conformitat pretén ser omnicomprensivo de qualsevol modalitat d'incompliment contractual, després ha d'incloure tant la conformitat material del bé que es transmet com la conformitat jurídica, és a dir, la qual encara el Codi civil espanyol regula com evicció i sanejament per vicis i gravàmens ocults. Vegi's el comentari de J.F. ORTEGA DÍAZ "Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general", *RCDI*, 2008, p. 236, respecte al fet que tradicionalment les obligacions de donar han gaudit d'un major protagonisme.

²¹⁰ Cf. *DCFR Full Edition*, vol. 2, Comentari C a l'art. IV.C 2:106, p. 1656.

²¹¹ La regulació en la part especial d'aquesta part IV.C de diversos models d'activitat encuadrables dintre de la noció de contracte d'obra, com ho és clarament la construcció o el disseny de projectes, permet entendre que les característiques d'aquells contractes en els quals el resultat de la prestació és un element material que es lliura al client adquireixen protagonisme a l'hora de configurar el tipus contractual.

resultat i de la conformitat s'efectua en la part especial del Llibre IV.C. Així, pot dir-se que la noció de conformitat és la mateixa que el dret europeu preveu per als béns venuts²¹² en aquelles modalitats contractuals en les quals s'esmenta:

- art. IV.C 3:104(1) en matèria de contracte de construcció²¹³,
- art. IV.C 5:105 (3) en matèria de contracte d'emmagatzematge²¹⁴ i
- art. IV.C 7:105(1) en matèria de contracte d'assessorament²¹⁵.

La conformitat o no de la prestació s'obté de la comparança entre la prestació real i la ideal segons es va acordar al concloure el contracte, prenent com paràmetre de la comparança el resultat que espera obtenir el client; de fet, l'article IV.C 3:104 es presenta oficialment com una aplicació i concreció de l'article IV.C 2:106 que assenta l'obligació d'obtenir un resultat com característica definitòria del contracte de serveis²¹⁶. Els redactors d'aquest article assenyalen que la responsabilitat per la qualitat del resultat és objectiva²¹⁷ sense que el client hagi de preocupar-se pel procés seguit pel prestador, tret que observi anticipadament la inidoneïtat, supòsit que cal tenir en compte l'art. IV.C 2:110 sobre l'obligació de notificar la falta de conformitat. A més, es tenen en compte les legítimes expectatives de la part. D'una banda, el construït ha de ser idoni per a aquelles fins generals per als quals s'usaria una construcció del mateix tipus. Però, a més, ha de ser idoni per a la fi concreta que de manera expressa o implícita el client hagi fet saber al constructor en el moment de la conclusió del contracte o en el moment d'introduir alguna modificació contractual d'acord amb l'art. IV.C 2:109. De manera similar, per al contracte d'emmagatzematge es preveu que existeix falta

²¹² El servei realitzat ha de complir objectivament amb els paràmetres de quantitat, qualitat i descripció indicats en el contracte.

²¹³ "(1) El constructor ha de garantir que l'estructura construïda és de la qualitat i classe establertes en el contracte. Quan hagi de construir-se més d'una estructura, la quantitat també haurà de ser conforme amb el contracte".

²¹⁴ "Si, donada la naturalesa del bé o del contracte, no cap raonablement exigir que es retorni el mateix bé, l'emmagatzematge no serà conforme al contracte si el bé que es retorna no està en el mateix estat que el qual es va lliurar per al seu emmagatzematge, o si no és de la mateixa classe, qualitat i quantitat o si la propietat del bé no es transmet de conformitat amb el disposat en l'apartat (6) de l'Article 5:104 (Devolució del bé emmagatzemat) del Capítol C del Llibre IV". El comentari A de el DCFR, p. 1823, assenyalava expressament que ens trobem davant una obligació de resultat.

²¹⁵ "(1) L'assessor ha de proporcionar informació que sigui de la quantitat, qualitat i tipus requerits pel contracte". Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari A, p. 1905, segons el qual tret que les parts qualifiquin en el contracte l'obligació com de mitjans, aquesta serà de resultat.

²¹⁶ *DCFR Full Edition*, Comentari A art. IV.C 3:104: "is a specific application and refinement of IV.C.-2:106 (...). The client may expect that the result will be achieved", (p. 1717).

²¹⁷ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentaris B i D art. IV.C 3:104, pàg. 1717 i 1719.

de conformitat quan la cosa no es retorna al client en l'estat que aquest podia raonablement esperar (art. IV.C 5:105 (2)). En definitiva es combina l'enfocament objectiu (la quantitat, la qualitat, la descripció, el tipus) amb el subjectiu (les expectatives del client, que han de tenir la nota de raonabilitat). Aquest quadre es completa amb la invocació que efectua l'art. IV.C 6:104 (1) al resultat promès dintre de la regulació del contracte de disseny²¹⁸. En aquest contracte, les expectatives del client es objectivitza fins a arribar al resultat: només hi ha conformitat i, per tant, compliment, si el disseny permet arribar a un resultat específic, encara que alhora s'invoqui la diligència (*skill and care*), així com la rellevància de les instruccions del client a l'hora d'enjudiciar el resultat obtingut.

Només en el contracte de tractament mèdic²¹⁹ i en el *de processing* o treball efectuat sobre un bé ja existent, no s'observa referència alguna a la conformitat. Ara bé, pel que a aquest últim es refereix, la mateixa idea pot trobar-se subjacent en l'art. IV.C 4:105, que preveu la facultat del prestador de serveis de retornar la cosa si té el servei per *sufficiently completed*, en aquest cas el client pot rebutjar la devolució “*quan el bé no sigui apte per al seu ús segons la fi concreta per al qual va contractar el servei*”. És clar que, encara que no s'usi expressament el terme conformitat, el seu concepte batega en aquest text legal, doncs la conformitat suposa la idoneïtat de la prestació realitzada en relació amb la prestació dissenyada tenint en compte les expectatives legítimes del client²²⁰.

Pot concloure's que en el DCFR la conformitat és un criteri general de valoració de la prestació en el contracte de serveis que es dissenya? Podem entendre que en aquest treball acadèmic, l'obligació de fer del prestador de

²¹⁸ (1) “*El disseny sol és conforme al contracte quan permet al seu usuari obtenir un resultat específic mitjançant l'execució del disseny aplicant la competència i diligència que cap raonablement exigir*”.

²¹⁹ En el qual es parla per contra d'una obligació de *skill and care*, cf. art. IV.C 8:104.

²²⁰ En contra d'aquesta apreciació sobre la normativa relativa al contracte de *processing*, I. ARROYO AMAYUELAS “Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya donis del marc europeu”, Ponència presentada en les XVI Jornades de Dret Civil Català celebrades a Tossa de Mar, al setembre de 2010, pendent de publicació), fa notar que el DCFR ha suprimit l'art. específic sobre conformitat d'aquest capítol, que sí existia en el seu precedent, l'art. 3:105 PEL SC. L'autora entén que amb aquesta decisió es pretén fer notar que en aquest tipus de contracte no sempre és possible pactar o esperar un resultat concret, encara que al mateix temps reconeix que una de les variants importants entre el PEL SC i el posterior DCFR és que s'ha procurat corregir algunes reiteracions innecessàries i la veritat és que el citat art. 3:105 PEL SC era idèntic que el contingut en l'art. 1:108 PEL SC, en seu de part general, equivalent a l'IV C 2:106 DCFR que estem comentant.

serveis es configura, sempre i en tot cas, com una obligació de resultat? Pot afirmar-se que si en tots els supòsits que el prestador de serveis s'obliga a obtenir un determinat resultat, la qual cosa es presumirà per a tot contracte de serveis, tret que altra cosa resulti dels pactes entre les parts o del concret tipus contractual. Precisament per això, i *a sensu contrari*, hem d'entendre que cap que les parts configurin el contracte de serveis com de mera activitat convertint la prestació en una obligació de mitjans. Si així ocorre, el prestador de serveis s'obliga simplement a realitzar una activitat diligent i aquesta pretesa objectivitat de la conformitat s'esvaeix. A partir d'aquesta situació hi ha autors que entenen que pot referir-se la conformitat a l'apreciació de la diligència exigible, entenent que el resultat ho constitueix el propi servei efectuat aplicant els coneixements pericials exigibles, però que la punta no acaba de ser complet²²¹.

Però, per què no hem de cridar resultat també a la prestació correcta, diligent, del servei? Simplement pel fet que el client no pugui aspirar a arribar a, a càrrec del deutor i en tot cas, el resultat final perseguit per ell, mitjançant aquest servei? El contracte és només un eslavó en la cadena d'organització dels interessos dels subjectes que intervenen en ell. Com tal té una funció definida i limitada. I el resultat final d'obtenir, per exemple en el cas de l'assessorament jurídic, una sentència estimatòria en el Jutjat, no pertany a l'àmbit de protecció del contracte. La necessitat d'atendre als deures de diligència en la prestació de serveis no implica que l'incompliment de tals deures deixi de ser un concepte neutre, ni impedeix, per tant, construir un concepte unitari d'incompliment²²². La culpa del prestador del servei expressa en aquests casos l'incompliment del contracte que no s'ha executat amb la qualitat requerida. La

²²¹ Aquesta podria ser l'explicació que en la part general del contracte de serveis, encara que s'imposa l'obligació d'obtenir el resultat específic, no es defineix en què consisteix la conformitat per a totes les prestacions de serveis i això per les evidents dificultats de translació d'aquesta noció objectiva als supòsits en els quals no hi ha un resultat al que s'hagi obligat la part. Cf. A. VAQUER ALOY, "El principio de conformidad: supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *ADC*, 2011, pàg. 5-39. Vid també J.F. ORTEGA DÍAZ "Hacia un concepto clarificador del servicio...", p. 249 et seq.; C. VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, Madrid, 2009, p. 464 ss.; J. FROSSARD, *La distinction donis obligatos de moyens et donis obligations de résultat*, París, 1965, pàg. 135-137, C. JANSEN, "Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method" en R. ZIMMERMANN (ed.), *Service Contracts*, Tübingen, 2010, p. 51 et seq. També m'he ocupat d'aquest aspecte en el meu treball "Qüestions sobre el contracte de serveis dissenyat en el Marc Comú de Referència", *InDret 3/2008*, p. 13 et seq.

²²² Seguim en aquesta idea, al peu de la lletra, la tesi de MORALES MORENO en E. BARROS BOURIE, M. P. GARCÍA RUBIO i A. M. MORALES MORENO, *Derecho de daños*, Madrid, 2009, p. 208.

utilització de la noció de culpa no impedeix afirmar que en aquest cas l'incompliment és també la falta de realització de les exigències del contracte. Tornant a la interpretació literal de l'article, cabria insistir en la qüestió de l'autonomia privada de les parts²²³ com principal criteri per a determinar en cada cas la configuració de l'obligació del prestador del servei: segons resa el 2:106 si les parts han pactat expressament en el contracte l'obtenció d'un resultat, aquest ha de ser aconseguit pel deutor –encara que *a priori* sembli improbable o molt difícil- per haver-se compromès a això expressament. Així, no rep el mateix tractament el resultat que es va prometre al client i el resultat que, no trobant-se expressament declarat en el contracte, pot esperar-se pel client en atenció al criteri de la raonabilitat. Si el resultat es va pactar, es considerarà obtingut quan el client aconsegueix els objectius materials o immaterials específics que es va proposar a l'encarregar el servei, això és, les seves legítimes expectatives. D'aquí la importància d'una correcta informació i advertiment precontracte que permeti al client delimitar aquests objectius, saber exactament el que pot esperar del servei que està encarregant i plasmar-lo en el contracte de serveis. Però si el resultat no es va preveure, el deutor haurà d'arribar a el resultat previst pel creditor sempre que sigui el resultat *raonable*, terme jurídic heretat dels PECL i certament indeterminat, respecte del que fàcilment cap que les parts tinguin punts de vista divergents en cas de conflicte²²⁴. S'entén que l'agent ha de portar a terme, almenys, una prestació de qualitat mitja. Però a més, en el cas de resultats previstos pel client però no declarats en el contracte, l'article IV.C 2:106 exigeix que el client no tingui cap raó per a creure que existeix un risc considerable que la prestació del servei no conduirà a l'obtenció del resultat. Això implica que el compliment dels deures d'advertiment per part del prestador del servei impediria que el client pogués exigir un resultat raonable o de qualitat mitja perquè no podrà acreditar que ignorava els riscos aparellats a la realització del servei que va contractar. En

²²³ A. VAQUER ALOY, "El principio de conformidad... p. 30 i 31, insisteix que el dret europeu realça el rol de l'autonomia de la voluntat en la determinació de la conformitat; de la mateixa manera i específicament per al contracte de serveis, vegi's també J.F. ORTEGA DIAZ, "Hacia un concepto clarificador de servicio...", p. 250.

²²⁴ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari C a l'art. IV.C 2: 106, p. 1657; VAQUER formula una crítica del DCFR precisament perquè recorre amb massa freqüència a conceptes jurídics indeterminats com el de la raonabilitat, "El Marco Común de Referencia" en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, p. 254.

aquests casos, igual que quan les pròpies parts configuren en el contracte l'obligació de fer com de mitjans, la no consecució del resultat no provoca automàticament l'incompliment del deutor, sinó que és necessari tenir en compte altres factors com l'observança dels deures d'informació, tan importants dintre de la construcció europea del dret d'obligacions o, fins i tot, el fet que la no consecució del resultat es derivi del seguiment fidel de les instruccions del client en la realització de la prestació.

Finalment es pot parlar de l'obligació de notificar amb anticipació la falta de conformitat recollida en l'article IV.C 2:110:

Obligació del client de notificar anticipadament la falta de conformitat

(1) El client ha de notificar al prestador del servei si arriba a conèixer durant el període d'execució de la prestació que el prestador no assolirà complir amb l'obligació prevista en l'art. IV. C – . 2:106 (Obligació de resultat)

(2) Cap presumir que el client coneix tal situació si en atenció als fets i les circumstàncies conegudes pel client de manera manifesta, és raonable que així sigui.

Si entén que és molt més convenient per a ambdós que el prestador del servei sàpiga, com més aviat, que la seva activitat o tasca no mereix l'aprovació del seu client. Ambdues parts contractuals tenen en joc la satisfacció dels seus recíprocs interessos, el client l'obtenció dels objectius per als quals va formular l'encàrrec i el prestador del servei, el cobrament de la remuneració pactada. Per a l'eficàcia d'aquesta obligació l'article IV.C 2:103 –dintre de l'elenc de deures de recíproca cooperació que afecten a ambdues parts contractuals- imposa al prestador del servei l'obligació de mostrar el seu treball, de permetre al client comprovar que està observant les seves obligacions contractuals.

AL meu parer aquesta activitat suposa un plus d'exigència per al client, que no troba el seu fonament en la norma general del propi DCFR (art. III 3:107)²²⁵, en la qual es fa referència al *temps raonable* per a descobrir la falta de conformitat

²²⁵ III 3:107: *Failure to notify non-conformity. (1) If, in the case of an obligation to supply goods, other assets or services, the debtor supplies goods, other assets or services which do not conform with the terms regulating the obligation, the creditor may not rely on the lack of conformity unless the creditor gives notice to the debtor within a reasonable time specifying the nature of the lack of conformity. (2) The reasonable time runs from the time when the goods or other assets supplied or the service is completed or from the time, if it is later, when the creditor discovered or could reasonably be expected to have discovered the non-conformity. (3) The debtor is not entitled to rely on paragraph (1) if the failure relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor. (4) This Article does not apply where the creditor is a consumer.*

sense imposar que sigui *anticipadament*. També s'allunya de la regulació vigent per a la compravenda en la qual la notificació de la falta de conformitat sempre es preveu *a posteriori* i eximint d'aquesta càrrega al client que té la condició de consumidor²²⁶. El apartat (1) d) de l'article IV. C 2:103, en seu d'obligacions de cooperació imposa, no al client sinó al prestador del servei l'obligació de possibilitar el compliment d'aquesta càrrega de notificar la falta de conformitat, doncs ha de donar l'oportunitat al seu client de comprovar que està observant i com està observant les seves obligacions contractuals. Aquesta norma no assenyala que entre els deures de cooperació del client es trobi el deure inspeccionar, només és al prestador del servei a qui s'imposa permetre la inspecció del seu treball per part del client. Això es reafirma a més, de forma expressa en l'art. IV.C 3:105 referit a l'execució d'una obra²²⁷, i així es defensa a més en els comentaris oficials al DCFR, que insisteixen en la idea que no s'imposa cap investigació al client sobre l'actuació del prestador dels serveis²²⁸. Després, si no té la càrrega o obligació expressa d'inspeccionar i supervisar durant l'execució del contracte com pot ser responsable per no haver advertit anticipadament al prestador del servei de la falta de conformitat del contracte? I si quan el client percep la falta de conformitat, ja no cap el compliment²²⁹, de

²²⁶ Cf. DCFR IV.A 2:307, 2:308 i 2:309.

²²⁷ Cf. IV.C 3:105: "*The client may inspect (...), but is not bound to do so*". Il únic veritablement obligat per la norma és el prestador del servei, que haurà de mostrar l'obra parcialment realitzada o els materials emprats al seu client perquè aquest pugui inspeccionar-los. El que cap són els pactes contractuals i així l'apartat segon d'aquest article preveu que si hi ha pacte contractual de mostrar l'obra, el prestador del servei no podrà seguir treballant fins que observi aquesta obligació i obtingui l'autorització del client. En definitiva, en aquesta mútua tasca de cooperació de les parts durant el desenvolupament de la prestació de fer, la balança s'inclina a favor del client, en la majoria dels casos consumidor o, com menys, persona no experta en la matèria que fa referència el servei encarregat. El client té la facultat d'inspeccionar, mai l'obligació de fer-lo ni, per descomptat, la necessitat d'assessorar-se o sol·licitar consell per a poder sospesar, després de la inspecció de la tasca realitzada, si l'obra iniciada arribarà a o no conformitat amb el previst en el contracte.

En la mateixa línia, aquesta possible actuació defectuosa o ineficaç del client al realitzar la supervisió de la tasca no eximeix en absolut a l'executor de l'obra d'arribar a la conformitat o el resultat previst. No es considera causa d'exoneració de la responsabilitat, que és imputada a l'incomplidor amb base en criteris objectius, el fet que el client hagi supervisat l'obra, fins i tot atorgat la seva acceptació, de forma errònia: IV.C.- 3:105(3) "*L'absència d'inspecció, supervisió o acceptació, o la seva realització inadequada, no eximeix al constructor total ni parcialment de la seva responsabilitat. Aquest article també és d'aplicació quan el client té l'obligació contractual d'inspeccionar, supervisar o acceptar el bé o la seva construcció*".

²²⁸ Cf. DCFR Full Edition, Comentario A a l'art. IV.C 2:110, p. 1637.

²²⁹ Cf. DCFR Full Edition, Comentario A a l'art. IV.C 2:110, en la *Illustration I* es fa referència a la situació en la qual és el client el qual adverteix al seu advocat de l'existència d'un termini més breu de prescripció que el qual aquest li va esmentar per a l'apel·lació d'una sentència desestimària. En aquest cas és clau el moment en el qual el client percep l'error del seu

què serviria llavors notificar al prestador del servei? Té sentit imposar aquesta càrrega jurídica al client que encarrega un servei en el qual el resultat no pot ser garantit *a priori* pel prestador? Podria imputar un metge al seu pacient la falta d'advertiment d'aquesta circumstància?

El DCFR pretén establir com un element determinant a valorar en els supòsits de responsabilitat, l'actitud del propi client que va sol·licitar el servei, la seva obligació de mantenir una actitud de col·laboració, però no calibra completament les conseqüències pràctiques de la regulació que proposa. En efecte, a partir del deure cooperació que afecta al client s'equilibra entre ambdues parts contractuals la imputació del risc sobre la bona fi del negoci, i això fins a tal punt que l'apartat (3) d'aquest article preveu que si la falta d'advertiment sobre la no conformitat fa que el servei resulti més car o comporti més temps que l'acorda't en el contracte, el prestador del servei podrà reclamar una indemnització pels perjudicis soferts. Davant la qual cosa cap preguntar-se es portarà a terme una compensació entre la indemnització reclamable al client que no va advertir i la indemnització que, si escau, haurà d'abonar el propi prestador del servei per la falta d'obtenció del resultat pactat en contracte? I si, a pesar de la falta d'advertiment pel client, el propi prestador del servei s'adona del seu error i ho rectifica a temps, assolint la conformitat del contracte de serveis? Cabrà llavors reclamar al client una indemnització per la falta d'advertiment?

Juntament amb la indemnització, també es preveu el remei del reajustament del termini pactat per a executar la prestació, però això solament podrà tenir lloc en els casos que l'execució de la prestació encara sigui possible. Perquè l'habitual és que aquesta falta de preavis s'al·legui pel prestador del servei, precisament quan sofreix la reclamació del client per la inadequada execució de la seva prestació. Si tornem la mirada a l'art. IV.C 2:103, el seu apartat (3) preveu aquests mateixos remeis quan té lloc qualsevol incompliment del client del seu deure cooperació. Al meu parer resulta totalment excessiva la imposició de tals remeis al creditor del servei, per l'incompliment del que no pot ser sinó una càrrega, que només en alguns casos podrà ser observada pel client. L'únic supòsit en el qual sí podria considerar-se ajustada aquesta normativa sobre els

advocat, perquè si el termini s'ha extingit quan s'adona i l'hi adverteix, ja gens podrà fer l'assessor jurídic per a assolir la conformitat.

remeis imposats al client del contracte de serveis és aquell en el qual les parts, per via d'acord, haguessin establert l'obligació contractual del client d'inspeccionar, supervisar o controlar l'actuació del professional o empresari que executa el servei. En aquest cas, el prestador del servei, demandat per falta de conformitat del resultat obtingut amb els pactes en contracte, podria imputar al seu client la falta d'advertiment d'aquesta circumstància.

També dintre de l'àmbit de l'incompliment objectiu del prestador del servei, és necessari considerar l'últim apartat de l'art. IV.C 2:105 que fa referència a la responsabilitat objectiva pels danys causats per serveis defectuosos:

(5) Les obligacions previstes en el present article exigeixen, en particular, que el prestador del servei adopti les mesures preventives raonables per a evitar que es produeixin danys com a conseqüència de la prestació del servei.

Aquesta disposició exigeix al prestador del servei l'adopció de totes les mesures que puguin considerar-se raonablement necessàries per a evitar causar danys en el desenvolupament del servei. Es tracta, novament, d'una importació de la normativa comunitària que ja és dret vigent en el nostre país, sobre protecció als consumidors, en concret, sobre la responsabilitat per danys causats per serveis defectuosos²³⁰, encara que en la normativa del DCFR no és una obligació només imposada en els casos que el servei es presta a un client-consumidor.

Procedeix ara plantejar-se la possible compatibilitat d'aquest nou concepte d'incompliment objectiu en les obligacions jurídiques amb el nostre ordenament jurídic. I el camí és l'anàlisi en primer lloc de les resolucions judicials. Trobem plantejaments afins als del *soft law* de dret contractual europeu en algunes sentències del Tribunal Suprem, un exemple destacable serien les dictades dintre del sector de les professions jurídiques, que han començat a considerar "negligents" totes les conductes que són inactives (no presentació d'un recurs en termini, no sol·licitud de mitjans probatoris, no notificació d'una sentència) i fins i tot a considerar el criteri de la raonable certesa de la prosperabilitat de l'acció no interposada, per a condemnar sobre aquesta base, al professional

²³⁰ Article 128 i concordants TRLGDCU. Cf. C. GÓMEZ LIGÜERRE, "Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos", *RDP*, 2009, nº 7-8, pàg. 49-80; A. ORTI VALLEJO (dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Cizur Menor (Navarra), 2006.

que ha fet perdre la seva oportunitat al client²³¹. Des d'una perspectiva més àmplia si analitzem la conformitat del treball que porten a terme els assessors, no només juristes sinó qualsevol expert que aconsella o proporciona un dictamen sobre una matèria de la seva especialitat, podem assenyalar que l'incompliment s'està objectivitzant en tots els supòsits d'omissió d'informació certa al client. Així, en la STS de 14.5.1999.²³² es descriu el supòsit de fet següent: seguides unes diligències prèvies com a conseqüència de la defunció del fill dels actors en una piscina municipal, el Jutjat d'Instrucció va dictar sobreseïment i arxiu de les mateixes. L'advocat va notificar aquest fet als seus clients, però sense fer-los saber que disposaven de la via civil. Quan els clients van tornar a comunicar-se amb l'advocat, ja havia transcorregut el termini d'un any per a l'exercici de l'acció civil. El TS va dir:

“Doncs bé, tot i que no constés que el citat lletrat hagués assumit una obligació genèrica de defensar els interessos del matrimoni actor en tota classe de procediments a l'haver estat designat en un apoderament ‘apud acta’ en punt a la defensa en les concretes diligències penals que van decidir personar-se, no hi ha dubte alguna que en la carta que els va dirigir en la data 6 de febrer, no hagué d'haver-se limitat a aconsellar que no mereixia la pena recórrer l'acte de sobreseïment de les referides actuacions penals, en tant que en bona tècnica jurídica i en compliment del deure confiança que en ell havien dipositat els seus clients i a tenor de les diligències corresponents al bon pare de família que imposa l'article 1.104 Cc, hauria d'haver estès el consell a les possibilitats de defensa d'una reclamació en l'ordre civil per culpa contractual o extracontractual, i a la conveniència de mantenir una entrevista immediata amb el matrimoni per a explicar-li amb detall l'abast i significat de tals possibilitats, (...) que en una entrevista celebrada en data molt posterior, al juny de 1993, els indiqués aquell ‘que quedava l'acció civil’, doncs aquestes circumstàncies manquen de rellevància respecte a desvirtuar l'omissió inicial que va incórrer en la carta de referència”.

²³¹ Cf. SSTS de 15.2.2008, RJ 2670; 18.7.2008, RJ 4720; 23.7.2008, RJ 7063; 22.10.2008, RJ 5787, entre unes altres.

²³² RJ 3106. Vegi's també SSTS 14.12.2005, RJ 1225, i 23.3.2007, RJ 1542.

També és d'especial rellevància per la seva descripció objectiva del contingut de l'obligació d'informar i assessorar, la SAP de Barcelona de 6.9.2002 que assenyala literalment:

“L'obligació genèrica indicada que imposa a l'advocat atenir-se a les exigències tècniques, deontològiques i morals adequades al cas encomanat, inclou la d'oferir als seus clients la informació necessària perquè els mateixos, amb coneixement de causa, puguin optar per una o altra actuació o per abandonar qualsevol pretensió indemnitzatòria”²³³

La SAP de Castelló, de 21.1.2004 es refereix als coneixements tècnics exigibles a un assessor fiscal, exigència que podria perfectament fonamentar-se en la dicció de l'art. IV.C 7:103. Està clar que l'absència d'aquest coneixement especialitzat impedeix que l'assessorament prestat en matèria impositiva sigui de la quantitat, qualitat i tipus requerits en el contracte, després, evidentment, es pot predicar la falta de conformitat del contracte únicament sobre la base de la insatisfacció de l'interès del client, que en aquest cas va rebre una notificació d'Hisenda declarant la caducitat del seu dret a demanar la devolució de l'IVA. Assenyala l'Audiència Provincial:

“(…), i per descomptat no és aliena a aquesta exigència que un assessor fiscal exposi al seu client el risc que el seu crèdit tributari pugui caducar per la seva compensació tardana en el temps, ni tampoc ho és el coneixement de la normativa sobre la caducitat del dret a compensar continguda en una Llei d'àmbit nacional com ho és la Llei de l'IVA referint-nos a l'article 99.5, ni tampoc ho és el conèixer els criteris seguits per la Delegació d'Hisenda del territori on precisament es van a presentar les declaracions-liquidacions d'IVA sobre aquesta caducitat del dret de compensació, doncs tot aquest coneixement s'enquadra dintre del contingut propi de la prestació d'assessorament que el demandat ha de portar a terme en un correcte compliment del seu contracte d'arrendament de serveis, i que, d'haver-se exposat al seu client bé podia haver evitat la declaració de caducitat que va portar a terme la AEAT”²³⁴.

Totes aquestes resolucions mostren un clar esforç dels nostres tribunals per considerar la conducta objectiva i el resultat susceptible de ser garantit al contractant del servei. Sense perjudici que, a més, en el cas concret calgui

²³³ RJ 275680.

²³⁴ AC 115.

atendre a les circumstàncies que influeixen, tals com la informació al client per part del professional, o el comportament d'aquest, que possibilita o dificulta la realització d'un servei correcte. Per exemple, en la nostra jurisprudència menor, en la seu de la qual es resolen multitud de conflictes relatius a la prestació de serveis que no arriben a la quantia suficient com per a accedir a cassació, cap destacar la Sentència de l'Audiència Provincial de Ciudad Real núm. 223/2007 (Secció 1), de 31 juliol, que sanciona la falta de cooperació del client per a l'obtenció del resultat²³⁵:

Quant a la doctrina i a les propostes legislatives, el canvi de rumb es manifesta a través de diversos factors, en primer lloc, la redacció d'una proposta d'avantprojecte de llei sobre el contracte de compravenda, en la regulació de la qual de l'incompliment s'ofereix un concepte general de conformitat objectiva²³⁶, encara que en la part general relativa a les obligacions el concepte encara no s'utilitza²³⁷. En el dret de consum la falta de conformitat convertida en dret vigent per imposició de la norma comunitària, és el concepte clau²³⁸. Així, i després de la senda oberta en seu de contracte de compravenda, cap assenyalar que en l'àmbit de la prestació de serveis la tendència, encara no del legislador però sí de la doctrina i de la jurisprudència, és la poder amidar el compliment per paràmetres objectius o objectivables²³⁹.

²³⁵ “L'obligació dels tallers de respondre de les reparacions que efectuen, encara que per a això és necessari que l'usuari comuniqui al taller el defecte en la reparació i posi el seu vehicle a la disposició del taller perquè per aquest es pugui efectuar la reparació sobre la base d'aquesta garantia o designar altre taller per a la qual l'efectuï. Si l'usuari no posa el cotxe en poder del taller és evident que gens pot exigir a aquest amb vista a la reparació (a més de que les normes abans indicades estableixen terminis per a poder fer ús d'aquesta garantia), i això és, com reiteradament s'ha dit, el que ocorre en el present cas”, AC 2285.

²³⁶ Art: 1474 Avantprojecte: “La cosa lliurada haurà de ser conforme amb el contracte en quantitat, qualitat i tipus i haurà d'estar embalada o envasada en la forma que resulti del contracte. El lliurament de cosa diferent de la pactada s'equipara a la falta de conformitat”.

²³⁷ Cf. arts. 1188 et seq. del Capítol VII dedicat a l'incompliment.

²³⁸ Art. 114 ss TRLGCU. L'art. 116 intenta concretar el contingut del concepte de conformitat dels béns venuts que, àdhuc amb certes dificultats pot aplicar-se a la prestació que ha de realitzar el prestador de serveis. Es presumeix que el producte és conforme si: hi ha conformitat amb l'oferta, si hi ha aptitud per a l'ús al que habitualment es destinen els béns o per a les fins específiques per als quals el client els va encarregar, i si presenten la qualitat i prestacions habituals que cap esperar en funció de la naturalesa del bé. Vegi's A. CARRASCO PERERA, “Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach”, en S. ESPIAU ESPIAU, A. VAQUER ALOY, *Bases de un derecho contractual europeo*, València 2003, p. 297 et seq.

²³⁹ També a Itàlia s'observa aquesta tendència, vegi's el comentari de NICOLUSSI a la Sentència de cassació de 1.1.2008 (“Sezione sempre ù unite contro la distinzione fra obbligazioni digues risultato i obbligazioni vaig donar mezzi. La responsabilità del medico”, en *Danno i responsabilità*, n° 8-9/2008, p. 872) que resumeix amb aquestes expressives paraules: “Dóna Cass. s.o. 15781/2005 a Cass. s.o. 577/2008: il commiato dalla distinzione fra

b. L'obligació d'observar una conducta diligent. Perícia, habilitat i cura.

L'article IV.C 2:105 representa, en una primera lectura i com a mínim, un desenvolupament normatiu important dels criteris d'imputació de responsabilitat a l'agent en el contracte de serveis. Ha de considerar-se conjuntament amb el següent article comentat extensament en l'apartat anterior, l'IV.C 2:106, ja que només a través de l'exegesi conjunta d'ambdues disposicions és possible extreure una visió completa de complex sistema d'imputació de la responsabilitat del prestador de serveis establert en el DCFR. Tot prestador d'un servei, sigui el que sigui el tipus d'activitat que realitzi, ha d'observar la seva obligació de treballar amb diligència i aplicant els seus coneixements o habilitats a l'acompliment de la seva tasca. Els criteris que va plantejar el *Study Group* para cadascun dels sis models bàsics d'activitat en el PEL SC²⁴⁰, s'han concretat en el DCFR, en aquest article de la part general per a tots els contractes de serveis, en un intent d'abstreure el que de comú hi ha quant a l'obligació de diligència i habilitat que es predicaven de cada model d'activitat contemplada en la part especial.

IV. C. - 2:105: Obligació de perícia i diligència

(1) El prestador del servei ha d'executar-lo:

(a) amb la diligència i coneixements i perícia d'un prestador de servei raonable segons les circumstàncies;

(b) de conformitat amb la norma jurídica o altra norma vinculant aplicable al servei.

(2) Si el prestador del servei declara estar situat en un estàndard més alt de diligència i perícia que el prestador raonable, haurà d'exercitar-les en aquest grau superior.

(3) Si el proveïdor de servei és, o pretén ser, membre d'un grup de professionals els estàndards dels quals de diligència han estat establerts per

obbligazioni vaig donar risultato i obbligazioni vaig donar mezzi i l'unitarietà della regola vaig donar responsabilità del debitore"

240 Cf. PEL SC, art. 1:107. Vegi's també art. 2:103 "*Duty of care of the constructor*"; art. 3:104 "*Duty of care of the processor*"; art. 4:105 "*Duty of care of the storer*"; art. 5:104 "*Duty of care of the designer*"; art. 6:104 "*Duty of care of the information provider*"; art. 7 "*Duty of care of the treatment provider*". A més d'aquest art. IV.C 2:105, tant el *designer* (IV.C 6:103), com el *information provider* (IV.C 7:104) com el *treatment provider* (IV.C 8:104) segueixen disposant en el DCFR d'una norma específica en la qual es matisa i concreta la seva obligació de diligència. S'ha suprimit, per contra, per al *constructor*, el *processor* i el *storer*. Cap destacar així mateix en relació a aquest precedent normatiu la substitució del terme anglès *duty* pel de *obligation* en el DCFR.

una autoritat rellevant o pel propi grup o col·lectiu professional, el prestador del servei ha d'exercitar la diligència i perícia expressades en aquestes normes.

(4) Per a la determinació de la diligència i perícia que el client té dret a esperar, ha de tenir-se en compte, entre altres coses:

(a) la naturalesa, magnitud, freqüència i previsibilitat dels riscos que la prestació del servei pot comportar per al client;

(b) si el dany ha ocorregut, els costos de les precaucions que haguessin previngut aquell dany o altre similar;

(c) si el prestador del servei és un professional o empresari;

(d) si el servei és onerós i, en tal cas, la quantia del preu;

(i) el temps raonablement disponible per a la prestació del servei.

(5) Les obligacions derivades d'aquest art. requereixen en particular del prestador del servei que prengui les precaucions raonables per a prevenir la causació de danys com a conseqüència de la prestació del servei.

Tot prestador de servei, sigui el que sigui el tipus d'activitat, a més de la conformitat objectiva del seu servei amb el contracte, ha d'observar la seva obligació de treballar amb diligència, i aplicant els seus coneixements o habilitats a l'acompliment de la seva tasca. O millor dita, perquè ha d'aconseguir el resultat objectiu que satisfaci l'interès del creditor, la seva conducta s'ajustarà a aquestes obligacions de perícia i cura. Avui dia el terme responsabilitat contractual és més ampli, atès que s'ha ampliat també el concepte d'incompliment i l'elenc de remeis que duu aparellat. Es tendeix a objectivar els supòsits d'incompliment per a facilitar el seu reconeixement i l'exigència de l'adequat remei per part del perjudicat. La qüestió radica llavors a dilucidar com ha influït aquesta nova concepció de la responsabilitat contractual en els acadèmics redactors del DCFR, a l'hora de delimitar la responsabilitat del prestador de serveis.

De l'anàlisi del contingut literal de l'article IV.C 2:105 es dedueix que la de diligència i perícia és una obligació amb diferents estrats o nivells d'exigència. En primer lloc, dintre de l'àmbit subjectiu, s'exigeix a l'agent un comportament d'acord amb el criteri de la raonabilitat. El terme *raonable* en els Principis del Dret europeu dels contractes s'utilitza per a expressar el que dues persones de bona fe col·locades en la mateixa situació que les parts consideren com a tal. En particular s'ha de tenir en compte la finalitat del contracte, les

circumstàncies del cas i els usos i les pràctiques dels professionals dels rams de l'activitat que es fa referència. S'aplica a diverses exigències, per exemple, el que pugues un esperar que l'altra part sàpiga o tingui en compte, el temps que deu la part esperar perquè les seves pretensions siguin observades per la contrapart, el preu que es considera equivalent al servei encomanat, o també com en aquest cas, els esforços que pugues un esperar que l'altra part realitzi²⁴¹. Entenc que el comportament raonable afectaria amb caràcter general tant a la perícia com a la diligència del prestador del servei. Al costat d'això, i de forma més específica l'habilitat o capacitat de l'agent pot seguir criteris interns relatius al bon fer propi de cada professió que s'identifiquen, en primer lloc, amb l'estàndard qualitat exigible a un col·lectiu o grup de professionals dotat de normativa pròpia en relació a la *lex artis ad hoc*, i, en segon lloc, amb l'obligació que es deriva per a cada professional individual o bé del prestigi adquirit en actuacions anteriors que avalen la seva capacitat personal, o bé del propi oferiment que pugui fer en el moment de l'oferta, d'una diligència superior a l'estàndard de conducta del seu grup²⁴². Aquest elenc de criteris constituïria l'element subjectiu de la responsabilitat contractual, que troba la seva raó d'ésser en la pròpia norma comunitària, la Directiva 123/2006 de serveis, en la qual el Capítol V titulat "Política de qualitat dels serveis" conté una sèrie de normes relacionades amb les obligacions precontractuals d'informació²⁴³, que serveixen per a determinar a priori en quin estàndard de qualitat es troba el prestador del servei en cada cas. El article IV.C 2:105 apartat (2) planteja la possibilitat que, dintre de l'oferta del prestador del servei i, per tant, dintre de l'àmbit de les activitats relacionades amb la publicitat i el màrqueting, el prestador faci referència al seu nivell de capacitat personal o al seu prestigi

241 Aquest sistema d'enjudiciament de la responsabilitat del prestador del servei es trobava d'alguna manera residenciat ja en els Principis UNIDROIT (consultable en castellà en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>). Així, l'art. 5.1.6 (Determinació de la qualitat de la prestació) identifica *razonabilidad* amb prestació de qualitat mitja: "Quan la qualitat de la prestació no ha estat precisada en el contracte ni pot ser determinada sobre la base d'aquest, el deutor deu una prestació d'una qualitat raonable i no inferior a la qualitat mitja, segons les circumstàncies". Cf. O. LANDO, H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, The Hague, 2000, pàg. 126-128.

242 Aquesta capacitat d'adquirir un compromís superior al de la mitjana es correspon amb la norma continguda en l'article IV.C 2:104, el qual quan es preveu el supòsit de subcontractació del servei, s'exigeix expressament que el subcontractista tingui també la capacitat i competència necessària per a realitzar el servei que se li sol·licita. Cf. el nostre comentari infra.

243 Cf. M. SCHAUER. "Contract law of the Services Directive", p. 6; M. SCHMIDT-KESSEL "Die Informationspflichten donis Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie", *GPR*, 2008, vol. 1, pàg. 63-79.

com professional i prometi un major nivell de qualitat que es convertirà, des d'aquest moment en un criteri per a enjudiciar la seva conducta. Així, la informació prestada al client, que forma part del contingut del contracte, fa plenament eficaç i exigible judicialment una major responsabilitat al prestador del servei pel que fa als seus particulars nivells de diligència i perícia. AL mateix temps, la pròpia obligació d'informar queda tipificada a través de la regulació específica referent a això.

Es pretén instaurar el dret del client –transportat des del dret de consum- a un determinat nivell de qualitat en el sector dels serveis. L'article 37 de la Directiva de serveis estableix un programa de convergència per als estats dirigit a la creació d'uns Codis de conducta a escala comunitària, en els quals haurien de desenvolupar-se el contingut de les obligacions de perícia i habilitat en les professions. Quin dubte cap que l'existència d'aquests instruments seria de gran utilitat als jutges per a qualificar les conductes que se sotmeten a la seva consideració en cada cas.

En l'àmbit dels criteris externs o independents de la capacitació de l'agent, per tant centrats més en la manera de comportament que significa diligència, o actitud correcta en el desenvolupament de la pròpia tasca, l'article IV.C 2:105 concreta bàsicament els següents criteris: primer l'obligació de respectar les normes imperatives que afectin si escau a cada sector d'activitat²⁴⁴, al que podríem afegir, per aplicació del principi d'autonomia de la voluntat al que es dóna especial primacia en el dret europeu²⁴⁵, obligació també imperativa per al prestador del servei de respectar els acords concrets continguts en el contracte de serveis sobre la forma de prestació del mateix. Així mateix, l'article es refereix a una regla de diligència consistent en la previsió i adopció de precaucions per a evitar causar danys a les persones o a les coses en l'acompliment de la tasca encomanada²⁴⁶, que té a veure amb la capacitat de preveure possibles riscos i ens remet a la norma també provinent del Dret de consum sobre la responsabilitat civil derivada dels danys causats per serveis defectuosos. De fet, sembla que el DCFR està convertint en objecte de la responsabilitat contractual qualsevol dany derivat, no pròpiament de

244 Art. IV.C 2:105 (1) b), el precedent de la qual és l'art. 1:107, 1, b) PEL SC.

245 Cf. *DCFR Principles* N° 3 a 11: *Contractual freedom*, pàg. 62-68.

246 Art. IV.C 2:105 (5) el precedent del qual és l'art. 1:107, 5 PEL SC.

l'incompliment de les obligacions principals i accessòries que conformen l'obligació de fer del prestador del servei sinó de la seva obligació de satisfer el servei sense causar dany al client²⁴⁷. Finalment, hi ha regles de diligència que convé esmentar encara que no estiguin recollides específicament en l'article IV.C 2:105, com ho és l'ocupació dels mitjans materials necessaris i adequats per a la prestació del servei. S'enjudiciarà la qualitat dels mateixos i la seva destinació únicament per a la fi o propòsit encarregat²⁴⁸. Quant a l'obligació d'informar-se sobre les circumstàncies en les quals el servei ha de ser realitzat, si aquestes són rellevants a l'efecte de l'obtenció del resultat²⁴⁹, no ha resultat transcrita expressament en DCFR, encara que es dedueix de la normativa relativa a les instruccions del client i a l'obligació del prestador de seguir-les fidelment²⁵⁰.

Per a acabar, l'apartat (4) d'aquest article estableix les prioritats i els aspectes a considerar en els casos que es denunciï l'existència d'incompliment del prestador del servei²⁵¹. Assenyala que per a la determinació de la cura i el bon fer que el client té dret a esperar haurà de tenir-se en compte la naturalesa, magnitud, freqüència i previsibilitat dels riscos que es deriven de la prestació de servei, el dany efectivament causat i els costos de les precaucions que podrien haver evitat aquest resultat danyós. Amb això es reitera la intenció dels autors del *draft* de vincular la diligència exigible amb el deure no causar danys, com si aquesta anés la seva principal expressió, per sobre del que podria entendre's tradicionalment com un deure perícia i diligència que afecta a l'obligació principal de fer que consisteixi el servei. Així mateix es considera en l'article IV.C 2:105, la possibilitat que el servei no sigui efectuat per un professional, o

247 Cf. A. ORTÍ VALLEJO, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, pàg. 36 et seq. i C. GÓMEZ LIGUERRE, "Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados...", pàg. 49 et seq., en el qual s'analitzen les normes del vigent TRLGDCU i s'estudia la possibilitat de predicar l'analogia entre el concepte de producte defectuós i servei defectuós a l'efecte d'aplicació dels remeis en favor del client consumidor.

248 També aquesta regla de qualitat es troba residenciada en l'art. IV.C 2:104 (3) DCFR, que té el seu precedent en l'art. 1:106, 3 PEL SC.

249 Cf. art. 1:105 PEL SC.

250 Cf. art. IV.C 2:107.

251 Pot trobar-se un precedent en els principis Unidroit, en l'art. 5.1.5 que assenyala que "Per a determinar en quina mesura l'obligació per una banda implica una obligació d'emprar els millors esforços o d'assolir un resultat específic, es tindran en compte, entre altres factors:

- (a) els termes en els quals es descriu la prestació en el contracte;
- (b) el preu i altres termes del contracte;
- (c) el grau de risc que sol estar involucrat a arribar a el resultat esperat;
- (d) la capacitat de l'altra part per a influir en el compliment de l'obligació".

que es realitzi de forma gratuïta, en aquest cas sembla entendre's l'exigència de perícia i diligència disminueix proporcionalment. De nou, com en l'article IV.C 1:101 queda clar que aquesta regulació s'estén als contractes de serveis no formalitzats en l'àmbit d'una activitat empresarial o professional. Finalment, es fa un esment al temps raonablement necessari per a la realització del servei. En resum, com pot observar-se, el DCFR pretén establir un elenc ampli de criteris interns i externs que permeten enjudiciar el comportament del prestador del servei: si ha emprat els seus coneixements tècnics correctament en la realització de la tasca, si ha estat prudent en la prevenció dels riscos i diligent en l'execució. Suposa un important avanç mentre que aquests criteris es converteixen en els instruments amb que conta el jutge per a concretar i aplicar els termes diligència i perícia a l'enjudiciament del cas concret.

Els termes de comparança d'aquest sistema amb el dret espanyol serien, d'una banda, l'aplicació de l'obligació de diligència a totes les prestacions de serveis, no només a les quals es refereixen a serveis intel·lectuals, que la nostra doctrina encara segueix catalogant com obligacions de mitjans. I en segon lloc, el nivell de diligència exigible en el DCFR, i la cridada *lex artis ad hoc* que exigeix el TS als professionals.

Pel que fa a la primera qüestió, s'observa una certa tendència dels tribunals espanyols a estendre l'enjudiciament de l'obligació de diligència als denominats contractes d'obra, en el sentit de prendre en consideració nous elements de judici i no només o únicament el criteri objectiu del resultat, a l'hora de resoldre sobre l'existència o no de responsabilitat de l'agent en el cas concret. La conseqüència és que si en els contractes d'obra, a més de l'obtenció o no del resultat específic, es contempla la diligència de l'agent, ens estem dirigint cap a una eventual refundició del contracte de serveis i del contracte d'obra en un únic tipus contractual, el mateix que ocorre en el sistema del DCFR²⁵². Un exemple d'aquesta tendència podria ser la Sentència de 6.10.2006 de l'Audiència Provincial de Còrdova (RJ6828):

“El contracte de reparació de vehicles pot ser qualificat com un contracte d'obra sobre cosa moble, que es regeix per les escasses disposicions del Codi civil (articles 1.588 a 1.600), la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i

²⁵²I. ROCA TRIAS, B. FERNÁNDEZ GREGORACI, “The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court”, *European Review of Contract Law*, 2009, p. 46 ss.

Usuaris i el RD 1457/1986 de 10 de gener pel qual es regulen l'Activitat Industrial i la Prestació de Serveis en els Tallers de Reparació de Vehicles Automòbils, dels seus equips i components (...) sent indiferent per al contracte d'arrendament d'obra quin fos l'origen de la necessitat o conveniència de la reparació; les relacions jurídiques entre les parts comencen amb l'encàrrec i acaben amb el lliurament del vehicle correctament reparat, i només en aquest àmbit temporal i contractual és on ha de valorar-se la seva conducta i la seva diligència o negligència (...) el taller no assumeix una data exacta de reparació i lliurament, però això no vol dir que pugui diferir la reparació a la seva exclusiva voluntat (art. 1.256 Cc) o que la seva morositat quedi emparada per l'acceptació de l'usuari; sinó que, mancant determinació del termini de reparació, són aplicables les normes generals sobre diligència en el compliment dels contractes (articles 1.100, 1.101 i 1.104 Cc), i com hem vist, el retard en la reparació únicament va ser imputable a la inactivitat i imperícia del taller, que va perllongar en 58 dies el temps raonable i diligent de reparació”²⁵³.

En segon lloc, el Tribunal Suprem ha desenvolupat un elenc de criteris objectius a partir dels quals considerar que hi ha hagut o no, negligència en els supòsits que s'enjudicia la responsabilitat civil dels assessors. Se sanciona en concret, la conducta de l'assessor que no s'ha cerciorat que el seu client entenia el contingut de la informació que li proporcionava. Serveixi com exemple paradigmàtic la STS de 19.5.2010 el supòsit de la qual de fet és el següent: la actora, una empresa dedicada a l'adquisició de vehicles per a la seva posterior revenda, tenia contractats els serveis professionals de la mercantil demandada per a assessorament fiscal i gestió comptable relacionada amb la seva activitat, sent així que com a conseqüència de liquidacions irregulars efectuades sobre el pagament d'IVA generat per la venda de vehicles l'Administració Tributària va exigir de la demandant determinats pagaments i li va imposar una sanció del 70% de la quantia defraudada. Assenyala el TS:

²⁵³ Vegi's a més, SAP Ciudad Real 31.7.07, AC 2285: “no s'observa responsabilitat en el prestador del servei per una defectuosa reparació del vehicle sobre la base del comportament del reclamante que es nega a dur el cotxe al taller quan se li sol·licita per a comprovar si els defectes que fa referència entren en la garantia de reparació”. Cf. SAP Madrid 18.05.07 AC 1663; SAP València 5.12.06, RJ 234970; SAP Segòvia 31.7.06, 252351; SAP Sevilla 2.5.00, RJ 281532; SAP Albacete 14.9.07, RJ 50954; SAP Granada 10.11.98, AC 2184; SAP Castelló 27.9.05, AC 1787; SAP Toledo 20.7.00; AC 1653, SAP Barcelona 24.05.06, RJ 259623.

“En el curs del procediment es considera provat que la conducta desplegada per la demandada és incorrecta puix que no comprovava si les factures que li feia arribar la actora on ja venien qualificades les operacions conformement al "règim especial de béns usats" o al règim general del "impost sobre el valor afegit", s'ajustaven o no als requisits de la normativa fiscal corresponent, de manera que, per les instruccions que es diu havia impartit al seu client, confiava que aquest qualificava correctament les operacions a l'efecte d'IVA (...) Es rebutja aquest comportament professional perquè el fet que les factures fossin ajustades a la legislació fiscal era precisament en el que consistia la seva prestació de serveis d'assessorament després, fiar-se de la qualificació que el seu client feia de les operacions pot qualificar-se de conducta descuidada i negligent, causa principal i determinant del perjudici econòmic sofert per la actora....»²⁵⁴.

El TS aplica per tant un criteri absolutament compatible amb l'article IV.C 7:104, apartat 1.a) doncs considera que la conducta de l'assessor no va ser conforme amb el contracte, perquè revisar les factures, cerciorar-se que el client sabia confeccionar-les, formava part de l'assessorament diligent que li incumbia.

Així, es pretén instaurar el dret del client –transportat des del dret de consum- a un determinat nivell de qualitat en el sector dels serveis. L'article 37 de la directiva de serveis estableix un programa de convergència per als estats dirigit a la creació d'uns Codis de conducta a escala comunitària, en els quals haurien de desenvolupar-se el contingut de les obligacions de perícia i habilitat en les professions. Quin dubte cap que l'existència d'aquests instruments seria de gran utilitat als jutges per a qualificar les conductes que se sotmeten a la seva consideració en cada cas.

Quant al nivell de diligència exigible als prestadors de serveis, la Llei 17/2009 de 23 de novembre de transposició de la directiva de serveis insta a les administracions públiques a promoure la participació de tots els Col·legis Professionals en l'elaboració d'aquests codis de conducta a escala comunitària, així com a fomentar que els prestadors de serveis se sotmetin a avaluació o certificació de les seves activitats per part d'organismes independents. En aquest sentit podria ser interessant, en una hipotètica regulació del contracte de serveis, que s'establís un règim de diligència comuna per a tots els

²⁵⁴ Cendoj: 28079110012010100286.

prestadors de serveis i un règim d'especial intensitat –l'equivalent a la *lex artis ad hoc* que es refereix el nostre Tribunal Suprem²⁵⁵- quant a la diligència exigible als professionals col·legiats i sotmesos als codis de conducta creats per les seves pròpies Corporacions. Però quin valor normatiu cap atorgar a aquestes disposicions? Fins a quin punt seran d'utilitat en l'enjudiciament del cas concret?²⁵⁶ En la pràctica aquesta solució podria no ser eficaç. AL meu judici la diligència especial o especialment intensa de determinats professionals ha de dimanar de propi contracte de prestació de serveis, i ha de fer-lo a través de la informació precontractual. Doncs bé, aquesta obligació ja és vigent a Espanya per als prestadors de serveis que contracten amb consumidors des de l'entrada en vigor de la Llei 25/2009 de 22 de desembre coneguda menjo *Omnibus*, que ha reformat l'article 21 TRLGDCU en el sentit d'imposar als prestadors de serveis un deure informació al consumidor sobre la seva situació a l'efecte d'obligacions de qualitat: pertinença a un col·legi professional o estar sotmès a un codi de conducta a escala comunitària²⁵⁷.

4.3. Les obligacions del client

a. El pagament de la retribució. Les prestacions de serveis gratuïtes versus la onerositat natural del contracte de serveis.

L'article IV.C.- 1:101 defineix el contracte de serveis com aquell en el qual té lloc la realització d'una obra o encàrrec en canvi d'una remuneració²⁵⁸. El servei es presta pel professional en el marc del desenvolupament d'un negoci o activitat econòmica, consisteix en la realització d'una tasca que requereix una

²⁵⁵ SSTS, 6.6.1983, JR. 3291; 21.5.1984, Ar. 2498, 16.7.1990, Ar. 5881; 25.5.1992, ED 5242; 9.7.1992 ED 7565; 23.10.1992, ED 10376; 2.2.1993, Ar.793; 25.4.1994, Ar.3073; 15.12.1994, ED 9499; 28.6.1997, Ar. 5151; 30.6.1998 Ar. 9554; 4.5.1999, Ar. 3106, 10.11.1999, ED 32885; 27.7.2006, Ar. 6548; 18.12.2006, Ar. 9172; 24.1.2007, ED 3991; 25.11.2010, RJ 1313; 27.9.2010, RJ 5155; 1.6.2011, RJ 4260.

²⁵⁶ Assenyala en aquest sentit el TS: "Basant-se, per part de la recurrent, que el lletrat no va complir determinades normes de deontologia professional contingudes en el Codi de Deontologia de la Comunitat Europea i fins i tot en l'Estatut General de l'Advocacia Espanyola, normativa aquesta que no pot fonamentar el recurs de cassació, no obstant això es poden considerar com criteris de diligència professional" (STS 7.2.2000, cita literal de la sentència continguda en J. ALMAGRO NOSETE, *Responsabilidad civil de las profesiones jurídicas*, Madrid, 2010, p. 230).

²⁵⁷ Art. 21.4 TRLGDCU redactat per art. 4 Llei 25/2009: "Els empresaris que es refereix l'apartat anterior i aquells que estiguin adherits a codis de conducta, inclosos els elaborats a escala comunitària, o siguin membres d'associacions o organismes professionals que ofereixin sistemes extrajudicials de resolució de conflictes, indicaran en les ofertes comercials que presentin de forma detallada els seus serveis (...)".

²⁵⁸ Cf. DCFR (Annex-Definitions), p. 566; PEL SC, (National Notes), pàg. 149-153; *DCFR Full Edition*, Comentari art. IV.C 1:101, pàg. 1599 i 1600.

formació o uns coneixements, i uns mitjans materials i humans. D'aquí, l'assumpció d'una responsabilitat enfront del client per la qualitat del servei prestat i l'articulació d'una sèrie de remeis per al cas que el resultat obtingut amb el servei prestat sigui defectuós o tardà.

No obstant això, i per contrast amb aquest plantejament netament professional i empresarial, l'apartat 1.b d'aquest primer article, estén l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre serveis als contractes en els quals el prestador realitzi el servei sense dret a rebre una contraprestació del client:

(b) amb les modificacions apropiades als contractes en els quals el prestador del servei es compromet a prestar un servei al client sense que intervingui el pagament d'una remuneració.

Es planteja la qüestió sobre el caràcter del requisit de la onerositat en aquest contracte privat és un requisit d'essència perquè hagi contracte de serveis? Sembla que en el DCFR no ho és. De fet, dintre del Llibre IV es defineix i regula, com altra modalitat contractual, la donació, negoci jurídic essencialment gratuït. Així, el Dret europeu dels contractes contempla tant la prestació de serveis a títol onerós com a títol lucratiu si bé, en defecte de pacte exprés de les parts, presumeix que el contracte de serveis celebrat per professionals és onerós, tal com es dedueix de la dicció de l'article IV.C.- 2:101

“Quan el prestador del servei és un empresari o professional el contracte es presumeix onerós excepte pacte en contrari”

In efecte, tal com ocorre en algunes legislacions civils nacionals²⁵⁹, entre elles la nostra, el DCFR introdueix la presumpció de onerositat per als supòsits en els quals la prestació de serveis es contracta amb professionals, això és, en la totalitat dels supòsits que desenvolupa i regula en la part especial, capítols 3 a 8 del Llibre IV.C. Cap remarcar les diferències entre aquest article i el seu antecedent immediat, el 1:102 dels PEL SC²⁶⁰, en el qual a més d'aquesta

²⁵⁹ El Codi civil portuguès admet la figura típica del contracte de serveis gratuït, ja que el servei pot ser amb o sense retribució (art. 1154 Cc). Per la seva banda, tant el Dret francès com l'alemany contenen amb un article de presumpció general d'import d'honoraris encara que no estiguin prevists en el contracte. Cf. Art. 1710 Cc francès, & 632 i 689 B.G.B. Vegi's també art. 969 Cc austríac.

²⁶⁰ Art. 1:102 PEL SC: *Excepte pacte en contrari, el prestador d'un servei que ocupa que ha estat contractat per la seva professió o negoci té dret a percebre una remuneració. (2) Si el contracte no determina el preu o la forma de fixar-lo, s'entendrà que és el preu de mercat que habitualment es cobri al temps de la perfecció del contracte.*

presumpció s'establia la referència als preus de mercat per a la fixació d'aquest en aquells contractes en els quals les parts no assenyalessin gens referent a això²⁶¹. En el DCFR aquesta regla de determinació del preu es troba, per a totes les modalitats contractuals, en l'article II 9:104 DCFR, en seu de teoria general del contracte. També determina com calcular el preu en defecte de pacte establint el recurs a la norma si la hi ha, al costum o els usos aplicables a operacions comercials similars o, en defecte d'això, al preu normalment exigible en el mercat i, com clàusula de tancament, s'acudeix a la raonabilitat²⁶². Tot la qual cosa condueix a entendre que el contracte de serveis a títol gratuït, sent admès en el DCFR, pot contemplar-se com un supòsit excepcional per infreqüent en la seva aplicació pràctica en el sector dels serveis. La jurisprudència europea ja s'ha pronunciat sobre el caràcter naturalment onerós del contracte de serveis²⁶³. La presumpció continguda en l'article IV.C 2:101 determina que la no fixació inicial del preu no comporta la nul·litat del contracte²⁶⁴. Per tant, és defensable és una interpretació molt residual dels contractes de serveis gratuïts de manera que, en principi, sempre estarem davant un contracte onerós, fins i tot encara que no s'hagi fixat el preu ni les regles aplicables per a la seva determinació, tret que es provi que en el cas concret el servei no es presta en l'àmbit d'una activitat empresarial o professional, la qual cosa serà tingut en compte també a l'efecte d'apreciar la

Una comparança entre els PECL i el DCFR es pot trobar en el lloc http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/tisco/research/projects/esl/detailed_comparison.pdf

²⁶¹ Els autors del PEL SC no dubten al preveure una regla de determinació del preu, la qual cosa també és d'acord amb el principi de conservació dels contractes, i expliquen les raons per les quals s'inclinen per determinar que seran les regles del mercat les quals serveixin per a això, enfront de l'opció de la razonabilidad que es considera un criteri més indeterminat, i això en defensa de la previsibilitat i objectivitat del preu, en defensa, en definitiva, de la posició del client que contracta el servei. Vegi's PEL SC, p. 156. Explica el principi de conservació dels contractes i el seu origen en la regulació dels principis Unidroit, A. VAQUER ALOY, "Marco General del nuevo Derecho de contratos", ponència del Congrés celebrat a Tarragona durant els dies 6 i 7 d'octubre de 2010, p. 12 (en premsa).

²⁶² Art. II 9:104: (...) *the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the estafi of the conclusió of the contract* i, si ni encara així pot fixar-se el preu, llavors haurà de pagar-se "un preu raonable". En raó de la seva ubicació sistemàtica, lògicament aquest article és més ampli que la regla de càlcul continguda en els PEL SC per al contracte de serveis.

²⁶³ STJCE 27.9.1988, Humbel, A. 263/86: «la característica essencial de la remuneració resideix en el fet que aquesta última constituïx la contrapartida econòmica de la prestació que es discuteix». No importa per tant que la contraprestació sigui abonada per qui rep el servei o per un tercer: STJCE 26.4.1988, Bond van Adverteerders, A. 352/85; STJCE 13.5.2003, Müller Fauré, A C-385/99; STJCE 12.7.2001, Smits i Peerbooms, A C-157/99.

²⁶⁴ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentaris A i B a l'art. IV.C 2:101, pp. 1602-1603.

diligència exigible²⁶⁵ o interpretar les expectatives del client sobre el resultat que pot esperar del servei²⁶⁶.

En el Dret espanyol l'escarida regulació continguda en el vigent Codi civil sobre les prestacions de serveis sembla referir-se exclusivament al contracte onerós, de la mateixa manera que ho fa la norma de transposició de la Directiva europea de serveis²⁶⁷, i així ho entén també la jurisprudència²⁶⁸. No obstant això, el nostre Codi civil tradicionalment ha regulat el negoci jurídic a títol gratuït en les seves diverses modalitats. Cap esmentar els articles 1760 i següents del Codi civil espanyol sobre el dipòsit que és, al seu torn, una modalitat de contracte de serveis tipificada en el DCFR²⁶⁹.

Al meu parer el contracte de serveis en la nostra societat és i ha de ser essencialment onerós, perquè el pagament del preu fonamenta les exigències de responsabilitat al professional o empresari, i manté l'equivalència de les prestacions de les parts²⁷⁰, i així ha de quedar plasmat en la legislació que ho

²⁶⁵ Art. IV.C 2:105, (4), d).

²⁶⁶ Art. IV.C 2:106, (1), a).

²⁶⁷ Exposició de Motius de la Llei 17/2009 de 23 de novembre: «És important destacar que la Llei es refereix únicament a les activitats de serveis per compte propi que es realitzen en canvi d'una contraprestació econòmica». Vinya. el manual de la Comissió per a la transposició de la Directiva 2006/123, p. 9. Consultable en:

http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf.

²⁶⁸ Per exemple, STS 25.5.1992, RJ 4378,: «D'acord amb l'art. 1.544, és necessari que la prestació del servei tingui com contraprestació un preu cert que ha de satisfer el comitent, pel que l'assumpció de la defensa de parents dintre dels límits que estableix l'art. 20 de l'Estatut General de l'Advocacia per qui té títol de llicenciat en Dret i és habilitat per a això, manca d'aquest caràcter de onerosidad essencial del contracte d'arrendament de serveis...», i més recentment, en la STS de 30.11.2010, Cendoj: 28079110012010100772: «(...) no hi ha arrendament de serveis per mancar de caràcter onerós la prestació; sí podria estar-se, en canvi, davant altre tipus de relació, com una realització de serveis espontània i gratuïta que no respon a negoci jurídic algun, o un contracte de treball, o un contracte de mandat, o un contracte atípic de gestió d'interessos aliens o col·laboració, o un contracte de comissió mercantil o, en fi, un contracte d'agència, però en cap cas davant un arrendament de serveis; en el marc de les complexes relacions entre les parts no hi ha un contracte diferenciat d'arrendament de serveis, sinó aportacions de l'actor que beneficien el seu propi interès en les comissions per mediació en la venda dels habitatges; en definitiva, els fets provats revesteixen "una accentuada atipicitat".

²⁶⁹ Cf. DCFR, Llibre IV.C, capítol 5 (Storage). L'article 1760 Cc defineix el contracte de dipòsit com gratuït, excepte pacte en contrari. No obstant això, aquesta regulació civil conviu amb disposicions contingudes en el Codi de comerç sobre el contracte de dipòsit quan és part d'una activitat comercial, i la norma jurídica és precisament la contrària: es presumeix que el contracte és onerós tret que expressament es pacti el contrari, cf. Art. 304 Ccom.

²⁷⁰ Referent a això assenyala C. VILLANUEVA LUPIÓN en la seva obra *Los contratos...*, p. 66: «(...) si es planteja la responsabilitat civil del prestador de serveis, la gratuïtat de la prestació podria servir per a moderar aquesta responsabilitat mitjançant l'aplicació de l'article 1103 Cc». En el mateix sentit vegi's l'art. IV.C 2:105, (4), d) DCFR.

reguli²⁷¹. A més, el principi de conservació del contracte, elevat a la categoria de principi en el DCFR²⁷², condueix a entendre que la falta de determinació del preu en el contracte o dels criteris per a la seva determinació no desemboca en la ineficàcia del contracte sinó que fa entrar en joc les regles del mercat per a la determinació del mateix. És a dir, el contracte tipus de serveis es defineix com essencialment onerós existint la fórmula per a resoldre la falta de determinació del mateix, sense perjudici que sigui possible en la pràctica la formalització de contractes de serveis atípics quan el prestador del servei realitza l'activitat sense exigir remuneració, això és gratuïtament.

b. El deure impartir instruccions.

Dintre del contingut obligatori del contracte de serveis ha d'enquadrar-se dintre d'aquest tercer apartat, com una obligació exclusiva del client, la d'impartir instruccions al prestador del servei al que encarrega la realització d'una tasca. No perquè gaudeixi de la mateixa rellevància jurídica que l'obligació de pagar el preu, però sí per l'exclusivitat de la seva atribució al client que sol·licita el servei. El DCFR contempla aquesta obligació en l'article IV.C 2:107:

IV. C – . 2:107 . Les directrius del client

1. El prestador del servei ha de seguir en tot moment les instruccions tempestives del client pel que fa a la prestació a realitzar, sempre que tals directrius:

a) formin part del contracte o s'especifiquen en algun document al que el contracte fa referència

b) resultin de les opcions que, segons el contracte, corresponen al client

c) resultin de les opcions inicialment no previstes per les parts.

2. Si com a conseqüència de seguir les directrius que es refereix el paràgraf anterior el prestador del servei incomplís una o més obligacions de les previstes en els arts IV.C.- 2:105 (obligació de diligència i perícia) o IV.C.- 2:106 (obligació d'arribar a un resultat), aquest no queda subjecte a les responsabilitats derivades d'aquells arts, sempre que el client hagi estat

²⁷¹ Així es preveia en el Projecte de Llei 123/000043, que no va arribar mai a convertir-se en llei. Cf. BOCG de 12 d'abril de 1994.

²⁷² DCFR, Pr. 28.

degudament informat de conformitat amb el disposat en l'art. IV.C.- 2:108 (obligació contractual d'informació del prestador del servei).

3. Si el prestador del servei considera que alguna de les instruccions de les previstes en l'apartat primer d'aquest art. implica una variació del contracte en el sentit que s'expressa en l'art. IV.C.- 2:109 (Modificació unilateral del contracte de serveis), el prestador del servei ha d'advertir al client sobre aquesta situació. Tret que el client llavors revoqui la instrucció en un temps raonable, el prestador del servei haurà de seguir aquesta indicació, que serà considerada com una modificació del contracte..

Com una continuació i una concreció del deure general de cooperació que afecta al client que contracta un servei²⁷³, aquest article recull l'obligació de donar instruccions. El client està subjecte a l'obligació contractual de dirigir al prestador del servei, de marcar les pautes que desitja siguin observades en el desenvolupament de l'encàrrec. Les instruccions són l'expressió d'un poder de configuració del contracte que correspon al client, perquè el servei ha de ser prestat en interès seu. Són declaracions receptícies, s'introdueixen en el contracte completant-lo, i modalitzen substancialment el contingut de l'obligació de fer del prestador del servei. És evident que la situació pot ser molt diferent en funció del servei concret que es tracti i, de fet, aquesta obligació que afecta al creditor del servei d'especificar l'encàrrec contingut en el contracte, no serà possible en determinats supòsits com en el cas d'un tractament mèdic, o tindrà una importància radical com en el cas d'un encàrrec d'intermediació per a la venda d'un immoble. En aquest sentit, adquireix gran rellevància el desenvolupament que d'aquesta obligació de donar directrius o instruccions es troba en els capítols que regulen les modalitats específiques del contracte de serveis, perquè el dret del client a donar instruccions ha de tenir, com a mínim, el límit de la no intromissió en àmbits professionals, això sense oblidar la dificultat, potser impossibilitat, de delimitar i dibuixar l'abast d'aquests límits normativament i a priori.

Igual que el seu precedent en els PEL SC²⁷⁴, aquest article pretén donar especial preponderància a les instruccions del client i per això es deté a considerar el cas que a conseqüència de les mateixes, o bé es produeixi la falta

²⁷³ Cf. art. IV.C 2:103 (1) b).

²⁷⁴ Cf. art. 1:109 PEL SC, Comentari A, p. 237.

de conformitat del resultat del servei o l'incompliment contractual del seu deure perícia per part del prestador del servei –IV.C 2:106 o IV.C 2:105-. Entenen els autors del DCFR que és preferible seguir les instruccions del client que complir amb el que inicialment podria considerar-se que duu amb si l'obligació de fer del prestador del servei. Tot això subjecte al deure informar al client -assegurant-se que comprèn el que se li diu- sobre les conseqüències que es poden derivar de les instruccions que està imposant a l'agent. Si el client és conscient d'aquest risc i encara així decideix mantenir les seves instruccions, el prestador que les observi quedarà eximit de tota responsabilitat pel resultat que s'obtingui.

En el mateix sentit, l'últim paràgraf d'aquest article contempla la possibilitat que la conseqüència de seguir les instruccions rebudes sigui la modificació del propi contracte. I la solució legal torna a donar prioritat a les normes impartides pel client –que són part del contracte i obliguen al prestador del servei-, sempre incidint en el deure informar adequadament, perquè es presumeix que el prestador del servei –per la seva preparació professional i empresarial- ha de ser coneixedor de les conseqüències que per al client es derivaran de la modificació del contracte. El client llavors pot revocar la instrucció o mantenir-la, atenint-se a les conseqüències de la modificació. El resultat és una constant interacció entre les parts durant el desenvolupament del servei el qual, al seu torn, en la majoria dels casos, es constitueix com un procés dinàmic de materialització progressiva i canviant en funció de les circumstàncies.

Pel que fa a l'ordenament espanyol cal recordar que el Projecte de Llei de 1994 de reforma del Codi civil en matèria de contractes d'obra i serveis, al proposar una nova redacció de l'article 1584 Cc, es referia a les directrius del client en els contractes de serveis i establia l'obligació de l'agent d'atenir-se a les mateixes, *“tret que impliquin modificació de la prestació convinguda o intromissió en l'àmbit professional o ocasionin perjudicis”*²⁷⁵. D'aquesta manera, es contemplava per al dret espanyol una regulació limitada del dret a impartir instruccions i governar el contracte per part del client, molt allunyada de l'actual proposta del dret europeu. Aquesta part de la norma va ser objecte de dures crítiques per part de la doctrina, sobretot quant a la limitació de les instruccions que produeixen una modificació contractual, que es consideren una vulneració

²⁷⁵ Cf. art. 1584, paràgraf 4, del Projecte de Llei, BOCG de 12 d'abril de 1994.

del disposat en l'article 1256 Cc i són rebutjades a priori per entendre que el poder de donar instruccions té una missió integradora del contracte però no és en cap cas un autèntic *ius variandi*²⁷⁶. Per altra banda, la regulació vigent del contracte de mandat exigeix expressament de responsabilitat al mandatari que, incomplint les ordres rebudes del seu client, aconsegueix un resultat més avantatjós per a aquest²⁷⁷. També s'entén per la doctrina espanyola que la diligència constitueix un límit a les instruccions del principal²⁷⁸. En el contracte d'obra, no obstant això, sol defensar-se el *ius variandi* del comitent al llarg del desenvolupament de l'obra, sostenint que té la mateixa fonamentació jurídica que el dret de desistiment unilateral, que sí està previst en l'article 1594 Cc. El comitent és l'amo de l'obra des que s'inicia i de la mateixa manera que pot desistir de la seva execució, té la facultat de modificar-la al seu criteri²⁷⁹. Així les coses, entenem que aquest article del DCFR sobre el poder de governar el contracte a través de l'establiment d'instruccions abans i durant la seva execució, resulta certament innovador i diferent de la concepció mantinguda fins al moment en el dret espanyol. Està clar que la possibilitat de salvaguardar els interessos de les parts a través del deure informació del prestador del servei i del mutu i constant intercanvi d'impressions i cooperació entre les mateixes, planteja molts interrogants, no obstant això, a la meua manera de veure, seria

²⁷⁶ Assenyala López i López: "La veritat és que no es percep bé què és el que pretén aquesta part de la norma projectada. En efecte si es diu que l'obligat a la prestació ha d'atènyer-se a les instruccions que rebí, tret que impliqui modificació de la prestació convinguda, en aquest punt la norma és inútil: ningú està obligat a suportar una modificació unilateral de les seves obligacions, i és gairebé una vulgaritat recordar aquí l'art. 1256 del Codi civil. (...) El problema es connecta amb el problema importantíssim i irresolt pel projecte del desistiment unilateral en determinades prestacions de serveis (...) dubtes que no queden bé resoltes, que en qualsevol cas no es poden resoldre amb una regulació del tipus de la qual es projecta, i que aboquen si volen ser resoltes, a una consideració de cada prestació de servei en la seva concreta tipicitat, quan no en la seva concreta circumstància..." A. LÓPEZ I LÓPEZ, "La projectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil", en J. GONZÁLEZ GARCÍA (coord.), *Contratos de servicio y de obra. Proyecto de ley, Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de servicios y obra*, Jaen, 1996, pàg. 39-40; vegi's també M.J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contractación de servicios*, Granada, 2005, pàg. 520 et seq.

²⁷⁷ Cf. art. 1715 Cc.

²⁷⁸ Amb paraules de M^a Jose Vaquero: "(...) en els contractes de serveis, i com a conseqüència de la seva integració mitjançant la idea de la diligència, existeix una implícita remissió a les normes reguladores del correcte exercici professional, l'aplicació del qual es converteix en una expectativa legítima. Quan talis normes es troben positivitzades, l'eficàcia sancionadora de les normes incideix en la nul·litat de les instruccions il·legals (art. 6.3 Cc)" M. J. VAQUERO, *El arrendamiento de servicios...*, p. 529.

²⁷⁹ Cf. P. SALVADOR CODERCH "Comentario al artículo 1593 Cc", en *Comentarios al Código Civil* del M^o Justicia, tom II, p. 1201. Vegi's també, F.J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, p. 238.

raonable regular a Espanya el dret-obligació del client a impartir instruccions introduint, no solament l'advertiment i informació del prestador que veu que les referides instruccions aboquen a un risc o a una modificació contractual sinó, fins i tot, la possibilitat de desistiment unilateral del contracte per part del prestador del servei que es troba en aquesta tessitura.

5. L'aplicació del sistema de remeis al contracte de serveis

Aquest últim capítol del treball versa sobre els remeis que assisteixen a les parts en el contracte de serveis davant l'incompliment de les obligacions de la contrapart. En relació a tot l'exposat en el capítol anterior sobre el contingut obligatori del contracte de serveis, cal insistir en la idea del sistema de responsabilitat contractual basat en la unificació del concepte objectiu d'incompliment. L'incompliment abasta qualsevol *no execució* de qualsevol obligació derivada del contracte, per tant, qualsevol de les obligacions de cadascuna de les parts a les quals s'ha fet referència són susceptibles de donar lloc a un supòsit d'incompliment contractual (*breach of contract*), ja sigui per la seva omisió, pel seu compliment tardà o defectuós. En aquest sentit, qualsevol incompliment -encara que pugui qualificar-se com *fonamental breach* o com *non fonamental breach*- duu aparellat una sèrie de conseqüències jurídiques -els remeis-, orientats a assolir la satisfacció de l'interès del contractant perjudicat.

En efecte, per definició tots els remeis es dirigeixen al restabliment de l'equilibri contractual, aquest és el sentit que es dona al concepte *remedy* en *el common law* del que procedeix²⁸⁰. En un primer moment pot entendre's que el DCFR no estableix un sistema de remeis específic per al supòsit d'incompliment contractual en l'àmbit dels serveis, la qual cosa ens condueix directament, per a la regulació d'aquest aspecte essencial del contracte, al Llibre III DCFR, la part general sobre obligacions, en concret el seu Capítol tercer, *rems for non-performance*. En el precedent de l'esborrany acadèmic, els PEL *Service Contracts*, sí existien certes normes sobre remeis establint-se l'abast dels danys reclamables al deutor, o el supòsit de fet en el qual es considerava correcte acudir a la suspensió del pagament del preu del servei o a la resolució

²⁸⁰Sobre el sistema de remeis establert en els PECL, i la seva procedència del dret anglès vegi's entre uns altres, L. DIEZ PICAZO, E. ROCA, A.M.MORALES *Los principios del derecho europeo...*, p. 317 et seq. R. ZIMMERMANN, "Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde los Principios de Derecho Contractual Europeo", en R. ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, Barcelona, 2008, p. 68 ss.; *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2000, p. 125; A. VAQUER ALOY, "Incumplimiento del contrato y remedios", en S. CAMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pàg. 525-526; P. VARUL, "Performance and Remeis for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR", *Jurídica Internacional* 2008, p. 104 et seq.

del contracte, tot això sempre partint de l'establert en els PECL²⁸¹. Així mateix, en la part especial que regulava el contracte d'obra s'inclouïen normes sobre el compliment contractual²⁸², o sobre el recurs als altres remeis²⁸³. Quant al DCFR, sembla optar per la no regulació dels remeis amb una remissió genèrica al Llibre III, si bé al meu judici només s'ha renunciat a la regulació *sistemàtica* dels remeis, perquè la veritat és que en el capítol 2 del Llibre IV.C, i fins i tot en alguns concrets articles de la part especial²⁸⁴, poden trobar-se referències als diferents remeis aplicats de forma específica al contracte de serveis. De fet, l'objecte d'aquest últim capítol és ordenar aquestes referències als remeis presents en el Llibre IV.C, i oferir una imatge completa de les especificitats que, sobre les conseqüències de l'incompliment, es preveuen per al contracte europeu de serveis. Tot la qual cosa tractaré d'exposar en coherència amb la descripció que en el capítol anterior formulo de cadascuna de les obligacions contractuals que afecten a les parts en un contracte de serveis.

Tant en el DCFR com en els precedents harmonitzadores de dret contractual europeu, el sistema de remeis té el seu fonament i sentit per al contracte de compravenda, això és, en l'àmbit de les obligacions de donar, pel que la seva aplicació directa al contracte de serveis resulta difícil en moltes ocasions. De fet, alguns remeis simplement no encaixen en aquesta modalitat contractual. Per això resulta especialment criticable que el Llibre IV.C sobre el contracte de serveis no present de forma més clara aquestes peculiaritats.

El sistema de remeis es caracteritza per la pluralitat dels disponibles i pel seu caràcter acumulatiu, però amb preferència pels remeis que conserven l'eficàcia del contracte sent subsidiaris aquells que suposen la ineficàcia contractual. Tots els remeis tenen com supòsit d'aplicació l'incompliment encara que alguns remeis exigeixen, a més altres requisits per a la seva aplicació²⁸⁵. Aquest

²⁸¹ Cf. Art. 1:112 PEL SC. També ha estat suprimida en la regulació sobre serveis *del draft*, l'única regla sobre prescripció continguda en art. 2:111 PEL SC: "*Prescription of remedies based on non-conformity*". Vegi's A. DOMÍNGUEZ LUELMO, H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La prescripción en los PECL i en el DCFR", *InDret* 2009/3, pàg. 1-24.

²⁸² Cf. art. 2:109 PEL SC, "*Specific performance and guarantee*".

²⁸³ Cf. art. 2:110 PEL SC "*Resort to other remedies*";

²⁸⁴ Cf. art. IV. C 8:110 i IV. C 3:104 (3).

²⁸⁵ Cf. art. III.- 3:101. Ens hem referit, per exemple, en el capítol anterior, apartat IV.2.b, a la incidència del judici sobre la diligència del prestador del servei a l'efecte de la procedència del remei de la indemnització de danys i perjudicis.

sistema procedeix de la Convenció de Viena²⁸⁶, es va incorporar als PECL²⁸⁷ i als Principis Unidroit²⁸⁸, va passar a la Directiva de garanties en la venda de consum²⁸⁹ i des d'aquests als drets nacionals, en alguns generalitzant-se i en altres circumscrits a les vendes de consum com és el cas del Dret espanyol a través de la regulació del Text refós de la Llei per a la defensa de consumidors i usuaris²⁹⁰. No obstant això, cal assenyalar que la PMCC pretén incorporar el dret de consum a les normes generals sobre obligacions i contractes del Cc i, en aquest sentit, es té en compte una noció unitària i objectiva de l'incompliment contractual²⁹¹, i s'incorpora el sistema de remeis atorgant al creditor la possibilitat d'exigir el compliment, reduir el preu o resoldre el contracte, podent en qualsevol d'aquests supòsits exigir a més la indemnització dels danys i perjudicis soferts.

Desglosso a continuació els diferents remeis previstos en el DCFR, en el capítol 3 del Llibre III, seguint la sistemàtica d'aquest llibre de l'esborrany acadèmic. La seva referència diferenciada permet, primer, plantejar-se

²⁸⁶ Arts. 45 i concordants CISG. Cf. S. TROIANO, "The CISG's Impact on EU Legislation", en F. FERRARI (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 2008, especialment. p. 346 et seq.

²⁸⁷ Arts. 9:101 et seq. PECL. Cf. F. LLODRÁ GRIMALT, "Remedies", en S. VAN ERP i A. VAQUER ALOY (coords) *Introduction to spanish patrimonial law*, Granada, 2006, p. 91 et seq.; A. CARRASCO, "Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach", en ESPIAU ESPIAU i A. VAQUER ALOY, *Bases de un derecho contractual europeo*, València, 2003, p. 309; en el mateix llibre, J. MARSAL GUILLAMET i I. LAUROBA LACASA, Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios pàg. 459 et seq.

²⁸⁸ Art. 7 Unidroit. Vegi's P. PERALES VISCASILLAS "[Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales](#)", en I. BOSCH CAPDEVILA (coord) *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pàg. 183-208; D. BOVIO "Incumplimiento", en *Comentarios a los principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, 2003, pàg. 323 et seq.

²⁸⁹ Art. 3 DVC, 1999/44/CE. Vegi's referent a això A. MORALES MORENO "Adaptación del Código civil al derecho europeo: la compraventa", *ADC*, 2003, p. 1633.

²⁹⁰ Art. 114 et seq. TRLGDCU. Cf. N. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español*, Madrid, 1996, p. 183 ss.

²⁹¹ La idea nuclear de l'incompliment és la que el «deutor no realitza exactament» (art. 1188. PMCCOC). És indiferent que el que no realitzi exactament sigui la prestació principal que es va obligar o, qualsevol altre dels deures que resultin de l'obligació (sigui per l'autonomia de la voluntat, sigui per llei). L'article 1188 PMCC no esmenta a cap modalitat (o tipus) d'incompliment. No esmenta la mora del deutor ni el retard. En *la Proposta civil*, pot considerar-se incompliment el mer fet que el deutor no compleixi en la data de venciment de l'obligació contractual (el retard és incompliment). D'altra banda, l'article 1188 tampoc al·ludeix al «compliment defectuós». Aquesta habitual expressió és substituïda en *la Proposta civil*, en ocasions, per la de «no conformitat» de la prestació. L'article 1188.I PC no esmenta *la impossibilitat sobrevinguda, total, definitiva i no imputable al deutor*. En *la Proposta civil*, la impossibilitat sobrevinguda de complir, no imputable al deutor (casual), és incompliment. Cf. N. FENOY PICON, "La modernización del régimen de incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión general de Codificación. Parte primera: El incumplimiento", *ADC*, 2010, p. 73.

l'aplicació o la falta de viabilitat de cada remei en concret, en els contractes de serveis, així com observar les especialitats si les hi ha en la normativa del Llibre IV.C. A més, em referiré a la compatibilitat d'aquest sistema de remeis amb el vigent ordenament jurídic espanyol, i amb el qual es proposa a través de la PMCC.

5.1 Dret al compliment específic

En primer lloc, hem de referir-nos al remei de l'execució forçosa de la prestació que quedaria regulat, també per al contracte de serveis, per l'article III.- 3:302 per al supòsit d'omissió de la prestació de fer per part del prestador del servei, o d'un compliment defectuós per falta de conformitat de la prestació realitzada:

III 3:302 Dret a exigir el compliment específic d'obligacions no dineràries

(1) El creditor té dret a exigir el compliment específic d'una obligació que no consisteixi en el pagament de diners.

(2) El compliment específic inclou la subsanació sense càrrec algun d'un compliment no realitzat conforme als termes que regulen l'obligació.

(3) No obstant això, no pot reclamar-se el compliment específic quan:

(a) el compliment resulti il·lícit o impossible;

(b) el compliment no sigui raonable per resultar excessivament oneros o car;

(c) el compliment sigui de caràcter tan personal que seria poc raonable reclamar-lo.

(4) El creditor perdrà el dret a reclamar el compliment específic si no ho sol·licita en un termini de temps raonable des que va tenir coneixement o cap raonablement esperar que tingués coneixement de l'incompliment.

En primer lloc, el remei d'obligar al prestador del servei a realitzar la seva tasca es pot aplicar no solament quan aquest hagi omès tota activitat sinó també quan hagi treballat malament, és a dir, es considera també compliment específic la tasca de reparació de defectes o de correcció de la prestació incorrecta, que el deutor haurà d'escometre de forma totalment gratuïta per al seu client. El dret al compliment específic té excepcions que ja es preveien també en els Principis UNIDROIT²⁹² i en els PECL²⁹³: el compliment il·lícit o

²⁹² Art. 7.2.2. Onidroit.

impossible, el compliment excessivament oneros per al prestador del servei, o quan no sigui raonable exigir el compliment per tractar-se d'obligacions de contingut personal (prestació d'un servei o execució d'una obra encarregada en atenció a la persona que havia de realitzar-la).

La primera pretensió del creditor d'una obligació de fer és que aquesta tingui lloc, el servei s'encarrega perquè l'activitat sigui portada a terme pel prestador del servei i, en cas d'incompliment, perquè se li pugui obligar igualment a realitzar la prestació. El DCFR exigeix, en aplicació del principi de bona fe contractual, que el client exigeixi el compliment dintre d'un termini raonable des que coneix, o hauria de conèixer, de l'incompliment de la prestació. Així, l'exigència del compliment específic ha d'anar precedida per la notificació de la falta de conformitat de la prestació²⁹⁴. Referent a això cal assenyalar que si existeix una norma concreta en el Llibre IV.C, en concret l'article IV.C 2:110, que s'ocupa de la càrrega del client de notificar la falta de conformitat, amb la peculiaritat que la notificació ha d'ésser abans que es produeixi l'incompliment, això és, el client ha d'advertir al prestador de serveis que no assolirà el resultat esperat de la seva prestació sempre, és clar, que sigui conscient. És una concreció –potser excessiva?– del deure cooperació que s'exigeix al client d'un contracte de serveis, una exigència prèvia que es pretén justificar assenyalant que el recurs als remeis per falta de conformitat, ha d'efectuar-se amb bona fe²⁹⁵.

No obstant això, la varietat d'objectes que pot tenir la prestació de fer dintre del sector serveis suposa també un ampli elenc d'excepcions en les quals el creditor de la prestació preferirà amb tota probabilitat que se substitueixi l'execució forçosa per la resolució del contracte amb indemnització dels danys i perjudicis causats. Així ocorre, com ja s'ha esmentat, en el cas de les obligacions de fer personalíssimes²⁹⁶ en les quals l'incompliment previ suposa una fallida important de la confiança fins al punt que el client només pretendrà que sigui altre prestador del servei qui segueixi endavant amb l'encàrrec. Aquesta excepció prevista amb caràcter general en l'article III 3:302 (2) c)

²⁹³ Art. 9:102 (2) PECL.

²⁹⁴ Cf. Sobre la notificació del creditor al deutor, de la falta de conformitat l'art. III 3:106.

²⁹⁵ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari A a l'art. IV.C 2:110, p. 1690.

²⁹⁶ Són prestacions infungibles perquè l'interès del creditor –el client–, només pot ser satisfet per la persona triada per a realitzar la prestació. Cf. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tom II, p. 279.

DCFR ha d'interpretar-se en sentit ampli en el cas dels serveis, ja que fins i tot encara que no es tracti d'una obligació personalíssima, en la majoria dels casos l'incompliment previ de l'agent posa de manifest la seva falta de perícia o de diligència i ho converteix en rebutjable per part del client, que prefereix buscar a altre professional abans que exigir el compliment de la prestació. En molts supòsits és el propi incompliment el qual fa impossible el remei de l'execució forçosa, com ocorre per exemple en els casos d'un assessorament incorrecte que ha causat perjudicis al client i que ja no pot resoldre's amb una nova prestació diligent. És clar que aquestes situacions no són en no-res comparables amb les del comprador insatisfet, que en primer lloc sempre prefereix obligar al venedor a complir, enviant un nou producte que sigui conforme amb l'oferta que recull el contingut del contracte de compravenda.

En Espanya s'observa amb freqüència que la invocació de l'article 1124 Cc en els conflictes judicials que versen sobre contractes de serveis s'utilitza majoritàriament per la part reclamant per a sol·licitar la resolució del contracte amb la indemnització dels danys i perjudicis, no així el compliment del contracte. Això a pesar que la jurisprudència del TS considera subsidiari el recurs a la resolució del contracte ex article 1124 Cc²⁹⁷, de la mateixa manera que el *soft law* que estableix els supòsits taxats en els quals es pot recórrer a aquest remei²⁹⁸. Amb caràcter general el remei d'obligar a complir troba cabuda en el nostre dret sobre la base de la nova perspectiva que defensa la doctrina i la jurisprudència dels articles 1098 i concordants del vigent Codi civil espanyol. Per la seva banda la PMCC es fa eco de la proposta europea i en l'article 1192 estableix que en les obligacions no dineràries el creditor sempre podrà exigir el compliment específic, salvo en el cas que sigui impossible, excessivament

²⁹⁷ La jurisprudència exigeix per a concedir la resolució del contracte els següents requisits: que existeixi vincle contractual recíproc i exigible, que l'incompliment sigui greu -no basta aduir l'incompliment de prestacions menors o accessòries-, i que el creditor no hagi incomplert el que li corresponia. SSTS 29.7.1996, RJ 6408; 10.4.1997, RJ 2877; 11.4.2003, RJ3017. Respecte a la voluntat dolosa del deutor de la prestació que es nega a complir, la jurisprudència no exigeix necessàriament que concorri dol, STS 23.12.2003, RJ 636. No obstant això, les dificultats per a complir per circumstàncies alienes al deutor sí són tingudes en compte en ocasions per a no accedir a la resolució del contracte STS 8.6.1993, RJ4467. Cf. G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, "Comentario al artículo 1124 Cc" en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Cc*, p. 1357; L.P. SAN MIGUEL PRADA, "Comentario al art. 1124 Cc" en A. DOMINGUEZ LUELMO, *Comentarios al Cc*, Valladolid, 2010, p. 1248, M. I. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009, p. 20; P. de la HAZA DIAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, p. 77 et seq.

²⁹⁸ Arts. III 3:502 a III 3:505.

onerós per al deutor²⁹⁹, o si es tracta d'una prestació personal del deutor. També en els supòsits que l'exigència del compliment pugui considerar-se contrària a la bona fe.

En segon lloc, el remei del compliment específic també és aplicable quan el que es produeix no és una mera omisió del treball a realitzar sinó més aviat un compliment defectuós o tardà³⁰⁰, en aquest cas el DCFR preveu que el client concedeixi un nou termini per a la realització correcta de la prestació, salvo en el cas que la falta de conformitat de la prestació pugui qualificar-se com incompliment fonamental, o quan el client tingui raons per a pensar que el prestador del servei està actuant de dolenta fe, o que no serà capaç de resoldre els defectes de la seva prestació en un termini raonable³⁰¹. Es propicia així una sort d'exercici anticipat del remei consistent a obligar al compliment, que salvaguarda, al mateix temps, el dret a complir o la possibilitat de l'empresari de posar la cosa –en el contracte de serveis, la prestació– en conformitat (*right to guareixi*), que apareix regulat en la normativa comunitària sobre el contracte de compravenda³⁰², i es predica també en general en els PECL³⁰³. S'emmarca, en definitiva, dintre de la tendència general que s'observa en tots els textos d'harmonització d'afavorir el compliment contractual. La subsanació del compliment defectuós, tal com està construït en el DCFR –com un dret del deutor i com una modalitat del remei de l'execució forçosa–, ha de correlacionar-se amb l'obligació del client de notificar la falta de conformitat, ja que si no ho fa el prestador del servei no podrà exercir el seu dret a rectificar i, amb això, aconseguir el resultat objectiu al que es va obligar al contractar. Novament ens trobem davant una relació contractual en la qual es fa

²⁹⁹ Em refereixo als casos d'impossibilitat o excessiva onerosidad del compliment en l'apartat V.4, al tractar el remei de la resolució del contracte.

³⁰⁰ Art. III 3:201.

³⁰¹ Arts. III 3:202 i 3:203.

³⁰² Art.37 CISG.

³⁰³ Art. 9: 102 PECL. Vease J. YOVEL, "The Seller's Right to Guareixi a Failure to Perform: An Analytic Comparison of the Respective Provisions in the CISG and the PECL", disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906604. La doctrina majoritària espanyola, i la jurisprudència defensen també aquest dret a la reparació del compliment defectuós i a l'efectiva execució del contracte. Cf. A. M. MORALES MORENO, *La Modernización...* p. 61, L. DIEZ PICAZO *Fundamentos*, tom II, p. 680, i F. PANTALEÓN "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *ADC*, 1993 p. 1729. Així ho ha entès també el nostre TS, cfr STS 13.7.2005, [RJ 5098](#): "Certament l'incompliment o el compliment defectuós del contracte d'obra dóna dret al perjudicat a demanar al contractista la reparació. Es tracta d'una obligació de fer i, en conseqüència, se li ha d'aplicar la regla continguda en l'article 1098 Cc de manera que «si l'obligat a fer alguna cosa no la fes, es manarà executar a la seva costa»".

necessària la constant interacció entre les parts perquè el resultat s'obtingui. Perquè del que no hi ha dubte, i així ho manifesten els redactors del DCFR, és de la vinculació que l'article IV.C 2:110 estableix entre conformitat i obtenció del resultat projectat en el contracte³⁰⁴.

La tercera qüestió relacionada amb el dret a l'execució forçosa que pot imposar-se al prestador del servei, és la dels remeis davant l'incompliment dels deures d'informació cap al seu client. Aquesta obligació adquireix carta de naturalesa en el DCFR i per això el seu incompliment pot considerar-se "fonamental" a l'efecte de la defensa de l'interès del client no informat correctament. En concret, si es tracta de l'omissió d'una informació precontractual que pot considerar-se rellevant, aquesta passa a formar part del contracte, integrant-lo i, en aquest sentit, s'exercita una sort d'execució forçosa ja que el contingut de la informació no donada es pot imputar al professional o empresari en el moment de reclamar-li per la falta de conformitat de la prestació.

Cabria considerar, finalment, l'aplicació del remei del compliment específic – aquesta vegada en benefici del prestador del servei-, a tots aquells supòsits en els quals el client incompleixi la seva obligació principal. L'execució forçosa només s'activa davant l'incompliment del client de la seva obligació de pagar el preu pactat com remuneració del servei. Cap altra de les obligacions del client engega el mecanisme de l'execució forçosa, amb el que això duu amb si quant a la consideració de les obligacions del client (inclosa la de proporcionar la informació necessària per a l'execució de la prestació, o la d'impartir instruccions) com una mera càrrega necessària per a l'obtenció de la prestació.

5.2. Suspensió de l'obligació recíproca

El remei del compliment específic, quan afecta a l'obligació de fer del prestador del serveis, pot i sol anar acompanyat de la suspensió de l'obligació de pagament del preu (la seva obligació recíproca com client), fins que tingui lloc el compliment complet i correcte de la prestació de fer³⁰⁵. El client concedeix un nou termini per a complir, però mentre l'agent repara o acaba la seva tasca,

³⁰⁴ *"The service provider might still be able to perform the main obligation under the contract..."*
DCFR, Full Edition, Comentario A a l'art. IV.C 2:110, p. 1691.

³⁰⁵ Art. III 3:401.

suspèn total o parcialment el pagament del preu, perquè el contracte de serveis és sinal·lagmàtic i la falta de realització de la prestació i amb això, la consecució del resultat promès, impedeix que neixi l'obligació de pagament del preu. Referent a això és clarificador l'article IV.C.-3:107.³⁰⁶, en el qual es determina el moment del naixement de l'obligació de pagar: a partir del lliurament de l'obra executada, amb una redacció absolutament parella a la dels articles 1599 i 1600 Cc sobri contractes d'obra.

També podria suspendre'ls l'execució del servei per part del prestador del mateix si és el client el qual no observa els seus deures de cooperació, per exemple, en el cas que s'incompleixi el deure informació, de contestar a tots els requeriments del prestador del servei en aquest sentit, o de l'obligació de donar les instruccions precises, tot això de conformitat amb l'article IV.C 2:103.³⁰⁷. Cap pensar fins i tot que, si el prestador opta per suspendre l'execució del servei, i aquesta situació no es des bloqueja amb un canvi de comportament del client, el prestador del servei haurà de poder posar fi a la relació contractual exercitant la facultat de desistiment del contracte.

5.3. Reducció del preu per prestació defectuosa

El remei de la reducció de la contraprestació se situa perfectament en tots els supòsits d'incompliment no essencial, o merament defectuosos, o tardà, del prestador del servei. La qüestió de l'incompliment del termini és la qual amb més freqüència genera situacions d'insatisfacció de l'interès del client, i en les quals encaixaria perfectament el remei de reduir la quantia del preu pactat, en atenció a aquesta tardança i a l'efecte de respectar el principi general de conservació del contracte. Cap plantejar-se si aquesta qüestió del moment del compliment, el termini, pot considerar-se essencial en el contracte de serveis³⁰⁸ i, per això, dur aparellat un remei diferent. Són contínues les referències al termini que es fan en el Llibre IV.C, així, l'element temporal forma part del

³⁰⁶ Vegi's també DCFR IV.C 4:106 i 5:106.

³⁰⁷ Acord al seu torn amb l'amatent per a tota modalitat contractual en l'art. III 3:401.

³⁰⁸ El concepte d'incompliment essencial procedeix de la Convenció de Viena (Art. 25 CISG: L'incompliment del contracte per una de les parts serà essencial quan causi a l'altra parteix un perjudici tal que la privi substancialment del que tenia dret a esperar en virtut del contracte, tret que la part que hagi incomplert no hagués previst tal resultat i que una persona raonable de la mateixa condició no ho hagués previst en igual situació). Cf. F. LLODRÀ GRIMALT "Non performance", en J.H.M. van ERP i A. VAQUER ALOY, *Introduction to Spanish patrimonial law*, p. 85.

contingut de la informació precontractual del prestador, qui ha d'advertir sobre una possible demora en la consecució del resultat³⁰⁹, el termini per al compliment és un dels criteris que s'ofereixen al jutgador per a determinar si l'actitud de l'agent s'adequa a les normes de diligència i perícia³¹⁰. Fins a tal punt és així que cabria considerar com incompliment essencial el retard en la prestació i activar si escau el remei de la resolució del contracte³¹¹. Però els redactors del DCFR entenen que la resolució ha de ser excepcional i, en principi, consideren el retard com incompliment no fonamental que només donarà lloc a la resolució si el client primer concedeix un termini addicional i raonable per a complir la prestació, i si el prestador del servei torna a incórrer en mora³¹². En el nostre país el TS opta per enjudiciar en cada cas el valor del temps en relació a l'obligació de fer del prestador del servei, entenent que:

“(...) el mer retard no significa en tot cas la frustració de la fi negocial (...) i la condició essencial del terme en el compliment de les obligacions ha d'inferir-se clarament tant del pacte com de la voluntat negocial de les parts en aquell abocades”³¹³.

Al costat de la prestació defectuosa, també exigiria un ajustament de les obligacions del prestador del servei el cas d'incompliment per part del client dels seus deures de cooperació, tal com preveu l'article IV.C 2:103. En aquest cas si el client no coopera, la reducció del preu es convertiria, per al prestador del serveis en la possibilitat d'ajustar, o bé la qualitat del servei que presta, o bé el termini en el qual ha de complir-lo. Així, l'apartat (2) del citat article preveu que el professional perjudicat per la falta de cooperació o informació del seu client, pugui portar a terme la prestació rebaixant el nivell d'exigència en l'obtenció del resultat promès al nivell mig de qualitat que es consideri raonable donades les circumstàncies. I l'apartat (3) d'aquest mateix article atorga al prestador del servei el dret a l'ajustament del termini fixat per al compliment de

³⁰⁹ Cf. art. IV.C 2:102 (1) c).

³¹⁰ Cf. art. IV.C. 2:105 (4) i).

³¹¹ Cf. art. III 3:502.

³¹² Cf. *DCFR Full Edition*, Comentari C a l'art. III 3:102, p. 777 i 778.

³¹³ SAP Lleida, 3.5.2010 (Cendoj: 25120370022010100175) que fa referència a l'article 8:103 PECL amb cita de la jurisprudència del TS (SSTS 10.4.2001, RJ 2391, i 17.12.2008, RJ 530). Cf. P. PERALES VISCASILLAS, “La aplicación jurisprudencial en [España](#) de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de [Unidroit](#) y los Principios del [derecho contractual europeo](#): de la mera referencia a la integración de lagunas”, *La Ley*, 31 de maig de 2007, p. 8.

la seva obligació de fer. El client responsable assumirà el cost de l'allargament del termini en el compliment de la prestació.

5.4. El remei de la resolució del contracte de serveis

L'extinció de la relació contractual entesa com remei es regula per al contracte de serveis en l'article IV.C 2:111 com una facultat del client si es donen els supòsits previstos en l'apartat (5) b), que al seu torn es remet expressament al previst en l'article III 3:501 i següents. És a dir, en aquells casos en els quals no s'hagi assolit el resultat promès en el contracte, o el resultat que es podia esperar pel client en atenció a la naturalesa del servei prestat, o quan la consecució dels objectius del servei esdevé impossible en funció de les circumstàncies sobrevingudes que afecten a un negoci jurídic, en la majoria dels supòsits, de tracte successiu.

L'article IV.C 2:111 tracta la resolució del contracte de serveis de forma global, no només referida als supòsits d'incompliment³¹⁴. El requisit essencial per a qualsevol client que opta per resoldre és el del preavís mitjançant notificació al prestador del servei i concedint un temps raonable fins a l'eficàcia de la resolució, per a no incrementar el perjudici. El client perdrà la facultat de posar fi a la relació contractual en el cas que el professional hagués intentat un compliment tardà de la seva prestació i el client no li hagués notificat la resolució en un període raonable de temps des que va ser conscient de l'intento de compliment. Es tracta, així, d'imposar al client el deure actuar de bona fe a l'hora d'executar la seva facultat de resolució contractual.

Per remissió a les normes del Llibre III, la resolució té efectes *ex nunc*, i no afecta a cap dret contractual adquirit per qualsevol de les parts amb anterioritat al moment de la terminació del contracte. En el contracte de serveis la resolució no afecta a les prestacions ja realitzades, però allibera al prestador del servei de l'obligació de continuar amb la realització de la seva activitat. Així, el rescabament del client prové del remei de la indemnització que acompanya sempre a la resolució per incompliment contractual i abasta no solament els danys ja soferts sinó també els danys i pèrdues causats per les obligacions que

³¹⁴ De fet, m'he referit per extens a aquest article en el capítol tercer, apartat III.4, sobre la facultat del client de resoldre el contracte amb o sense justa causa en qualsevol moment.

el prestador del servei deixarà de complir com efecte de la resolució del contracte³¹⁵.

Es tracta d'un plantejament ampli del remei resolutori que coincideix absolutament amb el previst per al nostre país en la PMCC, en la qual la resolució s'integra en la nova concepció de l'incompliment contractual continguda en aquesta proposta legislativa³¹⁶ i, per tant, al marge de la dicció del vigent article 1124 Cc i amb independència dels supòsits concrets de desistiment que es regulen en seu de contracte d'obra, dipòsit o mandat. El resultat és que la resolució contractual es preveu en qualsevol supòsit d'incompliment, sigui per causa imputable al deutor sigui per impossibilitat sobrevinguda i fortuïta de la prestació, i pot procedir també en el supòsit de retard o falta de conformitat i, fins i tot, en els supòsits d'incompliment anticipat. Així, l'incompliment resolutori que majoritàriament concep la doctrina i la jurisprudència espanyola, no ha de ser necessàriament culpable sinó simplement dur amb si l'objectiva frustració de la fi del contracte³¹⁷.

a. Resolució per incompliment

La primera i principal causa de resolució del contracte de serveis consisteix en l'incompliment essencial de la prestació, aquell que priva al client de les seves legítimes expectatives, per exemple, el lliurament o intent de lliurament d'un bé immoble distint del projectat, l'elaboració d'un projecte que no s'ajusta a les directrius establertes en l'encàrrec, el no funcionament del vehicle que es va deixar en el taller per a la seva reparació, el retard de tal magnitud en la prestació de l'assessorament fiscal requerit que el client ja no pugui utilitzar-lo per a l'adopció d'una decisió en la forma d'autoliquidar un determinat impost. Estaríem en el supòsit de la no obtenció de la conformitat objectiva del contracte, per tant, el remei de la resolució contractual apareix vinculat en

³¹⁵ Cf. *DCFR Full Edition*, Comentario I a l'art. III 3:509, p. 889, A. SOLER PRESES, "La indemnització per resolució del contracte en els PECL/DCFR", *InDret* 2/2009, p. 3 et seq.

³¹⁶ S'entén que hi ha incompliment quan el deutor no realitza exactament la prestació o qualsevol altre deure que de la relació obligatòria resultin –art. 1188 PMCC-, de manera que el deutor no s'exonera per no haver estat culpable sinó només quan concorren les causes legals d'exoneració –art. 1209 PMCC.

³¹⁷ Vegi's referent a això, L.P. SAN MIGUEL, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004, p. 178 et seq. SSTS 11.112003, RJ 8290 i 31.5.2007, RJ 4336.

primer lloc, i per remissió al disposat en l'article IV.C 2:106, a la falta d'obtenció del resultat del servei.

En els casos d'incompliment essencial cap també la resolució anticipada respecte de la data de venciment de l'obligació, quan el client té la seguretat que el resultat de la prestació de fer ja no s'obtindrà per l'agent. Així ho disposava de forma expressa l'article 1:112 (3) PEL SC i s'ha recollit en el Llibre III DCFR per a totes les modalitats contractuals³¹⁸. També preveia el precedent sobre contractes de serveis que el client pogués resoldre el contracte en els casos que, havent incompliment de l'agent, el resultat del servei encara es pogués obtenir, o almenys hagués possibilitats de poder obtenir-se, per altre professional o empresari més competent.

En segon lloc, el remei de la resolució contractual també pot operar quan es produeix l'incompliment del prestador d'un servei qualificat expressament per les parts en el contracte com una obligació de mitjans. No existeix una garantia d'obtenció d'un resultat però sí un compromís de diligència i habilitat molt concret per part del prestador del servei. Cabria que el client resolgués el contracte en un supòsit de negligència del seu assessor, o del seu metge? AL meu judici, sens dubte sí, puix que com ja s'ha exposat en el capítol precedent d'aquesta obra, la culpa que s'imputa al prestador del servei que ha actuat negligentment expressa l'incompliment del contracte i, si l'obligació s'ha configurat com de mitjans en el contracte, expressa un incompliment essencial, per tant susceptible d'activar el remei de la resolució del contracte. També m'he referit a l'esforç realitzat pels autors del DCFR per a aportar criteris objectius que permetin amidar o avaluar el nivell de *skill and care* del prestador del servei en cada cas. L'article IV.C.-2:105 fa esment a les normes que regeixen als professionals col·legiats o integrants d'un grup professional, a la competència o especial capacitació de la qual fa gala el prestador del servei en el moment de la informació precontractual al client. De manera que si una persona s'ha atribuït unes habilitats o coneixements que després es demostra que no posseeix a la vista de la seva forma de realitzar l'encàrrec, el client podrà al·legar incompliment essencial del contracte i sol·licitar la resolució del mateix. La lectura completa de l'article IV.C 2:105 permet sostenir que també es contempen suposats d'incompliment no essencial quan poden imputar-se a

³¹⁸ Cf. art. III 3:504.

l'agent petites negligències que no impedeixen l'obtenció del resultat -encara que sigui defectuós- que es va proposar pel client, en aquest cas no cabria la resolució contractual, màxim quan es donen circumstàncies com el termini en el qual s'ha de realitzar l'encàrrec o, fins i tot, la gratuïtat del servei per raons de parentiu o amistat entre el prestador del servei i el seu client.

b. Resolució per circumstàncies sobrevingudes: excessiva onerositat o impossibilitat de realitzar la prestació.

El contracte de serveis en la majoria dels supòsits és de tracte successiu, i el compliment de la prestació es perllonga en el temps com un procés dinàmic, de materialització progressiva. Sofreix diverses vicissituds entre les quals pot contemplar-se un canvi substancial de les circumstàncies que faci impossible o excessivament oneros el compliment de la prestació. Cap, en aquest sentit, aplicar als serveis les excepcions previstes a l'execució *in natura* de l'article III 3:302, (3) a) i b), quan la prestació esdevé impossible o excessivament onerosa³¹⁹.

No regula el Llibre IV.C cap especialitat sobre la impossibilitat física o jurídica sobrevinguda de complir la prestació³²⁰, però si preveu la modificació substancial de les circumstàncies, quan en l'article IV.C 2:109 contempla la possibilitat que qualsevol de les parts, prestador del servei o client, procedeixin a la modificació unilateral del contracte si es compleixen determinats requisits

(1) Sense perjudici del dret del client a la resolució unilateral del contracte d'acord amb l'art. IV. C – . 2:111 (Dret del client a la resolució unilateral del contracte), qualsevol de les parts pot, prèvia notificació a l'altra, modificar el servei que ha de ser prestat, si tal modificació és raonable tenint en compte:

(a) el resultat a obtenir;

(b) els interessos del client;

(c) els interessos del prestador del servei; i

³¹⁹ Cf. L. P. SAN MIGUEL PRADA, "L'excessiva onerosidad: una propuesta de regulació europea", en S. ESPIAU, A. VAQUER (ed.), *Bases d'un dret contractual europeu*, València, 2003, p. 371 ss.

³²⁰ Per altra banda, es tracta d'una qüestió pacífica sent admesa en tots els ordenaments nacionals que la impossibilitat sobrevinguda per causa de força major justifica el recurs al remei resolutori de la relació contractual. Vegi's entre la doctrina espanyola L. DÍEZ-PICAZO, "Sobre la impossibilitat de la prestació", en J. M. ABRIL CAMPOY, M. I. AMAT LLARI (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, València, 2006, p. 1087 ss., F. GOMEZ POMAR, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 197, i la SAP Lleida 13.09.07, JUR 335298.

(d) les circumstàncies en el moment de la modificació.

(2) Una modificació és considerada raonable només si

(d) és requerida per un canvi de circumstàncies que justificaria una modificació de les obligacions del prestador del servei d'acord amb l'art. III: - 1:110 (Modificació o resolució del contracte per un tribunal a causa de un canvi de circumstàncies).

(3) Qualsevol preu addicional que sigui resultat de la modificació ha de ser raonable i ha de ser determinat amb els mateixos criteris de càlcul amb els quals es va determinar el preu original del servei.

(4) Si la modificació implica reducció del servei, la pèrdua d'ingressos, l'estalvi de despeses, i la possibilitat d'obtenir profit del treball efectuat pel prestador del servei per a altres fins seran tinguts en compte per a calcular el preu que resulti exigible com a conseqüència de la modificació del servei.

(5) Una modificació del servei pot conduir a un ajustament del temps previst per al compliment, que serà proporcional al treball addicional requerit pel que fa al treball originàriament sol·licitat i al termini inicial establert per a la prestació del servei.

Es tracta de supòsits objectius en els quals l'obligat a complir pot demostrar que el compliment tal com es va pactar al principi li suposa esforços o despeses irraonables, de manera que es fa necessària una modificació del contracte que afectarà, lògicament, a la pròpia obligació de fer i al preu pactat com remuneració, o a altres elements que afecten al compliment contractual com és el termini previst per a la realització de la prestació. La regla de l'alteració unilateral del contracte constitueix una important excepció al principi de vinculació contractual consagrat en totes les legislacions europees, en virtut del com les parts són sobiranes per a determinar les seves obligacions recíproques al temps de la consumació del contracte, i aquests termes contractuals no poden alterar-se unilateralment sense el consentiment de l'altra part contractual³²¹. Com a tal excepció, la modificació unilateral del servei queda subjecta al principi de raonabilitat, que impedeix l'arbitrarietat de qui opta per la modificació i, d'aquesta manera eludeix la prohibició que el contracte quedi a l'arbitri d'una de les parts. De la mateixa manera, si s'observen els

³²¹Cf. P. SALVADOR CODERCH, "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret* 4/2009, p. 6.

requisits d'aquest article la part que no ha decidit la modificació del servei ha d'acceptar-la i no pot oposar-se a la mateixa, perquè l'excepció a la regla de vinculació contractual queda positivitzada i escapa al poder de decisió de les parts. És destacable la referència al *resultat del servei*, com primera i, podria afirmar-se, principal raó d'ésser de la norma que permet la modificació del contracte. És tan important obtenir la conformitat, el resultat promès que s'entén justificada la modificació unilateral del contracte si el resultat del contracte queda, així, assegurat.

Així mateix, la referència continguda en aquest article a l'alteració substancial de les circumstàncies, i als termes de l'article III. 1:110.³²², ens permet sostenir l'absoluta aplicabilitat del remei resolutori als contractes de serveis que s'hagin revelat com excessivament onerosos per a les parts contractuals. L'alteració sobrevinguda de les circumstàncies queda regulada en la part general sobre obligacions i contractes del DCFR a manera de clàusula de tancament comú a totes les modalitats contractuals, puix que el modern Dret europeu de contractes es considera causa suficient per a la revisió o renegociació del contracte o, en últim terme, per a la seva resolució.

És molt comuna, en efecte, que en el desenvolupament de la prestació d'un servei d'assessorament immobiliari es produeixi, per exemple, una modificació en la qualificació urbanística del mateix, o que en el procés d'un tractament mèdic tingui lloc una complicació inesperada que afecti a les decisions primeres adoptades pel professional sanitari. Així, l'article III 1:110 tindrà cabuda en seu de serveis, sempre d'acord amb el disposat en l'article IV.C 2:108 sobre l'obligació del prestador del servei de prevenir a la contrapart quan, durant l'execució es presenten nous riscos no previstos, o es dona una alteració de les circumstàncies que modifica substancialment l'equilibri contractual i que poden acabar conduint fins a la resolució del contracte per impossibilitat o excessiva onerositat de la prestació. En definitiva, el prestador del servei haurà d'intentar evitar, raonablement i de bona fe, el remei resolutori mitjançant la re negociació del contracte, de manera que realment aquest mecanisme sigui excepcional. Per exigència de la norma continguda en el Llibre III, s'exigeix a més que

322 Cf. Art. III 1:110 *Variation or termination by court on a change of circumstances*. Aquest article es refereix a l'execució *excessivament onerosa*, referència procedent de la regla de l'art. 1467 CC italià que, a més, traduïx de l'anglès l'expressió *hardship* de l'art. 6.2 Unidroit.

l'alteració substancial de les circumstàncies que duen a l'extinció de la relació contractual es produeixi sempre amb posterioritat a la formalització del contracte, i que el risc d'aquest canvi no ha de ser assumit pel prestador del servei.

Tot aquest plantejament sobre la re negociació i si escau resolució del contracte arriba al Dret espanyol a través de l'article 1213 PMCC, que es deté a regular, al meu judici amb encert, l'alteració de circumstàncies que afecten de manera extraordinària al contracte. En seu de teoria general del contracte, la modificació contractual per alteració de les circumstàncies s'articula des del principi de vinculació contractual, que seria la regla general, i per això es concep com l'excepció a la regla³²³. Exigeix que l'alteració de les circumstàncies sigui extraordinària i imprevisible i que tingui com a conseqüència, o bé l'excessiva onerositat del contracte per a una de les parts o, si escau, la frustració de la fi del contracte, això és, la inservibilitat del mateix. També es refereix al criteri de la razonabilitat, en clara emulació del model europeu i, contempla, com últim recurs, el remei de la resolució contractual si no cap forma de modificació contractual que respecti la reciprocitat d'interessos del contracte³²⁴.

5.5. Indemnització per danys i perjudicis i interessos

El remei de la indemnització de danys i perjudicis apareix recollit en la part general en l'article III 3:701, de forma idèntica als altres instruments

³²³ Assenyala Salvador Coderch que "hi ha motius per a defensar la tesi (...) segons la qual, la relació entre el principi general de vinculació contractual i l'excepcional revisió o terminació del contracte per alteració de les circumstàncies ha de reconsiderar-se: estariem davant dues disposicions d'un mateix sistema de dret positiu, l'aplicabilitat del qual al cas estaria en funció de la concurrència dels seus respectius supòsits de fet. La revisió del contracte seguiria sent excepcional, però deixaria d'estar fora dels confins de la llei. La distància, en cada context, entre regla i excepció s'hauria reduït o, almenys, seria més fàcilment predeterminable: l'excepció s'hauria estabilitzat en el sistema, com parteix integrant del seu conjunt". P. SALVADOR CODERCH, "Alteración de circunstancias..." cit., p. 5.

³²⁴ Dintre dels drets civils autonòmics, i clarament avançat al seu temps, el dret civil navarrès inclou des de 1973 una regla general sobre alteració de les circumstàncies en l'apartat tercer de la Llei 493 (Compliment de l'obligació) del Fuero Nuevo: "Quan es tracti d'obligacions de llarg termini o de tracte successiu, i durant el temps de compliment s'alteri fonamental i greument el contingut econòmic de l'obligació o la proporcionalitat entre les prestacions, per haver sobrevingut circumstàncies imprevisibles que facin extraordinàriament onerosos el compliment per a una de les parts, podrà aquesta sol·licitar la revisió judicial perquè es modifiqui l'obligació en termes d'equitat o es declari la seva resolució". Cf. M^a Á. EGUSQUIZA BALMASEDA, "Comentario a la Ley 493", en E RUBIO TORRANO (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, 2002, pàg. 1664-1673.

d'harmonització del dret contractual europeu³²⁵, i de la mateixa manera que es proposa per al nostre país en l'article 1205 PMCC:

III 3:701 Dret a indemnització de danys i perjudicis. (1) El creditor té dret a una indemnització pels danys derivats de l'incompliment d'una obligació per part del deutor, tret que l'incompliment estigui justificat. (2) El dany indemnitzable inclou el dany futur que, raonablement, és probable que ocorri.(3) El terme "dany" comprèn tant el patrimonial com el no patrimonial. El terme "dany patrimonial" comprèn la pèrdua d'ingressos o de guanys, les despeses que s'incorri i la reducció en el valor d'un bé. El terme "danyo no patrimonial" comprèn el dolor, el sofriment i la deterioració en la qualitat de vida

És acumulable a la resta dels remeis previstos, en concret, al remei de l'execució forçosa, al de la reducció del preu per prestació defectuosa, i al remei de la resolució contractual, encara que també pot recórrer-se a aquest remei aïlladament davant incompliments puntuals de qualsevol de les parts, que no frustren la fi del contracte però que si poden fer mereixedora d'un rescabament a la part que sofreix l'incompliment. Així, el perjudicat veu incrementada la seva protecció podent triar el remei que instarà enfront de l'incompliment de l'altra part o també optant per instar, únicament, el remei de la indemnització si ja ha aconseguit l'objectiu principal del contracte. Això es preveu en el DCFR per al contracte de serveis, en relació a les següents obligacions contractuals:

a) Obligacions de cooperació del client: l'article IV.C 2:103 (3) recull els remeis aplicables a qualsevol tipus d'incompliment del client assenyalant en primer lloc el dret del prestador del servei a la indemnització pels danys que li ha causat la falta de cooperació del client. Ja he esmentat la qualificació jurídica que cap atribuir a aquestes obligacions de col·laboració com mera càrrega, no obstant això la qual cosa cap destacar aquesta previsió legal del remei indemnitzatori en favor del prestador del servei. En efecte, qui ha hagut de complir amb la seva prestació sofrint l'encariment de la mateixa o l'incrementa del temps de dedicació necessari per a realitzar-la, per causa imputable a l'actitud passiva del seu client, podrà exigir, a més de la remuneració per la seva activitat, el

³²⁵ Art. 9:501 PECL i art. 7.4.2 Unidroit.

cobrament d'una indemnització que li rescabali dels danys soferts per aquesta causa. En el mateix sentit, l'article IV.C 2:102 es refereix a la indemnització com remei quan el client no adverteix de fets inusuals que es donen en el cas concret i que van a influir en el desenvolupament de la tasca encomanada.

Per altra banda, l'article IV.C 2:110 sanciona amb indemnització al client que no notifica en termini la falta de conformitat al prestador del servei³²⁶, i l'article IV.C 2:111 preveu el remei indemnitzatori si el client opta per desistir del contracte sense justa causa³²⁷.

b) Obligacions d'informació, advertiment o assessorament del prestador del servei. El professional ha d'observar els seus deures d'informació durant el desenvolupament del contracte, ha d'advertir dels nous riscos que vagin sorgint, o de la modificació de les circumstàncies que pot derivar en una modificació unilateral del contracte, o de les conseqüències que s'originen arran de les noves instruccions impartides pel client. L'article IV.C 2:108 preveu que si esdevé el risc previst, això és, el resultat s'obté però es danyen altres interessos del client, la falta d'advertiment genera el dret del primer a reclamar la indemnització pels danys efectivament soferts. Aquesta concreta previsió del remei indemnitzatori enfront del prestador del servei pot relacionar-se amb la sanció de l'actuar imprudent que s'estableix a través de la cridada regla de la previsibilitat³²⁸. S'exigeix al prestador del servei una actitud vigilant per a preveure i avisar dels riscos que cap que sorgeixin a tenor del desenvolupament del servei. S'indemnitza no només pel dany que era previsible i que ha sofert el client, sinó a més per no haver advertit en termini de l'existència del risc que tal dany tingués lloc.

Tornant al supòsit en el qual remei indemnitzatori acompanya a qualsevol dels altres que s'activen per causa de l'incompliment del prestador del servei de la

³²⁶ Recordi's que la notificació anticipada de la falta de conformitat només ha de realitzar-se pel client si realment es percatà que va a haver incompliment. Assenyala l'IV.C 2:110 que es presumirà que coneix tal falta de conformitat si té motius per a ser coneixedor en funció dels fets i circumstàncies que es donin sense haver realitzat investigació alguna. El primer remei que duu aparellat aquest incompliment és el d'indemnitzar: "*Si de l'incompliment pel client de les obligacions previstes en l'apartat (1) es deriva que el servei resulti més car o requereixi més temps del previst en el contracte, el prestador del servei podrà reclamar una indemnització pels danys i perjudicis soferts/sofrits com a conseqüència d'aquest incompliment*".

³²⁷ Vegi's l'apartat III.4 d'aquest treball en el qual tracto la facultat de desistiment del client d'un contracte de serveis, un desistiment que no requereix justa causa però que si preveu el dret a una indemnització en favor del prestador del servei.

³²⁸ Cf. art. III 3:703.

seva obligació de fer, cal assenyalar que la indemnització pels danys i perjudicis sofits opera en l'àmbit del contracte de serveis com la forma de sancionar la conducta contrària a les obligacions de diligència i perícia de l'agent o, en sentit contrari, és un remei que queda exclòs en els casos que s'acredita una conducta correcta de l'agent, de manera que cap sostenir que l'objectiva falta de conformitat entre els resultats obtinguts i els promesos en el contracte porta causa de la falta del compliment dels seus deures de cooperació per part del client. La qual cosa ens condueix novament a la idea que el judici de responsabilitat en relació amb el contracte de serveis sempre és complex, això és, no pot prescindir de l'anàlisi de la conducta de l'agent, per molt que els autors del DCFR s'acordin a proporcionar criteris objectius per a facilitar la tasca del jutge a l'hora d'amidar la diligència o la perícia exigible en cada cas. Es prescindeix del criteri culpabilístic però es j en tot cas la conducta del prestador del servei, almenys a l'efecte d'acordar o denegar el remei indemnitzatori en favor del client que no ha obtingut les seves legítimes expectatives. També queda exonerat de la indemnització el prestador que demostra que s'ha donat un cas d'impossibilitat o força major segons resa l'article III 3:104 DCFR. Aquest plantejament apareix d'alguna manera plasmada en l'article 1209 PMCC. Segons l'article 1209 el deutor no respon dels danys que el seu incompliment hagi causat al creditor, si es donen certs pressupostos. En aquest cas, l'incompliment és excusable, és una causa d'exoneració, mentre que en els altres supòsits l'incompliment serà inexcusable, tenint el deutor que indemnitzar. L'article 1209 ve a assenyalar que l'esmentada exoneració és als efectes indemnitzatoris. AL creditor no se li impedeix que exerciti altres drets distints del indemnitzatori que poguessin correspondre-li, podrà exercitar, per exemple, la resolució de la relació contractual o la reducció del preu. Pot exercitar-los perquè, en relació amb aquests remeis no s'exigeix un incompliment inexcusable. Així, la resolució i la reducció del preu també s'apliquen en l'incompliment excusable. Això és possible, pel caràcter neutral de l'incompliment que propugna la PMCC emulant la doctrina del dret europeu dels contractes.

Cabria fer referència ara, a l'abast dels danys reclamables. Amb caràcter general la indemnització de danys en el DCFR comprèn el dany emergent i el

lucre cessant, i també comprèn, tal com es preveia en els PECL³²⁹ i a diferència de la solució que ara proposa l'instrument opcional³³⁰, el denominat dany no patrimonial o dany moral. El Llibre IV.C del DCFR no estableix cap concreta pauta sobre la quantia de la indemnització en els serveis³³¹. Partint d'aquest contingut ampli i que la quantia global de la indemnització pels danys causats es defineix com la suma de diners que col·loqui al client el més prop possible de la situació en la qual es trobaria si l'obligació hagués estat degudament complerta³³², hem de plantejar-nos alguns criteris que ajudin al jutge a determinar l'abast quantitatiu dels danys indemnitzables en l'àmbit de la prestació de serveis.

En primer lloc, si es pot atribuir a la prestació la condició de *intuitu personae debitoris*, si l'obligació de fer del professional o empresari es revela personalíssima, perquè tal prestigiós advocat o arquitecte ha estat triat nominativament pel seu client a tenor de la fama personal que li precedeix, és a dir, si ens trobem davant una obligació de fer de caràcter no fungible, òbviament aquesta circumstància ha de considerar-se rellevant a l'efecte de la determinació de la quantia de la indemnització per incompliment de l'agent. No es tracta d'una prestació intercanviable o substituïble per la qual realitzi altre professional del mateix sector, perquè ja no serà aquell especialment prestigiós que el client va triar³³³. Les legítimes i raonables expectatives del client formulades a partir del contracte de prestació de serveis celebrat amb caràcter personalíssim resulten frustrades, i en això precisament consisteix la falta de conformitat del contracte. La responsabilitat de l'agent per l'obligació de fer a la qual s'havia compromès és la mateixa que la qual adquireix qualsevol altre advocat o arquitecte en el desenvolupament de la seva activitat, però la frustració de la fi del contracte en el cas d'incompliment d'una prestació de fer no fungible adquireix una rellevància que ha de plasmar-se en la quantia de la

³²⁹ Art. 9:501 PECL

³³⁰ Com (2011) 635, final, art. 159 . Tampoc ho fa l'art. 1207 PMCC.

³³¹ L'article 1:112 dels PEL SC, sí contemplava expressament la possibilitat d'incloure entre els danys resarcibles, tots aquells costos necessaris des de la perspectiva de la razonabilidad per a poder establir i acreditar l'incompliment que ha incorregut el prestador del servei, així com els costos per a prevenir el resultat dañoso que es derivarà del tal incompliment.

³³² Art. III 3:702.

³³³ Assenyala DIEZ PICAZO que "en les obligacions de fer de caràcter infungible, la impossibilitat que afecta a la persona del deutor, ha de considerar-se com impossibilitat absoluta de la prestació, amb els efectes que a aquesta figura han d'assignar-se", cf. *Fundamentos...*, t. II, p. 280.

indemnització imposada al deutor, ja que aquest determinat professional no és substituïble.

Altres elements que cal considerar en relació amb la quantia de la indemnització és el qual es deriva del judici de la conducta de l'agent. Està clar que la imposició d'una sanció indemnitzatòria no podrà ser igual en els casos en els quals s'adverteixi dol en el prestador del servei i en els quals se de una conducta merament negligent. Per exemple, no mereixerà la mateixa sanció indemnitzatòria qui conscientment exerceix tasques com assessor jurídic sense tenir la capacitat específica per a això, que qui en l'exercici de la seva professió incorre en negligències o retards de divers ordre. Entenc que la quantificació del dany resarcible en els contractes de serveis haurà d'abordar-se pel jutgador que imposa la indemnització a partir del concepte objectiu que s'extreu de la pròpia falta de conformitat del contracte: s'ha de rescabalar el dany que pugui justificadament immutar-se a l'incompliment, les conseqüències que per al client es derivin de la no satisfacció de les seves legítimes expectatives, que és en el que consisteix el risc assumit pel prestador del servei en el moment de contractar. Ara bé, sobre aquest valor objectiu la funció moderadora del jutge i la seva recerca de la solució justa en el cas concret conduirà a la consideració d'altres circumstàncies, de manera que l'incompliment dolós o greument negligent haurà de reduir-se en un increment de la indemnització.

BIBLIOGRAFIA

ALEMÁN MONREAL, A., *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Almería, 1996

ALMAGRO NOSETE, J., *Responsabilidad civil de las profesiones jurídicas*, Madrid, 2010

ALONSO ESPINOSA, F.J., *La responsabilidad civil del administrador de capital en sus elementos configuradores*, Dykinson, Madrid, 2006,

ALVAREZ SÁNCHEZ, J. L. (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, CDJ, nº VII, 2003.

ARNAU RAVENTÓS, L., “L’Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription”, *Revista Catalana de Dret Privat*, 2007, p. 99 y ss.

ARROYO AMAYUELAS, E., “El derecho de contratos en el Unión Europea”, *ADC*, 2006, p 268 y ss.

ARROYO AMAYUELAS, E., “Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento “ad nutum” (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481-99) *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 9, 2006, p. 9 y ss.

ARROYO AMAYUELAS, E., “Del mandato “ordinario” al mandato “de protección” *Revista jurídica del notariado*, Nº 49, 2004, p. 9 y ss.

ARROYO AMAYUELAS E. “Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu”, Ponencia presentada en las XVI Jornades de Dret Civil Català celebradas en Tossa de Mar, en septiembre de 2010.

ARROYO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *La Ley*, número 5482, jueves, 14 de febrero de 2002, p. 1 ss.

ARROYO AMAYUELAS, E., “[El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado](#)”, *RCDJ*, 2002, p. 1511 y ss.

ARROYO AMAYUELAS, E “Formation of contracts” en J.H.M. van ERP y A. VAQUER ALOY, *Introduction to spanish patrimonial law*, 2006, p. 105 y ss.

BADOSA COLL, F./ARROYO I AMAYUELAS E.(coord.) *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*, Valencia, 2006

BADENAS CARPIO, J.M., “Contrato mixto. Servicios y mandato. Revocación extemporánea” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 47, 1998, p. 855 y ss.

BADENAS CARPIO, J.M. “Comentario al artículo 1544 Cc”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Madrid, 2006, p. 1832 y ss.

BARENDRECHT, M. et al., *Principles of a European Law. Service Contracts* (en adelante PEL SC), Munich, 2007.

BASOZÁBAL ARRUE, X. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *ADC*, nº 62-2, 2009, pp. 647-711.

BELLOMO M., *The common legal past of Europe 1000-1800*, Washington, DC, 1995

BERCOVITZ ALVAREZ, G., “Comentario al art. 1124 Cc”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Madrid, 2006, p. 1357 y ss.

BOSCH CAPDEVILA E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009.

BRENES CORTÉS J. , *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Valencia, 2005

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)”, *ADC*, 2007, p. 621 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor” en *VVAA, Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 117 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988

CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003

CAMARA LAPUENTE S., “Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?” *La Ley*, nº 4748, 5/3/1992, p. 1 y ss.

CAMARA LAPUENTE S., “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia

comunitaria: *easy car* o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (Sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto C-336/03)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, p. 375 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, S. (dir), *Comentarios a las normas de Protección de los consumidores*, Madrid, 2011, p. 264.

CASTRONOVO, C. "Information Duties and Precontractual Good Faith", *European Review of Private Law*, Vol. 17, No. 4, 2009, pp. 559-571.

CARRASCO PERERA, A. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2005

CARRASCO PERERA A., "Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach" en S. ESPIAU ESPIAU, A. VAQUER ALOY, *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia 2003, p. 297 y ss.

CARRASCO PERERA A.; E. CORDERO LOBATO, C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2005

CARTWRIGHT, J., VOGENAUER, S. y WHITTAKER, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Oxford, 2009

CAVANILLAS MÚGICA S., "Dos derechos emergentes del consumidor: a no ser molestado y a una interacción informativa", en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyond the National Systems*, p. 206 y ss.

CERVILLA GARZÓN, M^a D., *La prestación de servicios profesionales*, Valencia, 2001

CERVILLA GARZÓN, M^a D. "El nuevo régimen jurídico común de la prestación de servicios (estudio detallado de la incidencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo en el régimen del Código civil)", *La Ley*, nº 7181, de 25 de mayo de 2009, p. 2 y ss.

CERVILLA GARZÓN M^a D., (dir.) *Técnicas jurídicas privadas de autoempleo*, 2003

CERVILLA GARZÓN M^a D., "Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", *Actualidad Civil* nº 1, 2003, p. 311 y ss.

CERVILLA GARZÓN M^a D., “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado” *Actualidad Civil* nº 4, 2003, p. 1075 y ss.

CERVILLA GARZÓN M^a D., “La obligación de información del abogado” *Revista General del Derecho*, nº 676-677, 2001, p. 87 y ss.

CERVILLA GARZÓN M^a D., “Responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de la obligación de información: comentario a la STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 3106), *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 5, 2000, p. 281 y ss.

CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009

CLEMENTE MEORO, M.E. “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española” *BMJ*, nº 2131, mayo 2011, pp. 1-16.

COING, *Helmut Derecho privado europeo* (traducción de Antonio PEREZ MARTIN) I, Madrid, 1996

COLINA GAREA R., “El contrato de edificación”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de contratos*, Valencia, 2009, vol III, pp. 3346-3411

COUTO CALVIÑO, R., “Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación”, *RCE*, nº 8, 2007, p. 3 y ss.

CRESPO MORA, M^a C., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Madrid 2005

DE ANGEL YAGÜEZ, R., “La responsabilidad civil del abogado”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008

DE CRISTOFARO G.(ed.), *I Principi” del Diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, p. 509.

DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de informar*, Cizur Menor (Navarra), 2010

DIEGUEZ OLIVA, R. “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia” *InDret* 2/2009, p. 8 y ss.

DÍEZ DE CASTRO: *Distribución comercial*, Madrid, 2004.

DIEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES MORENO, A.M., *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 2008; y tomo IV sobre las particulares relaciones obligatorias, Madrid, 2010.

DIEZ PICAZO, L., "Sobre la imposibilidad de la prestación", en Juan Manuel ABRIL CAMPOY, J. M., Maria E. AMAT LLARI, M. E. (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, Valencia, 2006, p. 197 y ss.

DIEZ PICAZO, L., "Reforma de los Códigos y Derecho europeos", *ADC*, 2003, PP. 1565-1574.

DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol II., Madrid 2004, p. 395.

DIEZ DE CASTRO: *Distribución comercial*, Madrid, 2004, A. AGUSTIN: *La distribución comercial en el siglo XXI*, Madrid, 2000

DOMINGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, 2007

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "La prescripción en los PECL y en el DCFR", *InDret* 2009/3

DOMINGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010.

DURAN RIVACOBBA, R., "Apunte sobre la propuesta de reforma del derecho de obligaciones y contratos" en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, GARDEAZABAL DEL RIO y GARRIDO CHAMORRO (coords.), *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Madrid, 2010, pp. 219-253.

EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización máxima. La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores" *InDret* 2/2010

EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., "The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal Legal Studies*, vol. 28, nº 4, 2008.

ESPIAU ESPIAU, S., "La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo" en *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, p. 63 y ss.

ESPIAU ESPIAU, S., "Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo" en ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY, coords., *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia 2003, p. 217 y ss.

ESPIAU ESPIAU, S., "La naturaleza jurídica y el plazo de ejercicio de la acción de resolución de los contratos por incumplimiento" en LLAMAS POMBO,

(coord.) *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 1, 2006, p. 613 y ss.

ESPIAU ESPIAU, S., "Sources of obligations" en J.H.M. van ERP y A. VAQUER ALOY, *Introduction to spanish patrimonial law*, 2006, p. 21 y ss.

ESPIAU ESPIAU, S., "Performance", en J.H.M. van ERP y A. VAQUER ALOY, *Introduction to spanish patrimonial law*, 2006, p. 63 y ss.

ESPIAU ESPIAU, S., "La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial" *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 1, 1998, p. 113 y ss.

EVANGELIO LLORCA, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006

FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español*, Madrid, 1996.

FENOY PICÓN, N., "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", *ADC* 2010, pp. 47 y ss.

J. FROSSARD, *La distinction des obligatios de moyens et des obligations de resultat*, París, 1965, pp. 135-137

A. I. FUSTER, *La responsabilidad civil del arquitecto e ingeniero proyectistas en la edificación*, Barcelona, 2007

GALVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicio*, Valencia, 2008

GARCIA RUBIO M^a P., y OTERO CRESPO, M., "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo" en *InDret* 2/2010, pp. 1-49.

M. P. GARCÍA RUBIO, "La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo", *La Ley*, 2003, p. 1529 ss

GETE-ALONSO, M^a. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979

GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo", en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, p. 533 y ss.

GOMEZ JARA, M. *Responsabilidad Profesional Sanitaria*, Barcelona 2007

GÓMEZ LIGÜERRE, C., "Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos", *RDP*, 2009, p. 49 y ss.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., "La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 24 de noviembre de 2009)", *ADC*, 2010, pp. 297 y ss.

GOMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cizur Menor (Navarra), 2002

GÓMEZ PERALS M. , *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Madrid, 2004

GOMIS MASQUE, M. A. (DIR.), *La intermediación inmobiliaria*. edición: 1ª, 2008

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), *Contratos de servicio y de obra. Proyecto de ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de servicios y obra*, Jaén, 1996.

HAZA DIAZ, P. de la, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996

HESSELINK, M. W., "The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?", *European Review of Contract Law*, 2009, p. 290 y ss.

C.L'HERMIE, F. PARRA, MJ. MIQUEL ROMERO, S.M PERIS, *Distribución comercial*, 2006.

INFANTE RUIZ, F.J., "Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo" *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, nº 2/2008

JANSEN, N., ZIMMERMANN, R., "«A European Civil Code in all but name» Discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference", *Cambridge Law Journal*, 69, 2009, p. 98 y ss.

JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M. J., "La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009, p. 173 y ss.

JORDANO FRAGA F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 45-50

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *ADC*, 2002, p. 1133 y ss.

LACABA SÁNCHEZ “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código civil”, *La Ley* nº 4974, 2000.

LAMA AYMÁ, A., “El contrato de obra para la reparación de vehículos de motor”, *RDP*, nº 5, 2008, p. 32 y ss.

LAMARCA MARQUÈS, A., *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 2001

LAMARCA MARQUÈS A., “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, *InDret* 1/2002

LAMARCA MARQUÈS A., “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB” *InDret* 2/2001

LANDO, O., BEALE H. (ed.), *Principles of European Contract Law, parts I and II*, The Hague-London-Boston, 2000

LANDO, O, BEALE H., (eds.) *Principles of European Contract Law, part III*, traducción de BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, Madrid, 2007.

LANDO, O. “Non-performance (breach) of contracts”, en A. HARTKAMP et al (ed.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Nijmegen, 2004, p. 505 ss

LANDO, O., “Is good faith an over-arching general clause in the principles of european contract law?” en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyond the National Systems*, Surrey 2007, pp. 610

LANDO, O., “Teaching a European Code of Contracts” *The Common Law of Europe and the future of Legal Education* (WITTE B., FORDER C.), Deventer 1992.

LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-2, Madrid, 2009.

LEON SANZ, F.J., “El caso Marleasing SA”, *RDM*, 1990, p. 801 y ss.

LETE ACHIRICA, J., “La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?”, en GARCÍA RUBIO, Mª P. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, p. 494 y ss.

L’HERMIE/ F. PARRA /MJ. MIQUEL ROMERO/S.M PERIS: *Distribución comercial*, 2006.

LLOBET AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Barcelona, 1996

LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid 1996

LLODRÁ GRIMALT “Non-performance” en J.H.M. van ERP y A. VAQUER ALOY, *Introduction to spanish patrimonial law*, 2006, p. 81 y ss.

LOOS, M. B. M., ”The influence of European Consumer Law on General Contract Law and the need for spontaneous Harmonization”, *ERPL*, vol. 3, 2007, p. 515 y ss.

LOOS, M, “Towards a European Law of Service Contracts”, *European Review of Private Law*, vol. 4, 2001, p. 565 y ss.

LOOS, M, “Scope and Application of the Optional Instrument”, *Amsterdam Law School Research Paper*, No. 14, 2011, pp. 1-30.

LOOS, M. “Service Contracts”, en *Towards a European Civil Code*, pp. 760 y 761.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, en GONZÁLEZ GARCÍA J.(coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Jaen , 1996, pp. 31-51.

LÓPEZ RICHART J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación*, Madrid, 2003

LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T XX, vol. 1º, Madrid, 1983.

MACKENDRICK, “The meaning of good faith”, en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. PASQUINI (eds.), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyond the National Systems*, Surrey 2007, pp.688 y ss.

MACQUEEN H. L. “Good faith, mixed legal systems and the principles of european contract law” en en S. DIAZ ALABART, M. ANDENAS, SIR B. MARKESINIS, H. MICKLITZ, N. y PASQUINI (eds.), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyond the National Systems*, Surrey 2007pp. 614 y ss.

MANKOWSKI, P., “Information and formal requirements in EC Private Law”, *European Review of Private Law*, 6, 2005, p. 779 y ss.

MANZANARES SECADE, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *ADC*, 1985, p. 1009 y ss.

MARSAL GUILLAMET J. y LAUROBA LACASA, E. “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e

indemnización por daños y perjuicios”, en ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY, *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia, 2003, pp. 459 y ss.

MARTÍ MARTÍ, J., *La responsabilidad civil del abogado, del procurador, y de sus sociedades profesionales*, Barcelona, 2007

MARTÍ MARTÍ J., *La responsabilidad civil del abogado y del procurador, Estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador. Cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2007

MARTINEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el derecho de obligaciones”, *ADC*, 1994, p. 31 y ss.

MARTÍNEZ GÁLLEGO, E.M^a, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Barcelona, 2000

MARTÍNEZ SANZ, F., “Principios de Derecho Europeo de los contratos. (Comisión Lando)” en S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 193 y ss.

MEHREN A.T. VON, “The formation of contracts” en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol II, chapter 9, Möhr, Tübingen, 1992

MIRÓ GILI, M., “L’exercici de les competències sobre Dret Civil de Catalunya” en

MORALES MORENO, A.M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, 2006

MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010

MORALES MORENO, A. M. “Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa”, *ADC*, 2003, p. 1623-1626.

MORALES MORENO A. M. “Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato” en E. BARROS BOURIE, M. P. GARCÍA RUBIO y A. M. MORALES MORENO, *Derecho de daños*, Madrid, 2009, pp. 193-221.

MORALES MORENO A. M., “Pretensión de incumplimiento y pretensión indemnizatoria” en VV.AA. *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 525-556.

MORÁN BOVIO, D., “Incumplimiento”, en Id. (coord.), *Comentarios a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 2003, p. 323-384.

MORENO QUESADA, B., “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1976, p. 467 y ss.

NADAUD, Séverine, *Codifier le droit civil européen*, Ed. Larcier, Bruxelles, 2008

NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones de dar*, Madrid, 2004

NAVAS NAVARRO, S., “Negativa a contratar y prohibición de discriminar. (Derecho comunitario y Derecho español)” *ADC*, vol. 60, nº 4, 2007 p. 1619 y ss.

NAVAS NAVARRO, S., “El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)” en *Actualidad Civil*, nº 4, 2000, p. 1235 y ss.

NAVAS NAVARRO, S., *Compensación, depósito y comodato*, Barcelona, 1997

N. JANSEN – R. ZIMMERMANN, “«A European Civil Code in all but name» Discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference”, *Cambridge Law Journal*, 2009, 69, 1 pp. 98-112.

ORTEGA DIAZ, J. F., “Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general”, *RCDI*, nº 705, 2008, p. 221 y ss.

ORTEGA DOMENECH. *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Editorial Reus SA, Madrid, 2007

ORTI VALLEJO (dctor.), y GARCÍA GARNICA M^a del Carmen, (coord), *La responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006.

ORTI VALLEJO, A. (dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Cizur Menor (Navarra), 2006

PANTALEÓN PRIETO F. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, 1993, p. 1719 y ss.

PARRA LUCÁN, M. A., “Las anomalías del contrato: Invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español. (Aproximación a la sección 1 del Título I de la Parte General del Código Europeo de Contratos)”, *ADC*, julio 2004, p. 549 y ss.

PERALES VISCASILLAS, P., "Publicidad y Formación del Contrato. La formación electrónica del contrato en el Draft Common Frame of Reference", *RCE*, nº 100, 2009, <http://vlex.com/vid/574446028>

PERALES VISCASILLAS, P., "La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de Unidroit y los Principios del derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas", *La Ley*, Año XXVIII, nº 6725, 31 de mayo de 2007, p. 8 y ss.

PERALES VISCASILLAS P. "[Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales](#)" en E. BOSCH CAPDEVILA (coord) [Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas](#), Barcelona, 2009, pp. 183-208.

PÉREZ DE LAS HERAS, B., "Los derechos de los destinatarios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *RDUE*, nº 14, 2008, p. 117 y ss.

POILLOT, E., "Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones", *ADC*, 2006, p. 1314 y ss.

PRATS ALBENTOSA, L. y otros, *Derecho patrimonial europeo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

PROSPERI, F. "La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore nel Draft od Common Frame of Reference (art. III.- 1:104): un'occasione per qualche notazione di carattere sistematico", *Rassegna di diritto civile*, vol 2/2011, pp. 560-586.

REDONDO TRIGO, F., "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo " Ius Commune". *ADC*, Vol. 63, No. 4, 2010, pp. 1643-1682.

REYES LÓPEZ, M^a J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, 2009

RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE M. (dirs), *Derecho y medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2009

ROCA TRIAS, E., "El Study Group on a European Civil Code (Proyecto Von Bar)", en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, p. 199 y ss.

ROCA TRIAS, E., FERNÁNDEZ GREGORACI, B., "The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court", *European Review of Contract Law*, 2009, p. 46 y ss.

RODRIGUEZ GUITIÁN, "El desistimiento en el contrato de servicios de las profesiones liberales", *ADC*, 2001, p. 681 y ss.

RODRÍGUEZ MORATA, "Comentario al art. 1595" en R. BERCOVITZ, *Comentarios al Cc*", Madrid, 2006, pp. 1881-1884.

RODRIGUEZ PINTO, M^a S., "Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación" *ADC*, n^o LV-4, 2002, p. 1751 y ss.

ROTT, P., "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", en *German Law Journal*, vol. 07, n^o 12, p. 1109 y ss.

SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al art. 1595" en *Comentarios al Código civil* editados por el M^o de Justicia, tomo II, p. 1.205

P. SALVADOR CODERCH, "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret* 4/2009, pp. 1-60.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., "La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea", en Santiago ESPIAU, Antoni VAQUER (ed.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia, 2003, p. 371 y ss.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., "Comentario al art. 1124 Cc" en DOMINGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, 2007, p. 1248 y ss.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ ARISTI, R. "Comentarios a los artículos 1088 a 1107 del Código civil" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios al Código civil*, Madrid, 2006, p. 1291 y ss.

SAPONE, N., *La responsabilità precontrattuale*, edición: 1^a, 2008

SARRATO MARTINEZ, L., "Delimitación jurídica y contenido de la denominada lex artis médica", *AJ Aranzadi*, n^o 8, 2007, p. 8 y s.

SCHAUER. M., "Contract law of the Services Directive", *ERCL*, vol. 4, 2008, p. 6 y ss.

SCHAUER M., y GRUNDMANN S., editores, *The architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer, 2006.

SCHMIDT-KESSEL, M. "Die Informationspflichten des Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie", *GPR*, vol. 1, 2008, p. 63 y ss.

SCHULZE, R., «The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law», en id. (ed.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München, 2008, p. 3 y ss.

SCHULZE, R., EBERS, M., GRIGOLEIT, H. (ed.), «European Private Law and Existing EC Law», *ERPL*, 2005, p. 3 y ss.

SCHULZE, R., WILHELMSSON, T., «From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *ERCL*, 2008, p. 154 y ss.

SCHULZE, R., "Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo", *ADC*, 2006, p. 35 y ss.

SERRA RODRÍGUEZ, A. "La responsabilidad civil del abogado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998", *RDP*, 1998, p. 301 y ss.

SERRANO FERNÁNDEZ María, *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, LUGAR Y FECHA

SOLÉ FELIU J. "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos, y derecho español", *InDret* 1/2009, pp. 1-

SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Madrid 1997

SOLER PRESAS, A., "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", *InDret* 2/2009

STAUDENMAYER, D., "The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law", *European Review of Private Law*, 2000, p. 551 y ss.

STORME, M. E., "Information requirements and remedies in the principles of European Contract Law", *RCDP*, vol. 4, 2004, p. 93 y ss.

TRESPALACIOS GUTIÉRREZ y VÁZQUEZ CASIELLES, *Estrategias de distribución comercial*, Madrid, 2006

TRIGO GARCÍA, M. B., *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999

TROIANO, S., "The CISG's Impact on EU Legislation", en F. FERRARI (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 2008, p. 346 y ss.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Contratos de arrendamiento de servicios" en J.M^a DE LA CUESTA RUTE (dir) *Contratos Mercantiles*, tomo I, Barcelona, 2009, p. 634 y ss.

VAN ERP, S. y VAQUER ALOY, A., *Introduction to Spanish Patrimonial Law*, Ed. Comares, Granada 2006

VAQUER ALOY, A., "El Marco Común de Referencia", en BOSCH CAPDEVILA, E. (coord.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, p. 239 y ss.

VAQUER ALOY, A., "Incumplimiento del contrato y remedios", a CAMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, p. 525 y ss.

VAQUER ALOY, A., "Mora creditoris and the Principles of European Contract Law" en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. (eds.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003, p. 388 y ss.

VAQUER ALOY, A., *El ofrecimiento de pago en el Código civil*, Madrid, 1997

VAQUER ALOY, A., "Farewell to Windscheid? Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)", en *European Review of Private Law*, 4, 2009, p. 501 y ss.

VAQUER ALOY, A.: "Donation in Spain", p. 10, consultable en <http://www.ssrn.com>.

VAQUER ALOY, A., "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *ADC*, 2011, pp. 5-39

VAQUERO PINTO, M.J. *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, Comares, 2005.

VARUL, "Performance and Remedies for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR". *Juridica International*, 2008, p. 104 y ss.

VICENTE DOMINGO, E. "Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual", *Anuario de Derecho Civil* nº 37, 2000.

VIDAL, A. "La noción de persona razonable en la compraventa internacional", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de las obligaciones, Civitas, Madrid, 2003, p. 3277 y ss.

VILALTA NICUESA, *Contratos de prestación de servicios y suministros. "Su comercio a distancia"*, Barcelona, 2007

VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, Madrid, 2009

- VILLANUEVA LUPIÓN, C., *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, Madrid, 2009
- VILLAREJO GALENDE, H. (dir.), *La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada 2009
- VOGENAUER, S., "Common Frame of Reference and Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overskill of Soft Law", *European Review of Contract Law (ERCL)*, 2010, p. 175 y ss.
- VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009
- VON BAR, C., «A Common Frame of Reference for European Private Law—Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008, <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>
- VON BAR, C., «Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 2007, p. 350 y ss.
- VON BAR, C., "Le groupe d'études sur un code civil européen", *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 1, 2001, p. 127 y ss.
- VV. AA.: *Código Europeo de Contratos: Comentarios en homenaje al prof. D. José Luís de los MOZOS y de los MOZOS*, Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), dirigidos por Carlos Vattier, José M, " de la Cuesta Sáenz y José M, " Caballero, dos volúmenes, Madrid, 2003.
- VV.AA. *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2003
- VV.AA. *Garantías y Responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000
- WEATHERILL, S., «The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debate», in id. (ed.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, 2006, p. 105 y ss.
- ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, traducción al castellano de E. ARROYO I AMAYUELAS, Barcelona, 2008
- ZIMMERMANN, R., "Contract law reform: the German experience", en VOGENAUER, S. y WEATHERILL, S. (eds.), *The harmonisation of European Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 74 y ss.

E. ZAMIR "Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts" (*Louisiana Law Review*, 1991, vol. 52, p. 43

ZIMMERMANN, R., "Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo", en id., *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 122 y ss.

ZIMMERMANN, R., "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *Juristen zeitung*, 1992, p. 10 y ss.

ZIMMERMANN, R., *El derecho romano-holandés y su contribución al derecho europeo*, Estudios de Derecho Privado (traducción de Antoni VAQUER ALOY), Madrid 2000.

R. ZIMMERMANN (ed.), *Service Contracts*, Tübingen, 2010.

R. ZIMMERMANN, "Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el transfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo", en R. ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, Barcelona, 2008.

ZIMMERMANN, R., "Civil code and Civil Law- The europeanization of private law within the european community and the re-emergence of a European legal science" *Columbia Journal of European Law*, nº 1, 1994/1995, p. 63 y ss.

ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación (con estudio preliminar y notas de concordancia en el derecho español y el derecho privado europeo de ARROYO AMAYUELAS)* Madrid-Barcelona 2002

ZIMMERMANN, R., *The new german law of obligations. Historical and comparative perspectives*, Oxford 2005

WEBGRAFIA

- Joint Network on European Private Law
 - <http://www.copeccl.org>
- Study Group on a European Civil Code
 - <http://www.sgecc.net>
- EUROPEAN COMMISSION-DG
 - http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_es.pdf.
 - http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf.

CFR Context Group

<http://cfr.iuscomp.org>

- Oxford Journals
 - <http://services.oxfordjournals.org/search.dtl>
- Eur-LEX Derecho de la Unión Europea
 - <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>
- Legifrance.gouv.fr (Code du Consommateur)
 - <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=61>
- Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)
 - <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>
 - <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>.

XI Jornadas de Dret Català a Tossa, 2000

http://civil.udg.edu/tossa/2000/textos/p/2/MIRO_GILI.htm

XVI Jornadas de Dret Català a Tossa, 2010

<http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/index.htm>

JURISPRUDÈNCIA

Tribunal Suprem

- SS 30.9.1976, RJ 3615
- STS 21.10.1977, RJ 3904
- STS 30.11.1979, RJ 3940
- STS 6.6.1983, RJ 3291
- STS 21.5.1984, RJ 2498
- STS 16.7.1990, RJ 5881
- STS 25.05.1992, RJ 4378, ED 5242
- STS 9.7.1992, ED 7565
- STS 23.10.1992, ED 10376
- STS 2.2.1993, RJ 793
- STS 8.6.1993, RJ 4467
- STS 25.4.1994, RJ 3073
- STS 15.12.1994, ED 9499
- STS 24.12.1994, RJ 9779
- STS 7.02.1995, RJ 745
- STS 23.3.1995, RJ 2395
- STS 18.04.1995, RJ 3422
- STS 16.10.1995, RJ 7082
- STS 29.7.1996, RJ 6408
- STS 10.4.1997, RJ 2877
- STS 12.05.1997, Cendoj 2807911000199700686
- STS 28.6.1997, RJ 5151
- STS 31.12.1997, RJ 9488
- STS 29.04.1998, RJ 2601
- STS 30.6.1998, RJ 9554
- STS 20.02.1999, RJ 1056
- STS 14.5.1999, RJ 3106
- STS 1.6.1999, RJ 4094
- STS 25.10.1999, RJ 7624

- STS 5.11.1999, RJ 8002
- STS 10.11.1999, ED 32885
- STS 7.2.2000, RJ 283
- STS 10.4.2001, RJ 2391
- STS 16.04.2001, RJ 5278
- STS 23.5.2001, RJ 3372
- STS 23.05.2001, RJ 3372
- STS 26.06.2001, RJ 5083
- STS 26.12.2001, RJ 417
- STS 26.4.2002, RJ 5244.
- STS 11.4.2003, RJ 3017
- STS 27.05.2003, RJ 3932
- STS 10.10.2003, RJ 7237
- STS 11.11.2003, RJ 8062
- STS 23.12.2003, RJ 636
- STS 10.03.2004, RJ 898
- STS 13.04.2004, RJ 2619
- STS 6.5.2004, ED 26176
- STS 27.10.2004, RJ 7042
- STS 20.12.2004, RJ 8131
- STS 20.12.2004, RJ 8130
- STS 13.07.2005, RJ 5098
- STS 3.10.2005, RJ 6909
- STS 18.11.2005, RJ 7641
- STS 24.11.2005, RJ 7644
- STS 7.02.2006, RJ 670
- STS 4.05.2006, ED 59548
- STS 25.5.2006, Id Cendoj: 28079110012006100572
- STS, 14.07.2006 Id Cendoj: 28079110012006100873
- STS 18.07.2006, RJ 4951
- STS 27.7.2006, RJ 6548
- STS 25.10.2006, RJ 6707

- STS 16.11.2006, RJ 8053
- STS 7.12.2006, ED 345582
- STS 14.12.2006, RJ 8230
- STS 18.12.2006, RJ 9172
- STS 24.1.2007, ED 3991
- STS 13.02.2007, RJ 735
- STS 26.2.2007, RJ 2115
- STS 7.3.2007, ED 13370
- STS 23.3.2007, RJ 1542
- STS 26.03.2007, RJ 2342
- STS 5.06.2007 RJ 3425
- STS 29.06.2007, RJ 80174
- STS 10.07.2007, Cendoj 28079110012007100887
- STS 10.09.2007, RJ 4963
- STS 15.2.2008, RJ 2670
- STS 23.3.2007, RJ 1542
- STS 16.4.2008, RJ 4357
- STS 18.7.2008, RJ 4720
- STS 23.7.2008, RJ 7063
- STS 22.10.2008, RJ 5787
- STS 17.12.2008, RJ 2009\530
- STS 30.03.2010, Cendoj 28079110012010100226
- STS 7.04.2010, Cendoj 28079110012010100205
- STS 8.04.2010, Cendoj 28079110012010100207
- STS 12.04.2010, Cendoj 28079110012010100204
- STS 24.06.2010, Cendoj 28079110012010100406

Audiència Provincial

- SAP Málaga 25.04.1996, AC 1667
- SAP Granada 10.11.1998, AC 2184
- SAP Sevilla 2.05.2000, JUR 281532
- SAP Lleida 29.05.2000 AC 1426.

- SAP Toledo 20.07.2000, AC 1653
- SAP Badajoz 14.12.2000, JUR 94571
- SAP Zaragoza 25.06.2001, JUR 229761
- SAP Barcelona 13.05.2002, JUR 269196
- SAP Castellón 27.09.2005, AC 1787
- SAP Barcelona 24.05.2006, JUR 259623
- SAP Segovia 31.07.2006, JUR 252351
- SAP Córdoba 6.10.2006, JUR 166828
- SAP Valencia 5.12.2006, JUR 234970
- SAP Madrid 18.05.2007, AC 1663
- SAP Ciudad Real 31.07.2007, AC 2285
- SAP Lleida 13.09.2007, JUR 335298
- SAP Albacete 14.09.2007, JUR 50954
- SAP Lleida, 3.5.2010, Cendoj: 25120370022010100175