

UNA NUEVA VISIÓN DEL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO EUROPEO

Hacia la armonización de los conceptos de obra y servicio a partir del sistema unificado de cumplimiento contractual basado en la conformidad

Paloma de Barrón Arniches

*Profesora Agregada de Derecho Civil.
Facultad de Derecho y Economía.
Universidad de Lleida*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

EXTRACTO

Existe, entre la doctrina española, un importante consenso sobre la necesidad de reformar, para modernizarlo tras más de un siglo de vigencia, el derecho de los contratos que se contiene en el Código Civil. Y ello, con la clara intención de transitar por la senda abierta, a través de las diferentes propuestas tanto doctrinales como propiamente legislativas, de lo que hoy denominamos derecho contractual europeo. Por lo que respecta, en concreto, a los contratos de obra y de servicios, la virtualidad del derecho privado europeo es evidente, a la vista de la regulación contenida en el Libro IV.C del «Draft Common Frame of Reference». La distinción entre obligaciones de medios y de resultado, aunque aceptada por muchos, ha provocado importantes discusiones doctrinales a lo largo de la historia, se trata de una cuestión que preocupa al derecho privado europeo, como lo demuestra la constante mención a esta dicotomía en los textos académicos europeos. Ello justifica que este trabajo se centre en analizar la recepción de esta distinción, concretamente en relación con el sistema de responsabilidad por incumplimiento o falta de conformidad de los contratos de obra y de servicios, esto es, en las obligaciones de hacer. Se persigue valorar la compatibilidad del *soft law* europeo con el ordenamiento privado español y, en consecuencia, explorar la viabilidad de que constituya una fuente de inspiración para nuestro legislador. Para ello se realiza un somero análisis del tipo contractual denominado en el derecho europeo contrato de *construction*, equiparable en cierto modo al contrato de obra que regulan los artículos 158 y siguientes del Código Civil español.

Palabras claves: contratos de obra y de servicios, obligaciones de medios, obligaciones de resultado y Marco Común de Referencia.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / *Fecha de aceptación:* 10-07-2012

NEW PERSPECTIVES FOR WORKS CONTRACTS IN EUROPEAN CIVIL LAW

Paloma de Barrón Arniches

ABSTRACT

There is in the Spanish doctrine, an important consensus on the need to reform the law of contracts contained in the Civil Code, in order to modernize it after being in force for more than a century. With the clear intention of moving through the different proposals, both doctrinal and legislative, of what is now called European contract law. In the light of the regulation contained in the Book IV.C of the Draft Common Frame of Reference and regarding and specifically talking about works and services contracts, the virtuality of European private law is clear. The distinction between obligations of means and results, although accepted by many, has caused serious doctrinal discussions throughout history. It is a matter of concern to European private law, as evidenced by the constant mention of this dichotomy in European academic texts. For this reason, this paper focuses on the study of the reception of this distinction. Specifically in relation to the system of liability, the remedies for non-performance in works or services contracts. The aim is to assess the compatibility of European soft law with the Spanish private law. To do this, this paper has a brief contractual analysis of construction contract (IV.C. chapter 3 DCFR) comparable in some ways to the work contract, regulated in articles 158 et seq. of the Spanish Civil Code.

Keywords: works and services contracts, obligations of means, obligations of result and Draft Common Frame of Reference.

Sumario

- I. La delimitación del tipo legal «servicio» en el derecho contractual europeo
 - 1.1. Obligaciones de medios y obligaciones de resultado en el DCFR
 - 1.2. Obligaciones de medios y obligaciones de resultado en el Instrumento Opcional
- II. El contrato de *construction*
 - 2.1. Ámbito de aplicación
 - 2.2. Obligaciones del ejecutor de la obra
 - 2.3. Obligaciones del cliente
- III. El sistema unificado de remedios frente al incumplimiento contractual
 - 3.1. Remedios para el cliente o comitente
 - 3.2. Remedios para el prestador del servicio o el contratista
- IV. Conclusiones

NOTA: Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «El Instrumento Opcional de Derecho Contractual Europeo» (MINECO DER2012-37898-C02-01), y del Centro de Investigación propio de la Universidad de Lleida, Centro de Estudios Jurídicos y de Mediación, CEJEM.

I. LA DELIMITACIÓN DEL TIPO LEGAL «SERVICIO» EN EL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

El producto final por excelencia de los trabajos académicos en materia de derecho contractual, desarrollados entre los años 2005 a 2009, es justamente el texto titulado «Draft Common Frame of Reference» (DCFR), «Proyecto de Marco Común de Referencia»¹, concebido como un instrumento o guía para la revisión de la normativa contractual vigente en Europa y para la elaboración de una futura legislación única en materia de derecho contractual. Contiene principios fundamentales de derecho contractual, definiciones de conceptos claves y disposiciones tipo². Con fecha 1 de julio de 2010, la Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas³, proponiendo varias opciones orientadas a facilitar las transacciones transfronterizas. La Comisión consideraba viable la promulgación de un reglamento que instituyera un instrumento opcional de derecho contrac-

¹ *Principles, definitions and model rules of european private law. Draft Common Frame of Reference*, Múnich, 2009, preparado por la red de excelencia europea CoPECL, <http://www.copecl.org>; publicado en versión interim en 2008 y en versiones *outline* y *full* en 2009.

² Sobre el sistema de trabajo y objetivos de sus autores, la red de excelencia CoPECL (estudio comparativo de los sistemas jurídicos nacionales, búsqueda de modelos jurídicos que sirvan de guía tanto al legislador comunitario como a los nacionales dentro del objetivo global de aproximación entre los derechos civiles y mercantiles de los Estados miembros de la UE) puede consultarse VAQUER ALOY, A.: «El Marco Común de Referencia», en BOSCH CAPDEVILA, E. (coord.): *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pág. 239 y ss.; 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*, n.º 2/2008, págs. 24 y ss.; JANSEN, N. y 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*, 2009, 69, 1, págs. 98-112. 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*, Múnich, 2008; SCHULZE, R.; EBERS, M. y GRIGOLEIT, H. (ed.): «European Private Law and Existing EC Law», ERPL, 2005; SCHULZE, R. y WILHELMSSON, T.: «From the Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *ERCL*, 2008. 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; 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; VON BAR, C.: «Coverage and Structure of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 2007. En España, han realizado un pormenorizado estudio sobre los Libros II y IV del DCFR, VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.ª P. (coords.): *Derecho Europeo de los contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomos I y II, Barcelona, 2012.

³ COM (2010) 348 final, consultable en internet en el sitio web http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_es.pdf.

tual europeo suficientemente claro para el usuario medio, y que aportara seguridad jurídica⁴. Así, un grupo de expertos⁵ seleccionó las partes más relevantes del trabajo académico denominado «Marco Común de Referencia». A partir de esta tarea se elaboró el llamado Instrumento Opcional de derecho contractual europeo, que ha perdido hasta el título genérico de reglamento sobre derecho contractual europeo para denominarse «Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea»⁶, ello a pesar de que sigue regulando, en sus 183 artículos, diversas cuestiones aplicables a todas las modalidades contractuales⁷. Junto con el denominado Instrumento Opcional, en el mes de octubre de 2011 se publicó otra pieza fundamental en el desarrollo del derecho contractual europeo, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores⁸, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ambos textos son mucho menos ambiciosos que aquellos de los que traen causa. En concreto, ya no regulan sistemáticamente el contrato de obra y servicios como lo hacía el DCFR, aunque su gran aportación, a mi parecer, es la consolidación de la noción de conformidad como expresión del cumplimiento contractual en el derecho europeo, aplicable a cualquier tipo contractual.

Así pues, en las líneas que siguen al referirme al tipo legal «servicio», y a la dicotomía entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, distinguiré la normativa contenida en el DCFR y la contenida en el Instrumento Opcional.

⁴ Se trata de una idea que ya se proponía en la Comunicación de la Comisión Plan de acción, COM (2003) 0068 final, párrafos 89-97, y que luego pareció caer en el olvido político.

⁵ Compuesto por los Profesores Fernando GÓMEZ POMAR, Luc GRYNBAUM, Torgny HÅSTAD, Martijn W. HESSELINK, Miklos KIRALY, Irene KULL, Paulo MOTA PINTO, Jerzy PISULINSKI, Hans SCHULTE-NÖLKE, Jules STUYCK, Anna VE-NEZIANO, Simon WHITTAKER, Hugh BEALE y Eric CLIVE, la Sra. Susanne CZECH (Asociación Europea de E-comercio), el Sr. Pierre LEVÊQUE (abogado en París) y la Sra. Ioana LAMBRINA VIDICAN (notaria de Bucarest), y, además, los Profesores Christian VON BAR y Bénédicte FAUVARQUE-COSSON como asesores especiales de la comisaria europea de Justicia, Derechos Fundamentales y Libertades Ciudadanas, Viviane REDING.

⁶ 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 sitio web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>.

Véase el estudio de viabilidad previo a esta propuesta publicado el 19 de agosto 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 sitio web http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

⁷ Una manifestación de esta capacidad del instrumento opcional de afectar no solo a la compraventa, sino también a los contratos de obras y servicios, podría ser el propio contenido de los artículos 12 y 13. El artículo 12 aclara que el reglamento se entiende sin perjuicio de los requisitos en materia de información de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. El artículo 13 ofrece a los Estados miembros la posibilidad de adoptar legislación para poner la normativa común de compraventa europea relativa a los servicios en el mercado interior a disposición de las partes para su utilización en un entorno enteramente nacional, COM (2011) 635 final, apartado A, *El Reglamento*, pág. 14.

⁸ En adelante, DDC.

1.1. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO EN EL DCFR

La primera propuesta académica sobre el contrato de servicios fue llevada a cabo por el Study Group on a European Civil Code⁹, una regulación sistemática de esta figura jurídica en la que se inspiran los autores del apartado C del Libro IV del DCFR. En cuanto al DCFR se estructura a través de dos capítulos de parte general aplicables, por defecto, a todos los contratos cuyo objeto consista en una prestación de hacer, y una parte especial contenida en seis capítulos en los que se contemplan seis específicas modalidades de obras o servicios, entre ellas, la primera, el contrato de ejecución de obras denominado *construction*. Primero se redactó la parte especial de los seis modelos de contrato y, con posterioridad, se realizó la tarea de abstraer el común denominador de todos aquellos contratos, incluyendo tanto los de realización y entrega de obras como los de prestación de servicios materiales e inmateriales y las tareas realizadas por profesionales. Se entiende por los autores del DCFR que esta serie de normas generales pueden aplicarse, incluso, a prestaciones de obras o de servicios no tipificados¹⁰.

Pues bien, esta es la primera y principal aportación que me ha impulsado a la realización del presente trabajo: quiero destacar en primer lugar la relevante aportación del derecho contractual europeo consistente en una sistemática unificada que incardina el contrato de obra, con toda su filosofía del resultado y de la exigencia de conformidad entre lo acordado por las partes y lo entregado por el ejecutor de la obra, dentro del concepto más general y omniabarcante de «prestación de servicios». Los redactores del DCFR explican que esta unificación de los servicios dirigidos a la producción o modificación de un bien con los servicios cuyo objeto es inmaterial o en los que no siempre se puede entregar un resultado, los llamados servicios profesionales, solo está plenamente asumida en el derecho del *common law* y muy residualmente aparece recogida en alguno de los códigos civiles continentales, como los de Austria¹¹ y Portugal¹². En otros ordenamientos europeos, como el alemán, el contrato de servicios se regula de manera separada respecto del contrato de obra¹³. También es divergente en cada legisla-

⁹ BARENDRECHT, M. et ál: *Principles of a European Law. Service Contracts (PEL SC)*, Múnich, 2007. Sobre los objetivos de esta obra, véase LOOS, M.: «Towards a European Law of Service Contracts», *European Review of Private Law*, vol. 4, 2001, págs. 565-574. El grupo dirigido por el Profesor VON BAR, C. se constituyó en 1998 con el objetivo de formular los diferentes capítulos que servirían de base a un hipotético futuro Código Civil europeo. Sobre este grupo de investigadores puede consultarse: VON BAR, C.: «Le groupe d'études sur un code civil européen», *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 1, 2001, págs. 127-139; ROCA TRIAS, E.: «El Study Group on a European Civil Code (Proyecto Von Bar)», *Derecho Privado Europeo* (CÁMARA LAPUENTE, S. coord.), Madrid, 2003, págs. 199-204.

¹⁰ Cfr. DCFR, Full Edition, note 1 al artículo IV.C 1:101, vol. 2, pág. 1.599. Véase al respecto el artículo de WHITTAKER, S.: «Contracts of Services in English Law and in the DCFR», en ZIMMERMANN, R.: *Service Contracts*, pág. 129.

¹¹ Cfr. artículo 1.151 del CC austriaco.

¹² Cfr. artículo 1.155 del CC portugués.

¹³ En el derecho alemán, ambos contratos constituyen verdaderos modelos contractuales, lo que facilita la adscripción de las distintas modalidades contractuales de prestaciones de hacer a uno o a otro contrato. Cfr. SCHULZE, R.

ción nacional el tratamiento de determinadas «modalidades de servicios», como el mandato o el depósito. En España, aun cuando en principio podría parecer que no es así porque el artículo 1.544 del Código Civil (CC) unifica el tipo contractual bajo la ya obsoleta denominación de «arrendamiento de servicios»¹⁴, lo cierto es que solo existe normativa civil sobre el contrato de obra —a la que nos referiremos por extenso en este trabajo—, y esta modalidad contractual recibe un tratamiento individualizado por parte del legislador¹⁵. Los artículos 1.588 a 1.600 de nuestro CC, bajo el título de las obras por ajuste o precio alzado, desarrollan algunos aspectos importantes del contrato de obra, si bien esta normativa está pensada fundamentalmente para el contrato de edificación y no ofrece respuestas adecuadas a los problemas actuales de la contratación de obras muebles e inmateriales. La jurisprudencia ha realizado una tarea notable para remediar estas carencias del CC, especialmente ha tenido que emplearse a fondo para remediar la laguna legal existente en materia de contratos de servicios. De hecho, ha sido necesario reconstruir por completo un orden especial hilando muy fino la interpretación de las normas del derecho general de obligaciones y contratos y los usos de los negocios¹⁶. Así, el cambio de perspectiva que se deriva de la sistemática propuesta en el texto académico europeo permite explorar una cuestión de enorme relevancia: la de la tipicidad del contrato de servicios y, con ella, la de la unificación del concepto objetivo de cumplimiento contractual, todo ello a partir del concepto de «conformidad», acuñado por la doctrina europea. De hecho este parece ser también el criterio judicial español, que considera como una categoría general todas las prestaciones que se realizan a cambio de un precio y, a continuación, según el supuesto de hecho a resolver, va distinguiendo y concretando en distintos modelos de contratación según las características peculiares de cada tipo de actividad o profesión.

El contrato de servicios es definido en el artículo IV.C 1:101 del DCFR¹⁷ como aquel contrato en el que tiene lugar la realización de una actividad a favor de la otra parte a cambio de una re-

y DOHRMANN, K. J. A.: «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», *ADC*, abril-junio 2012, pág. 548.

¹⁴ Artículo 1.544 del CC: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a la otra por precio cierto».

¹⁵ Cfr. ORTEGA DIAZ, J. F.: «Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 705, 2008, págs. 221-268. Este autor incide en la situación de nuestra legislación civil en la materia, vacía de contenido, y en la necesidad, primero, de establecer un tipo contractual unitario para todos los tipos de servicios y, segundo, de dotar de regulación positiva a ese tipo contractual.

¹⁶ Cfr. JIMÉNEZ HORWITZ, M.: «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el derecho español (estudio comparado con el derecho alemán)», *ADC*, 2012, págs. 554 y ss.

¹⁷ IV.C 1:101: El presente título del Libro IV se aplica:

(a) A los contratos en virtud de los cuales una de las partes, el prestador de servicios, se compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio.

(b) Con las modificaciones oportunas, a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a prestar un servicio al cliente sin que medie el pago de un precio.

(2) Se aplica en particular a los contratos de obra, transformación, reparación almacenamiento, diseño, información o asesoramiento y tratamiento médico

muneración¹⁸. Se trata de un contrato oneroso y sinalagmático, en el que el servicio se realiza en el desarrollo de una actividad profesional o empresarial, y que se sustenta en la confianza del cliente en la capacitación personal y material del prestador del servicio para realizar la tarea encomendada¹⁹. Así, lo que constituye el objeto de la obligación para el prestador del servicio es la realización de una tarea que requiere una formación o unos conocimientos, y unos medios materiales y humanos, con la consecuente repercusión de estas notas definitorias en la regulación de los remedios ante un posible incumplimiento contractual. Sin embargo, y por contraste con este planteamiento netamente profesional y empresarial, el apartado 1 b) de este primer artículo extiende el ámbito de aplicación de la normativa sobre servicios a los contratos en los que el prestador realice el servicio sin derecho a recibir una contraprestación del cliente. Por tanto, la onerosidad no es un requisito de esencia para que haya contrato de servicios²⁰, el derecho europeo de los contratos contempla la prestación de servicios tanto a título oneroso como a título lucrativo, si bien, en defecto de pacto expreso de las partes, presume que el contrato de servicios celebrado por profesionales es oneroso²¹.

La razón de ser de esta definición del servicio contenida en el DCFR se encuentra en el vigente derecho comunitario caracterizado por responder a criterios económicos –la lógica del mercado–, antes que jurídicos –la llamada lógica del derecho privado o de los derechos nacionales–. Así, el artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²² considera que es servicio la prestación realizada a cambio de una remuneración, siempre y cuando no se tengan que aplicar preferentemente las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Es una definición que, junto con los ejemplos que la acompañan, sirve para delimitar el ámbito respectivo de las libertades comunitarias. Pero es insuficiente para construir una regulación de derecho privado. Lo mismo puede decirse del artículo 4 de la Directiva 2006/123, sobre servicios en el mercado interior, según el cual es servicio cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que es idéntico al artículo 57 del TFUE²³. A pesar de que esta definición va más allá que la anterior, al excluir expresamente el contrato de trabajo «por cuenta propia», solo sirve para delimitar la aplicación de las respectivas normas. Tienen en común que identifican la expresión «prestación de un servicio» con una actividad económica «a cambio de una remuneración» sea cual sea el sector.

¹⁸ Cfr. DCFR (Annex-Definitions), pág. 566. Véase la definición aún más genérica y referenciada a los consumidores contenida en la DDC (Directiva 2011/83/EU), artículo 2.5 que define el contrato de servicios como «todo contrato, con excepción de un contrato de venta, por el que el comerciante presta un servicio al consumidor».

¹⁹ Cfr. *PEL SC* (National notes), págs. 149-153. También, aunque menos desarrollado, el DCFR Full Edition, comentario al artículo IV.C 1:101, págs. 1.599-1.600.

²⁰ De hecho, el DCFR define y regula, como otra modalidad contractual, la donación, negocio jurídico esencialmente gratuito. Véase a este respecto VAQUER ALOY, A.: *Donation in Spain*, pág. 10, consultable en <http://www.ssrn.com>.

²¹ He reflexionado sobre el concepto de contrato de servicio en la monografía DE BARRÓN ARNICHES, P.: *El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo*, Madrid, 2011, véase págs. 21 y ss.

²² Tratado de Funcionamiento de La Unión Europea. Diario Oficial de 30 de marzo de 2010, C 83/70.

²³ Cfr. artículo 4 de la Directiva 2006/123.

Ello quiere decir que puede tratarse tanto de una actividad cultural como una de las realizadas por un profesional liberal o de la enseñanza, e incluso la realización de aquellas tareas de producción de bienes u obras que se entregan al cliente. Sin duda, todos estos sectores de actividades pueden desdoblarse en tipos contractuales diversos pero, jurídicamente, es difícil construir una categoría genérica de contrato de prestación de obras y servicios siguiendo la lógica del derecho privado²⁴.

Sin embargo, el DCFR trata de delimitar este concepto a través de la técnica de la exclusión, lo que no queda regulado dentro del Libro IV.C bajo la denominación de contrato de servicios. El artículo IV.C 1:102 del DCFR excluye la regulación de ciertos servicios²⁵. Afirmen los redactores de este proyecto académico²⁶ que los contratos sobre garantías personales ya cuentan con una regulación propia en la Parte IV.G del DCFR²⁷; en segundo lugar, el sector del transporte y el amplio espectro de los servicios financieros están sometidos a una intensa y abundante normativa comunitaria de aplicación directa en los estados miembros²⁸, luego no precisan de una norma general de derecho privado. Así se trata de una exclusión de ciertos tipos contractuales por el objeto, el término literal empleado en artículo IV.C 1:102 del DCFR, «*in so far as*», nos lleva a entender que sí se prevé la aplicación de las normas sobre los contratos de servicios, aunque sea parcialmente, a los llamados contratos mixtos, que aparecen definidos en el primer capítulo de la Parte II del DCFR, «Contracts and other juridical acts», es decir, aquellos contratos cuyo objeto sea la prestación de un servicio o realización de una obra cualquiera y, además, alguno de los

²⁴ Sobre la diferencia entre el concepto «sector económico de actividad» y «tipo contractual», cfr. CÁMARA LAPUENTE, S.: «Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria»: «*easyCar*» 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, 9, págs. 375-405.

²⁵ IV.C 1:102: Exclusiones. Esta parte no regula los contratos en la medida en que estos tengan por objeto el transporte, los seguros, la seguridad o los contratos previstos para la contratación de un producto financiero o de un servicio financiero.

²⁶ DCFR Full Edition, comentario al artículo IV.C 1:102, pág. 1.600.

²⁷ Cfr. artículos IV.G 1:102 y ss.

²⁸ Véase, por ejemplo, la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. En relación con el sector del transporte es abundante la normativa comunitaria, véanse, entre muchas otras, la Directiva 2008/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas; la Directiva 2010/48/UE, de la Comisión, de 5 de julio de 2010, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 2009/40/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques; la Directiva 2010/47/UE, de la Comisión, de 5 de julio de 2010, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 2000/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las inspecciones técnicas en carretera de los vehículos industriales que circulan en la Comunidad; la Directiva 95/50/CE, del Consejo, relativa a procedimientos uniformes de control del transporte de mercancías peligrosas por carretera; la Directiva 2007/59/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad.

mencionados expresamente en este artículo²⁹. En este caso, en la medida en que el objeto de contrato sea un servicio no excluido podrá ser regulado por las normas de la Parte IV.C del DCFR³⁰.

Pues bien, a pesar de las carencias que pueden revelarse en esta definición amplia del servicio contenida en el DCFR, lo cierto es que este conjunto de artículos representan un salto cualitativo importante porque ponen orden y sistemática en una materia que no es en absoluto uniforme en los ordenamientos jurídicos europeos. La aplicación del principio de tipicidad al contrato de servicios se configura en el DCFR mediante la exclusión expresa de determinadas modalidades (ciertos servicios no serán regulados), unida a la regulación positiva de seis concretas variedades funcionales o ramas de actividad que no se corresponden exactamente con seis profesiones determinadas, sino que pretenden abarcar mucho más, la primera de ellas relativa a la ejecución de obras o producción y rehabilitación de bienes. Esta normativa, a su vez, podrá aplicarse analógicamente a otras modalidades contractuales siempre que no sean de las expresamente excluidas en este capítulo del DCFR³¹.

El contrato de obra, entendido como tarea de elaboración de bienes corporales –muebles e inmuebles– o de bienes intangibles, queda recogido en el capítulo 3 del Libro IV.C del DCFR, es decir, dentro del primer capítulo de la parte especial, y es refrendado por la dicción del artículo IV.C 1:103, que establece que en caso de conflicto de normas se aplicarán con preferencia las del capítulo 3 como norma especial, antes que las del capítulo 2 de la parte general sobre contratos de servicios³². Esta

²⁹ Piénsese en el contrato de reparación de un bien mueble y posterior entrega en el domicilio de su titular.

³⁰ II 1:107: Contratos mixtos.

(1) A efectos del presente artículo, un contrato mixto es aquel que contiene:

(a) Partes que se enmarcan en dos o más categorías de contratos regulados específicamente en estas normas; o

(b) Una parte que se enmarca en una de estas categorías y otra que se enmarca dentro de la categoría de contratos que se rigen únicamente por las normas generales.

(2) Cuando un contrato sea un contrato mixto se aplicarán a cada parte del mismo y a los derechos y obligaciones que se deriven de este, salvo que sea contrario a la naturaleza y el objeto del contrato, las normas pertinentes de la categoría a la que pertenezca, con las modificaciones oportunas.

(3) El apartado (2) no será de aplicación si:

(a) Una norma dispone que un contrato mixto debe considerarse como perteneciente principalmente a una categoría;

(b) en un caso no contemplado por el subapartado anterior, una parte de un contrato mixto es de hecho tan predominante que no sería razonable considerar que el contrato no pertenece principalmente a una categoría determinada.

(4) En los casos a los que se refiere el apartado (3), las normas aplicables a la categoría en la que el contrato principalmente se enmarca (la categoría principal) serán de aplicación tanto a este como a los derechos y obligaciones derivados de él. No obstante, las normas aplicables a las partes del contrato que pertenecen a otra categoría serán de aplicación, con las modificaciones oportunas, en la medida en que sea necesario regular estas partes, y siempre que no entren en conflicto con las normas aplicables a la categoría principal.

(5) Lo dispuesto en el presente artículo no impide la aplicación de las normas imperativas.

Cfr. para España, VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, Madrid, 2009, pág. 62.

³¹ Cfr. PEL SC, General Introduction I, págs. 129-132.

³² Artículo IV.C 1:103: Orden de prelación de normas.

sistemática que inserta el contrato de obra en la normativa del contrato de servicios difiere sustancialmente de la que observa el CC español, en el que la ejecución de obra se trata aisladamente y se circunscribe a aquellas prestaciones efectuadas por ajuste o precio alzado por un profesional o empresario para la ejecución de una construcción inmobiliaria³³. Por su parte, la jurisprudencia ha ido ampliando el supuesto de hecho y existen abundantes resoluciones que describen otras modalidades de servicios calificados como «arrendamiento de obra», aunque no consistan propiamente en tareas de edificación³⁴. Lo que sí resulta claro desde un principio, sea cual sea la obra desarrollada por el agente, es el tratamiento diferenciado por parte de los tribunales españoles, que ha dado lugar a la distinción doctrinal «obras-servicios» bajo el prisma «obligaciones de resultado-obligaciones de medios»³⁵, que también se encuentra en otros sistemas jurídicos continentales, siendo los tribunales los verdaderos creadores de un sistema de responsabilidad contractual a partir de la prueba de la existencia objetiva de un resultado defectuoso³⁶.

Además, tras un largo periodo de inmovilismo legislativo, se ha producido en el derecho español un segundo y reciente periodo de intensa normativización e, incluso, administrativización del contrato de obra, en cuanto afecta al sector de la construcción de inmuebles. El legislador na-

Las normas contenidas en la Parte IV:D (Mandato) y en la Parte IV: E (Agencia comercial, franquicia y distribución) prevalecen sobre las normas contenidas en esta parte, y las reglas de los capítulos 3 a 8 se aplicarán con preferencia a las contenidas en el capítulo 2, todos ellos de esta parte.

- ³³ Lamenta la falta de tratamiento sistematizado y unitario del contrato de obra en España MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «Comentario al artículo 1.588 CC» en DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, pág. 1.732.
- ³⁴ Cfr. STS de 14 de julio de 2006, Cendoj: 28079110012006100873, sobre obras de insonorización de un local, STS de 25 de mayo de 2006, Cendoj: 28079110012006100572, sobre la obligación de entregar una nave, ya montada y en perfecto estado de funcionamiento; véase RODRÍGUEZ MORATA F. (en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, 2009, pág. 1.862.
- ³⁵ Es bien sabido que esta distinción se remonta a René DEMOGUE, quien la presentó en 1925, siendo acogida con entusiasmo no solo en Francia, sino también en Italia y España. Véase LOBATO GÓMEZ: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC*, 1992, págs. 652 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, págs. 13 y ss.; VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *El servicio como objeto...*, pág. 86; ALEMÁN MONREAL, A.: *El arrendamiento de servicios en derecho romano*, Almería, 1996, págs. 41 y ss.; COING, H.: *Derecho privado europeo* (traducción de PÉREZ MARTÍN, A.), I, Madrid, 1996, págs. 28 y ss.; SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Madrid, 1997, págs. 15 y ss. En fechas recientes, ha vuelto a referirse a esta clásica distinción doctrinal JIMÉNEZ HORWITZ, M.: «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el derecho español (estudio comparado con el derecho alemán)», *ADC*, 2012, págs. 558 y ss. Por su parte, CRESPO MORA, M. C. analiza también el tratamiento de la cuestión en el Marco Común de Referencia europeo: «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *InDret*, 2013, págs. 1-45, <http://www.indret.com/pdf/971.pdf>.
- ³⁶ En concreto, en el sector de la construcción de inmuebles, a partir de la interpretación del artículo 1.591 del CC («el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años contados desde que concluyó la construcción») se ha generado una relevante y abundantísima doctrina jurisprudencial española sobre el concepto de ruina de los edificios, así como sobre los vicios que fundamentan la imputación de responsabilidad de los agentes de la construcción y dan derecho al cobro de una indemnización, y, por último, también sobre la solidaridad de la responsabilidad atribuible a todos los partícipes en la edificación. Cfr. como una pequeña muestra las SSTS de 10 de septiembre de 2007, RJ 4963; 25 de octubre de 2006, RJ 6707; 13 de febrero de 2007, RJ 735; 26 de marzo de 2007, RJ 2342; y 5 de junio de 2007, RJ 3425.

cional ha ido excluyendo la actividad de la edificación de la órbita del derecho privado mediante la creación de numerosas normas de carácter administrativo, en las que se imponen al constructor una serie de obligaciones tasadas que modalizan el contenido de su obligación de hacer al margen de los pactos alcanzados entre las partes contractuales. Este intervencionismo se justifica por la condición de constitucional del derecho a la vivienda, la extensión cada vez mayor del concepto de vivienda protegida y las exigencias de seguridad y funcionalidad de los edificios³⁷. En cuanto afecta al derecho privado, desde el año 2000 y a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil de los constructores en el caso concreto, los tribunales españoles cuentan con la regulación contenida en los artículos 8 a 13 y 17 a 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Una norma de contenido civil que convierte en ley la doctrina jurisprudencial elaborada en la interpretación del CC, y proporciona nuevos instrumentos al juzgador para delimitar la responsabilidad objetiva del constructor y demás intervinientes en el proceso de edificación, a partir de la equiparación del incumplimiento contractual con el resultado defectuoso³⁸.

Frente a este panorama de la normativa y jurisprudencia española, el contrato de obra definido en el Marco Común de Referencia sí puede quedar encuadrado dentro de la categoría única de los servicios. Y ello por obra y arte, fundamentalmente, de lo dispuesto en los artículos IV.C 2:105 y IV.C 2:106 de la parte general que afecta a todo tipo de servicios. En efecto, el artículo IV.C 2:105 contempla una «*obligation of skill and care*», que no es otra cosa que la obligación de obrar con diligencia.

³⁷ Afectan al servicio de la construcción, entre otras, las siguientes normas de aplicación estatal: el Código Técnico de la Construcción, aprobado mediante el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y modificado por el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, y por la Orden VIV/984/2009, de 15 abril; la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que lo desarrolla, modificado a su vez por el Real Decreto 327/2009, de 13 de marzo; el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 diciembre; el Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios aprobado por el Real Decreto 1027/2007, de 20 julio; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, modificada por el Real Decreto 1367/2007, de 19 octubre. Esta normativa se multiplica por efecto de la capacidad legislativa de las comunidades autónomas en materia de derecho urbanístico, cfr., por ejemplo, para la comunidad autónoma de Cataluña, el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, nuevamente reformado por el Real Decreto 3/2012, de 22 de febrero.

³⁸ Sobre la Ley de Ordenación de la Edificación puede consultarse, entre otros muchos, VV. AA.: *Garantías y Responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000; LACABA SÁNCHEZ, F.: «Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil», *La Ley*, n.º 4974, 2000; 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*, n.º 37, 2000; LÓPEZ RICHART, J.: *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación*, Madrid, 2003; GÓMEZ PERALS, M.: *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Madrid, 2004; BRENES CORTÉS, J.: *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Valencia, 2005; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2005; CARRASCO PERERA, A.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2005; FUSTER, A. I.: *La responsabilidad civil del arquitecto e ingeniero proyectistas en la edificación*, Barcelona, 2007; COLINA GAREA, R.: *El contrato de edificación*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Tratado de contratos*, Valencia, 2009, vol. III, págs. 3.346-3.411.

IV.C 2:105: Obligación de pericia y diligencia

(1) El prestador del servicio debe ejecutarlo: (a) con la diligencia y conocimientos y pericia de un prestador de servicio razonable según las circunstancias; (b) de conformidad con la norma jurídica u otra norma vinculante aplicable al servicio. (2) Si el prestador del servicio declara estar situado en un estándar más alto de diligencia y pericia que el prestador razonable, deberá ejercitarlas en ese grado superior. (3) Si el prestador de servicio es, o pretende ser, miembro de un grupo de profesionales cuyos estándares de diligencia han sido establecidos por una autoridad relevante o por el propio grupo o colectivo profesional, el prestador del servicio debe ejercitar la diligencia y pericia expresadas en dichas normas. (4) Para la determinación de la diligencia y pericia que el cliente tiene derecho a esperar, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas: (a) la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que la prestación del servicio puede comportar para el cliente; (b) si el daño ha ocurrido, los costes de las precauciones que hubieran prevenido aquel daño u otro similar; (c) si el prestador del servicio es un profesional o empresario; (d) si el servicio es oneroso y, en tal caso, la cuantía del precio; (e) el tiempo razonablemente disponible para la prestación del servicio. (5) Las obligaciones derivadas de este artículo requieren en particular del prestador del servicio que tome las precauciones razonables para prevenir la causación de daños como consecuencia de la prestación del servicio.

A continuación, el artículo IV.C 2:106 se refiere a la «*obligation to achieve result*», que fácilmente podemos traducir por la obligación de alcanzar un resultado.

IV.C 2:106: Obligación de alcanzar un resultado

(1) El prestador de un servicio debe alcanzar el resultado específico pactado o previsto por el cliente en el momento de la perfección del contrato, siempre que en el caso de un resultado previsto pero no indicado por el prestador del servicio (en el contrato): (a) que el resultado previsto por el cliente sea uno de los que razonablemente podría esperar, (b) y que el cliente no tenga ningún motivo para creer que existe un riesgo sustancial de que el resultado no pueda alcanzarse.

Estos artículos, aun presuponiendo la dicotomía tradicional entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, no le otorgan carta de naturaleza para distinguir determinados subtipos de contratos de servicios³⁹. Ambas «obligaciones», la de actuar diligentemente y la

³⁹ Tampoco lo hacían los PECL, que en el comentario a su artículo 6:102, relativo a las condiciones o términos implícitos en los contratos, indicaban que con frecuencia es necesario delimitar si las partes se han obligado a obtener un determinado resultado o solo a esforzarse por obtenerlo, mas sin comprometerse a ello, y se apuntaban algunos criterios para decidir si la obligación asumida es de uno u otro tipo, citándose la redacción de la prestación prometida en el contrato, el precio y las demás condiciones pactadas, el nivel de riesgo que usualmente supone conseguir el resultado esperado o la capacidad de la otra parte para incidir en el cumplimiento. Finalmente, los comentarios acentuaban que, en particular, esta distinción no puede servir para delimitar los contratos de compraventa y de servicios. Véase LANDO, O. y BEALE, H. (ed.): *Principles of European Contract Law Part I-II*, The Hague, 2000, pág. 304.

de alcanzar el resultado prometido o esperable por el cliente, se hallan en el capítulo de disposiciones generales; por consiguiente, son normas aplicables, en principio, a cualquier contrato de servicios, con independencia de su tipo concreto. En realidad, no solo son compatibles, sino que la «*obligation of skill and care*» es instrumental de la de «*achieve result*», pues sin ese actuar diligente no será posible obtener el resultado. No son categorías contrapuestas, sino complementarias.

De manera habitual el cliente siempre desea la obtención de un determinado resultado cuando contrata la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. A partir de aquí, saber en concreto a qué se ha obligado el prestador de servicios es una cuestión de interpretación del contrato, así como del resto de circunstancias que concurren en la prestación del servicio contratado. En consecuencia, siempre que aparezca como probable la consecución del resultado previsto por el cliente, el prestador del servicio queda obligado a obtenerlo⁴⁰. Por el contrario, no debería reputarse obligado a alcanzar un resultado el prestador de servicios cuando su consecución no depende únicamente de su actividad, estando fuera de su control exclusivo conseguirlo⁴¹. No todos los resultados que satisfacen el interés del acreedor pueden ser exigidos al deudor, cuando este no se haya comprometido expresa o tácitamente a alcanzarlos, ni fueran exigibles de acuerdo con las circunstancias concurrentes. La clave radica en la posibilidad inicial de la obtención del resultado. En estos casos, la falta de realización del resultado que satisface el interés del acreedor no implica per se incumplimiento.

Los comentarios a los PEL Services Contract –el precedente académico de la Parte IV.C del DCFR– son ilustrativos de esta concepción. Tras debatir si procede configurar una obligación de medios o de resultado para el contrato de servicios, se opta por una solución flexible y no única ni para el contrato de servicios en general ni para cada una de sus modalidades, de manera especial el contrato de ejecución de obras. Aunque no se haya pactado expresamente un resultado, si un cliente razonable podía esperarlo, el prestador sí estará obligado a obtenerlo. Por tanto, el texto académico se refiere al resultado, pero no a todo tipo de resultado, sino solo al «resultado razonable»⁴². Los criterios para decidir si un resultado es razonable serían, en primer lugar, las necesidades de ese cliente, además la solución ofrecida a ese cliente por ese concreto prestador de servicios, y las circunstancias en que debe prestarse el servicio⁴³.

La conformidad o no de la prestación se obtiene de la comparación entre la prestación real y la ideal, según se acordó al concluir el contrato, tomando como parámetro de la comparación

⁴⁰ Comentario A al artículo IV.C 2:106, DCFR, Full Edition, vol. 2, pág. 1.653. También JANSEN, C.: «Principles of European Law on Services Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method», en ZIMMERMANN R. (ed.): *Service Contracts*, pág. 53.

⁴¹ Comentario B al artículo IV.C 2:106, DCFR, Full Edition, vol. 2, pág. 1.656.

⁴² Comparto esta concepción con CRESPO, M. C.: «Las obligaciones de medios y de resultado...», pág. 9.

⁴³ PEL SC, comentario D al artículo 1:108, págs. 230-231.

el resultado que espera obtener el cliente. De hecho, el artículo IV.C 3:104, en sede de contrato de ejecución de obras, se presenta oficialmente como una aplicación y concreción del artículo IV.C 2:106, que asienta la obligación de obtener un resultado como característica definitiva del tipo legal que el *soft law* europeo denomina «servicio»⁴⁴. Los redactores de este artículo señalan que la responsabilidad por la calidad del resultado es objetiva⁴⁵, sin que el cliente tenga que preocuparse por el proceso seguido por el prestador, salvo que observe anticipadamente la inidoneidad, supuesto en el que, a tenor de lo que prevé el artículo IV.C 2:110⁴⁶, deberá notificar la falta de conformidad. Además, se tienen en cuenta las legítimas expectativas de la parte. Por un lado, lo construido debe ser idóneo para aquellos fines generales para los que se usaría una construcción del mismo tipo. Pero, además, debe ser idóneo para el fin concreto que de manera expresa o implícita el cliente haya hecho saber al constructor en el momento de la conclusión del contrato o en el momento de introducir alguna modificación contractual de acuerdo con el artículo IV.C 2:109⁴⁷.

⁴⁴ DCFR, comentario A al artículo IV.C 3:104, pág. 1.717.

⁴⁵ Cfr. DCFR, comentario B y comentario D al artículo IV.C 3:104, págs. 1.717 y 1.719.

⁴⁶ IV.C 2:110: Obligación del cliente de notificar anticipadamente la falta de conformidad. (1) El cliente tiene que notificar al prestador del servicio si llega a conocer durante el periodo de ejecución de la prestación que el prestador no lograra cumplir con la obligación prevista en el artículo IV.C 2:106 (Obligación de resultado). (2) Cabe presumir que el cliente conoce tal situación si, en atención a los hechos y las circunstancias conocidas por el cliente de manera manifiesta, es razonable que así sea. (3) Si el incumplimiento de la obligación contenida en el párrafo (1) hace que el servicio resulte más caro o comporte más tiempo que el acordado en el contrato, el prestador del servicio tiene derecho a: una indemnización por los daños derivados de la pérdida sufrida como consecuencia de tal incumplimiento y un ajuste del tiempo para la prestación del servicio.

⁴⁷ IV.C 2:109: Modificación unilateral del contrato. (1) Sin perjuicio del derecho del cliente a la resolución unilateral del contrato de acuerdo con el artículo IV.C 2:111 (Derecho del cliente a la resolución unilateral del contrato), cualquiera de las partes puede, previa notificación a la otra, modificar el servicio que debe ser prestado, si tal modificación es razonable teniendo en cuenta: (a) el resultado a obtener; (b) los intereses del cliente; (c) los intereses del prestador del servicio; y (d) las circunstancias en el momento de la modificación. (2) Una modificación es considerada razonable solo si: (a) es necesaria para permitir al prestador del servicio actuar de acuerdo con el artículo IV.C 2:105 (Obligación de pericia y diligencia) o, en su caso, de acuerdo con el artículo IV.C 2:106 (Obligación de resultado); (b) es la consecuencia de una instrucción dada de conformidad con el párrafo (1) del artículo IV.C 2:107 (Instrucciones del cliente) y esta no es revocada en un tiempo razonable después de que el cliente haya sido informado de acuerdo con el párrafo (3) de dicho artículo; (c) es una respuesta razonable a una información dada por el prestador del servicio conforme al artículo IV.C 2:108 (Obligación contractual de información del prestador del servicio); o (d) es requerida por un cambio de circunstancias que justificaría una modificación de las obligaciones del prestador del servicio de acuerdo con el artículo III: 1:110 (Modificación o resolución del contrato por un tribunal debido a un cambio de circunstancias). (3) Cualquier precio adicional que sea resultado de la modificación ha de ser razonable y ha de ser determinado con los mismos criterios de cálculo con los que se determinó el precio original del servicio. (4) Si la modificación implica reducción del servicio, la pérdida de ingresos, el ahorro de gastos, y la posibilidad de obtener provecho del trabajo efectuado por el prestador del servicio para otros fines serán tenidos en cuenta para calcular el precio que resulte exigible como consecuencia de la modificación del servicio. (5) Una modificación del servicio puede conducir a un ajuste del tiempo previsto para el cumplimiento, que será proporcional al trabajo adicional requerido con respecto al trabajo originariamente solicitado y al plazo inicial establecido para la prestación del servicio.

¿Puede concluirse que en el DCFR la conformidad es un criterio general de valoración de la prestación en el contrato de servicios que se diseña? ¿Podemos entender que, en este trabajo académico, la obligación de hacer del prestador de servicios se configura, siempre y en todo caso, como una obligación de resultado? Puede afirmarse que sí en todos los supuestos en que el prestador de servicios se obliga a obtener un determinado resultado, lo cual se presumirá para todo contrato de servicios, salvo que otra cosa resulte de los pactos entre las partes o del concreto tipo contractual. Precisamente por ello, y a contrario sensu, hemos de entender que cabe que las partes configuren el contrato de servicios como de mera actividad convirtiendo la prestación en una obligación de medios. Si así ocurre, el prestador de servicios se obliga simplemente a realizar una actividad diligente y esa pretendida objetividad de la conformidad se desvanece. Al tratarse de dos formas distintas de configurar el contenido de la prestación debida, ello influirá necesariamente en el terreno del cumplimiento de esta, que, lógicamente, deberá corresponderse con el programa previsto en cada caso. En definitiva, pues, el binomio medios-resultado se manifiesta relevante en el cumplimiento de la obligación y en la forma de contravenirla.

A partir de esta situación hay autores que entienden que puede referirse la conformidad a la apreciación de la diligencia exigible, entendiendo que el resultado lo constituye el propio servicio efectuado aplicando los conocimientos periciales exigibles, si bien reconociendo que el encaje no es completo⁴⁸. Esta podría ser la explicación de que en la parte general del contrato de servicios, aunque se impone la obligación de obtener el resultado específico, no se define en qué consiste la conformidad para todas las prestaciones de servicios y ello, por las evidentes dificultades de traslación de esta noción objetiva a los supuestos en los que no hay un resultado al que se haya obligado la parte. Si consideráramos que, para los autores del DCFR, constituye por sí mismo un resultado la conducta diligente del deudor en el cumplimiento de la obligación, sobrarían las reiteradas alusiones realizadas en los comentarios que niegan que puedan exigirse por regla general aquellos resultados cuya consecución dependa de factores que escapan al control exclusivo del proveedor. Sin embargo, pienso que en cierta manera sí es posible llamar resultado, también, a la prestación correcta o diligente del servicio. El contrato es solo un eslabón, en la cadena de organización de los intereses de los sujetos que intervienen en él. Como eslabón, tiene una función definida y limitada. Y el resultado final de obtener, por ejemplo en el caso del asesoramiento jurídico, una sentencia estimatoria en el juzgado no pertenece al ámbito de protección del contrato. La necesidad de atender a los deberes de diligencia en la prestación de servicios no implica que el incumplimiento de tales deberes deje de ser un concepto neutro,

⁴⁸ Cfr. VAQUER ALOY, A.: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», en VV. AA.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pág. 392. Véase también ORTEGA DÍAZ, J. F. en: *Hacia un concepto clarificador de servicio...*, págs. 249 y ss.; VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, Madrid, 2009, págs. 464 y ss.; FROSSARD, J.: *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 1965, págs. 135-137. JANSEN, C.: «Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method» en ZIMMERMANN, R. (ed.): *Service Contracts*, Tübingen, 2010, págs. 51 y ss.; DE BARRÓN ARNICHES, P.: «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *InDret*, 3/2008, págs. y 13 y ss.

ni impide, por tanto, construir un concepto unitario de incumplimiento⁴⁹. La culpa del prestador del servicio expresa en estos casos el incumplimiento del contrato que no se ha ejecutado con la calidad requerida. La utilización de la noción de culpa no impide afirmar que en este caso el incumplimiento es también la falta de realización de las exigencias del contrato.

1.2. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO EN EL INSTRUMENTO OPCIONAL

Ya se ha mencionado en este trabajo que el denominado Instrumento Opcional, o Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law⁵⁰, de octubre de 2011, ha decidido prescindir de una regulación completa y sistemática del tipo contractual denominado «servicio», alegando la heterogeneidad de la materia y la existencia de normativa sectorial. Únicamente, y de forma colateral, se hace referencia a una modalidad de servicios en su Parte V, aquellos servicios vinculados con la compraventa que podrían ser calificados como servicios posventa o relacionados, y respecto de los que se señalan las obligaciones de las partes y los remedios ante el incumplimiento contractual⁵¹. La Parte V de la propuesta se articula en un único capítulo (el 15), que se divide en cuatro secciones, una que establece la aplicación del capítulo 9, otra dedicada a las obligaciones del prestador de servicios, la tercera a las obligaciones del cliente y la última a los remedios.

El capítulo 9, cuyas normas devienen de aplicación a los contratos de servicios relacionados, define qué es incumplimiento y qué es incumplimiento esencial (art. 87), desgrana cuáles son las causas de exoneración del incumplimiento (art. 88), regula el cambio en la circunstancias (art. 89) y concluye con una norma sobre pago y contenidos digitales no aceptados. La sección segunda, al regular las obligaciones del prestador de servicios, remite inmediatamente a la tradicional distinción entre las obligaciones de medios y de resultado.

Artículo 184: «(1) El prestador del servicio deberá lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato. (2) A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia

⁴⁹ Seguimos en esta idea la tesis de MORALES MORENO, A. M. en BARROS BOURIE, E.; GARCÍA RUBIO, M. P. y MORALES MORENO, A. M.: *Derecho de daños*, Madrid, 2009, pág. 208.

⁵⁰ COM (2011) 635 final.

⁵¹ Part V, Chapter 15: «Obligations and remedies of the parties to a related service contract», COM (2011) 635/4, pág. 96. Véase además el estudio de viabilidad previo a esta propuesta publicado el 19 de agosto 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 sitio web http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado».

La dicción de este artículo sobre las obligaciones del prestador de servicios relacionados supone un paso atrás respecto de la regulación contenida en el proyecto del DCFR. No se entiende la oportunidad de insistir de forma tan radical en la dicotomía que va siendo progresivamente más matizada en su relevancia para la determinación de la responsabilidad del prestador del servicio⁵². Junto a ello hay una segunda cuestión, que debe tenerse en cuenta, la cual es la remisión que el artículo 147 realiza a las normas del capítulo 9 sobre incumplimiento. Cuando se abordan las obligaciones del prestador de servicios en este capítulo 15 se evita la referencia directa a la obligación de realizar una prestación conforme, sin embargo la remisión legal conduce necesariamente a la noción de conformidad. Porque el incumplimiento de la obligación, en el Instrumento Opcional, sigue descansando sobre la falta de conformidad de la prestación, básicamente configurada para el contrato de compraventa.

En efecto, el artículo 87 (1) considera como supuestos de incumplimiento la falta de entrega de la cosa o la entrega retrasada, la entrega de cosas no conformes, el impago y el pago atrasado y cualquier otra falta de conformidad. Además, es una noción neutra que no depende de ningún criterio de imputación subjetivo⁵³. El mismo artículo 87 lo dice con transparencia: «Constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada».

Y a continuación se listan una serie de supuestos concretos, ninguno de los cuales implica valoración de la conducta de la parte incumplidora; más en concreto, en ninguno de los supuestos se requiere la culpa. La no-culpa, el caso fortuito, solo es causa de exoneración de responsabilidad (art. 88). Por otra parte, el artículo 156 de la propuesta establece el requisito de la notificación de la falta de conformidad en los contratos de servicios relacionados entre comerciantes; para los comerciantes rige la carga de notificar la falta de conformidad. Luego, para cualquier

⁵² Se ha sostenido por la doctrina el carácter utilitario de la clasificación de DEMOGUE que, por tanto, no observa los requisitos para convertirse en una categoría general. En efecto, cabe señalar la dificultad de escindir diáfananamente ambos tipos de obligaciones en la práctica, pues la actividad –la prestación del servicio o la ejecución de la obra– y el resultado –el resultado que el cliente puede esperar en cada caso– se confunden inevitablemente en la práctica. Un análisis crítico reciente de los ejemplos de DEMOGUE puede verse en OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M.: «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil», *Revista de Derecho*, 2006, págs. 7 y ss. En Italia, TORRENTE, A. y SCHLESSINGER, P.: *Manuale di diritto privato*, Milán, 2009, pág. 359. Hasta la doctrina francesa empieza a adoptar una actitud crítica frente a esta distinción.

⁵³ Como dice MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, 2010, pág. 30: «Constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche». Véase también 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, págs. 47-136.

contrato de servicios relacionados rige el principio de la conformidad de la prestación como expresión del cumplimiento contractual, ello aun reconociendo que en ocasiones la aplicación de las normas sobre conformidad de la compraventa a los servicios puede plantear algunos problemas.

Pues bien, siendo esto así, no se comprende por qué se vuelve a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en el Instrumento Opcional, en el que, tras reconocer que el proveedor del servicio debe alcanzar el resultado específico requerido por el contrato, se admite que, en ausencia de una obligación expresa o tácita de alcanzar un resultado específico, el proveedor deberá ejecutar el servicio con el cuidado y habilidad de un prestador de servicios razonable, de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio. En otras palabras, para que el deudor deba alcanzar un resultado específico, es necesario que tal exigencia aparezca expresa o tácitamente en el contrato porque, de lo contrario, el deber de conducta del deudor consistirá en una obligación de medios⁵⁴. Ya hemos dicho que esta distinción pivota sobre la noción de diligencia, de la culpa, mientras que el incumplimiento –por el filtro de la conformidad– es una noción independiente de toda imputación subjetiva⁵⁵. Ello, en el bien entendido de que, a nivel de las consecuencias del incumplimiento, los remedios de que dispone la parte perjudicada sí dependerán de la imputación del incumplimiento o de su inimputabilidad. Así pues, la única solución que se antoja posible para resolver esta contradicción es entender que, salvo que otra cosa se pacte –de modo que las partes configuren la prestación de otro modo–, el prestador de servicios se obliga a obtener un resultado, en el caso contemplado en el Instrumento Opcional, a realizar unos servicios relacionados conformes con el contrato, es decir, interpretando la dicción del artículo 184 antes transcrito de la misma manera que las disposiciones del DCFR: el prestador del servicio debe lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato y, si no consta esta obligación contractual expresa o implícita, debe ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio de que se trate. En definitiva, salvo que otra cosa resulte expresamente del contrato, el prestador responde de la conformidad de la prestación en

⁵⁴ Señala CRESPO MORA que la virtualidad del Instrumento Opcional consiste en contribuir a solucionar la controversia doctrinal originada por la ambigua redacción del artículo IV.C 2:106 del DCFR. Aparte de ello, realmente añade poco sobre la materia. La regulación es menos completa que la del DCFR pues, a diferencia de aquel, no prevé supuestos adicionales en los que el deudor deba alcanzar un resultado cuando las partes no hayan previsto este extremo expresa o implícitamente. Cfr. CRESPO MORA: «Las obligaciones de medios...», cit., pág. 22.

⁵⁵ Esta misma paradoja se produce en los Principios Unidroit y ha sido criticada con acierto. Los Principios Unidroit, ya en su primera edición de 1994, dedicaron a la dicotomía obligaciones de medios/de resultado dos artículos, los artículos 5.4 y 5.5, el primero para distinguir ambos tipos de obligaciones y el segundo para determinar cuándo concurría cada una de ellas, ligándolo a la determinación de cuándo existía cumplimiento o incumplimiento. En la edición de 2004, la numeración ha pasado a 5.1.4 y 5.1.5, esquema que se ha mantenido en la tercera edición de 2010. La doctrina advirtió la incompatibilidad entre un sistema objetivo de incumplimiento siguiendo los dictados de la Convención de Viena de 1980 (CISG) y una dicotomía que tiene por base la actividad diligente del deudor frente a la obtención de un resultado. Véase PERILLO, J.: «Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review», *Fordham Law Review*, 1994, pág. 296.

términos neutros, sin que deba entrarse a valorar subjetivamente su conducta a efectos de determinar si hay cumplimiento o incumplimiento⁵⁶.

Por ello, los criterios que se detallan en el artículo 148 (3) para decidir qué diligencia es exigible al prestador de servicios resultan intrascendentes. En primer lugar, porque en ningún caso pueden considerarse exclusivos del contrato de servicios, sino que son criterios de determinación de la culpa generales. En segundo lugar, porque si debe resolverse con base en la negligencia, ello no se corresponde con la noción de la conformidad del contrato, que por su neutralidad es ajena a la culpa. Y es que la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado podría tener algún sentido en el DCFR en relación con la prestación de servicios de tratamiento médico –capítulo 8 de la parte especial–, un campo abonado para las obligaciones de medios por las reticencias a establecer un sistema no basado en la culpa, pero en el Instrumento Opcional los contratos de servicios relacionados son, por el objeto de la prestación de hacer, muy cercanos al contrato de ejecución de obras de rehabilitación de bienes –capítulo 3 del Libro IV.C del DCFR– o al contrato de mantenimiento de bienes –capítulo 4 del Libro IV.C del DCFR–, en los que la culpa no tiene por qué tener un espacio particular.

A modo de conclusión, y tras este repaso previo del DCFR y del Instrumento Opcional en relación con su regulación sobre los contratos de obras y servicios, cabe defender que, verdaderamente, este segundo instrumento jurídico europeo no supone una vuelta atrás respecto al planteamiento del contrato de obra, como modalidad dentro de los contratos de servicios, que nos muestra el DCFR. Al contrario, su escueta regulación de estas prestaciones de hacer –solo las relacionadas o dependientes del negocio jurídico de compraventa de bienes– permite una interpretación concordante con la regulación propuesta en el primer instrumento europeo, en el sentido de superar la tradicional dicotomía entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado a la hora de delimitar la responsabilidad del prestador de los servicios. Se está proporcionando al legislador español una utilísima herramienta, en la senda de la unificación del concepto jurídico de cumplimiento contractual, basada en la conformidad objetiva del contrato, senda por la que ya ha empezado a tramitar la Comisión General de Codificación en el Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMCC)⁵⁷.

Conviene detenerse a continuación, y a los efectos de concretar un poco más la propuesta europea en cuanto afecta determinadamente al contrato de obra, en las disposiciones contenidas en el capítulo tercero del Libro IV.C del DCFR, el llamado contrato de *construction*.

⁵⁶ El Profesor MORALES MORENO llega a la misma conclusión por la vía de considerar los servicios como productos. Advierte este ilustre Profesor («problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», págs. 213 y ss.) que de otro modo no sería posible un concepto unitario de incumplimiento por cuanto para determinados servicios habría que estar a la culpa, considerando él que la culpa equivale a la mera constatación del hecho del incumplimiento.

⁵⁷ Artículos 1.188 y ss. de la PMCC, así como los artículos que se refieren al contrato de compraventa, que iré mencionando en este trabajo.

II. EL CONTRATO DE CONSTRUCTION

2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo IV.C 3:101 señala, como ámbito de aplicación de la regulación contenida en el capítulo tercero de la parte C del Libro IV, todos aquellos contratos en virtud de los cuales se lleva a cabo un servicio consistente en la elaboración de un bien nuevo o, en su caso, en la rehabilitación o transformación de un bien preexistente.

IV.C 3:101: Ámbito de aplicación

(1) El presente capítulo se aplica a los contratos en virtud de los cuales una parte, el constructor, siguiendo un diseño proporcionado por la otra, el cliente, se compromete a construir un edificio o inmueble, o a alterar materialmente o modificar de manera sustancial un edificio u otra estructura inmueble ya existente. (2) Se aplica, con las adaptaciones oportunas, a los contratos en virtud de los cuales el constructor se compromete: (a) a construir un bien mueble o intangible siguiendo un diseño proporcionado por el cliente; o (b) a construir un edificio u otra estructura inmueble, a reformar sustancialmente un inmueble ya existente, o a construir o elaborar un bien mueble o intangible, siguiendo un diseño propio.

Se trata de abarcar un amplio espectro del sector servicios, desde la construcción de un edificio hasta la creación de un sitio web (*website*). Este servicio de elaboración, construcción o rehabilitación puede recaer tanto sobre bienes inmuebles como sobre bienes muebles o, incluso, incorporarlos. Cabe que la prestación del mencionado servicio se realice en ejecución del proyecto o diseño previamente entregado por el cliente al prestador del servicio o, por el contrario, que sea el propio empresario o profesional quien haya de confeccionar previamente el proyecto sobre el que se elaborará el bien solicitado. Es claro, a primera vista, que este planteamiento «omniabarcante» del objeto de la regulación abarca, necesariamente, en abundantes situaciones de contratos mixtos, puesto que en muchos casos nos encontraremos con un contrato mixto entre prestación de un servicio de construcción y compraventa, como ocurre en el contrato de compraventa de un piso en construcción en el que la promotora tiene que construir para poder entregar el bien que constituye el objeto de la prestación. O bien, dentro del tipo contractual de prestación de servicios podemos encontrar un contrato mixto que conlleve primero el diseño y después la ejecución del mismo, como ocurre en el caso de un arquitecto que elabora un proyecto para la edificación de un inmueble y después ha de dirigir la obra en la cual se ejecuta el referido diseño previo⁵⁸. En tercer lugar, cabe que se produzca la confluencia o confusión de modalidades tipificadas, como sucede en los casos en que un servicio de rehabilitación de bienes ya existentes, especialmente inmuebles, puede calificarse como *construction*, o como *processing*, que también aparece regulado en el DCFR⁵⁹.

⁵⁸ El capítulo 6 del Libro IV.C del DCFR regula el llamado contrato de *design*, refiriéndose a la elaboración de proyectos o diseños por parte de profesionales, los paralelismos entre las normas de ambos capítulos son muchos y a ellos me iré refiriendo a lo largo del trabajo.

⁵⁹ Capítulo 4 del Libro IV.C del DCFR, contrato de *processing*.

En estos supuestos, las normas generales que regulan los contratos mixtos indican que el capítulo 3 solo podrá aplicarse a la parte del contrato cuyo objeto sea, propiamente, la elaboración o construcción de un bien. Con respecto al contrato mixto de construcción y compraventa, el artículo IV.A 1:102 señala que ha de entenderse que el contrato es de compraventa⁶⁰. De manera consecuente, la regulación del capítulo 3 del Libro IV.C del DCFR respeta absolutamente los principios rectores del contrato de compraventa, siendo paradigmática la cuestión relativa al traspaso de los riesgos del comprador al vendedor y del constructor al comitente de la obra⁶¹. En la misma línea, ya se ha hecho referencia a la regulación conjunta que presenta el Instrumento Opcional del contrato de compraventa y de los contratos de servicios relacionados. Se considera «contrato de servicios» todo contrato, con excepción del contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio⁶².

Sin embargo, en el caso de contrato mixto de diseño y construcción, a pesar de que es clara y nítida la distinción entre el objeto de uno y otro servicio, cuando ambas tareas son realizadas por una misma persona este contrato se regirá exclusivamente por las normas del capítulo 3, dejando sin aplicación las del capítulo 6⁶³. En cuanto a la distinción entre mantenimiento y rehabilitación, transformación o cualquier otra forma de procesamiento de bienes preexistentes, lo cierto es que las normas del capítulo 4 de la parte C del DCFR reiteran las del capítulo precedente, al fin y al cabo el mantenimiento, reparación y limpieza de bienes de toda clase es otro contrato de obra absolutamente compatible, por la naturaleza de la prestación de hacer, con el contrato de ejecución o modificación de bienes del capítulo 3. Únicamente el artículo 4:105 sobre la obligación de devolver el bien o estructura puesta a disposición del prestador del servicio para su reparación, y el artículo IV.C 4:108, que contiene la cláusula de limitación de la responsabilidad, tendrían una singularidad digna de mención. Hasta tal punto es así que podría entenderse este capítulo 4 como claramente prescindible dentro de la sistemática del contrato de servicios contenida en el DCFR⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. artículo IV.A 1:102 del DCFR.

⁶¹ Cfr. artículos IV.C 3:108 y IV.A 5:102. De la misma manera que, en cuanto a las obligaciones de conformidad y de pago del precio, el traspaso de los riesgos de destrucción del bien elaborado por causa fortuita se produce en el momento de la entrega o transferencia del control sobre el bien, es el llamado *momento relevante*.

⁶² La necesidad de dirimir entre compraventa y contrato de obra se ha planteado también en relación con el artículo 5.1 del Reglamento comunitario procesal 44/2001: «Se discute en este sentido si los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse previamente deben considerarse compraventas de mercaderías y no prestaciones de servicios, aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de la calidad de fabricación, la fiabilidad de suministro o la buena gestión administrativa de los pedidos, y se plantea igualmente cuáles deben ser los criterios pertinentes para establecer la distinción entre uno y otro contrato en los casos concretos». CANEDO ARRILLAGA, M.^a P.: «Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010 (CAR TRIM: Asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n.º 1, págs. 263-269, <http://www.uc3m.es/cdt>.

⁶³ Artículo IV.C 6:101 (2). Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario E al artículo IV.C 3:101, vol. 2, pág. 1.702.

⁶⁴ Ha criticado esta superposición de disposiciones VAQUER ALOY, A. en «Farewell to Windscheid? Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)» en *European Review of Private Law*, 4, 2009, págs. 501 y ss.

Además de esta interrelación entre las normas que afectan a contratos tipificados en el DCFR, los redactores de este proyecto académico ven posible y conveniente la aplicación del capítulo IV.C 3 a otros negocios jurídicos no tipificados, por cuanto existen muchas otras actividades que pueden encajar en esta normativa sobre los contratos de obra porque requieren una conducta expresa del profesional y una interacción entre las partes del contrato para lograr la obtención del resultado. El ejemplo, por excelencia es la elaboración de un *software*, actividad absolutamente alejada de la tarea de levantar un edificio y, sin embargo, susceptible de ser regulada por estas disposiciones⁶⁵. De esta manera, se logra paliar en cierto modo el problema que la doctrina ha puesto de manifiesto en relación con la tipicidad del contrato de servicios europeo: es cierto que se regulan únicamente seis modalidades de servicios a pesar de que este sector de la economía es infinitamente más amplio, pero también lo es que, dentro de cada una de estas seis modalidades, encontramos normas inspiradoras para el juzgador, aplicables a muchos más supuestos fácticos de los que en un principio podría parecer⁶⁶.

También la doctrina y la jurisprudencia española se han planteado el problema de la confluencia entre el contrato de obra y el de compraventa cuando los materiales son suministrados por quien ejecuta la obra que, solo después, vende al cliente el inmueble resultado de su trabajo. Entiendo que, a la luz de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), y en beneficio del comprador del inmueble, siempre se ha de entender que estamos ante un contrato de obra en cuanto de ello dependa, por ejemplo, la obligación de concertar una garantía decenal para los edificios⁶⁷.

2.2. OBLIGACIONES DEL EJECUTOR DE LA OBRA

2.2.1. La entrega de la obra realizada

La primera y principal obligación del constructor es la de ejecutar su tarea, esto es, proceder a la elaboración del bien encargado para su posterior entrega al cliente. El artículo IV.C 3:106 del DCFR regula el momento y modo en que ha de producirse la entrega de la obra ejecutada por el prestador del servicio y la recepción por parte del cliente.

IV.C 3:106: Entrega de la estructura construida

(1) Si el constructor considera que la estructura construida, o cualquiera de sus partes que fuesen aptas para su uso independiente, está terminada de forma suficiente y desea entregarla al cliente, este deberá asumir el control del bien en un plazo razonable desde que el constructor le notifique su intención. El cliente puede negarse a recibir el bien, o la parte pertinente del mismo, si no es conforme al contrato y esa falta de conformidad lo convierte en no apto para su uso.

⁶⁵ Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario A al artículo IV.C 3:101, pág. 1.700.

⁶⁶ Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario B al artículo IV.C 3:101, vol. 2, pág. 1.701.

⁶⁷ Cfr. artículo 19 de la LOE; STS de 18 de abril de 1995, RJ 3422; SAP Lleida de 29 de mayo de 2000, AC 1426.

(2) El hecho de que el cliente asuma el control sobre la estructura construida no exime al constructor, ni total ni parcialmente, de su responsabilidad. El presente artículo también es aplicable cuando el cliente tiene la obligación contractual de inspeccionar, supervisar o aceptar la estructura o su construcción. (3) El presente artículo no es aplicable si el contrato prohíbe la entrega al cliente.

La presente disposición muestra un paralelismo absoluto con el artículo IV.C 6:105⁶⁸. Al regular el momento y modo en que ha de producirse la entrega del proyecto en este caso, o de la obra ejecutada en el capítulo 3, y su recepción por parte del cliente, ambas disposiciones configuran el modo en que ha de llevarse a cabo la obtención del resultado derivado de la ejecución de la tarea. Ambas disposiciones se inspiran en la norma sobre la entrega existente en el contrato de compraventa. En efecto, la fuente de inspiración es la normativa sobre el contrato de compraventa de bienes, abundantemente regulado en el derecho comunitario. En el modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), el artículo 36.1 señala que «el vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta solo sea manifiesta después de ese momento». Por su parte, el artículo 3.1 del DVC, establece que «el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien»⁶⁹. En cuanto al reciente Instrumento Opcional el artículo 105 señala que: «El vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador conforme al capítulo 14».

Lo cual se identifica, según el artículo 142, con el momento de la adquisición material de la posesión del bien por parte del comprador⁷⁰. Por último, en el DCFR, el artículo IV.A 2:308 –de la misma manera que en el contrato de diseño de proyectos– se refiere expresamente al momento en que ha de verificarse la conformidad del bien y determina que el vendedor es responsable de la falta de conformidad que se observe en el bien en el momento en que transfiere el control del bien al comprador y, con ello, los riesgos sobre el mismo⁷¹.

El prestador del servicio, salvo pacto en contrario, es quien decide el momento de entregar el bien elaborado o, si es posible por la naturaleza del mismo, ir realizando entregas parciales de la estructura u obra realizada. Y el cliente deberá recepcionar la obra salvo que el bien que se le

⁶⁸ IV.C 6:105: Entrega del diseño (1) Cuando el diseñador considere que el diseño, o una parte del mismo apta para su ejecución independiente del resto, está suficientemente terminado y desee entregarlo al cliente, este debe aceptarlo en un plazo de tiempo razonable a partir de que el diseñador le notificase su intención. (2) El cliente podrá negarse a aceptar el diseño si este, o la parte pertinente del mismo, no es conforme al contrato y esa falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial.

⁶⁹ Esta disposición no ha resultado modificada en la nueva Directiva sobre consumidores 2011/83/EU.

⁷⁰ Artículo 142.1: «En los contratos de compraventa de bienes de consumo, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado por el consumidor, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes o el soporte material en el que se suministren los contenidos digitales», COM(2011) 635 final.

⁷¹ Los comentarios lo justifican porque hasta ese momento los bienes están bajo el control del vendedor; véase DCFR, Full Edition, Comentario B al artículo IV.A 2:308, págs. 1.310-1.311.

pretende entregar resulte manifiestamente inservible para la finalidad o uso que pretende darle y que es conocida por el constructor, lo cual constituirá una falta de conformidad del contrato, un supuesto de incumplimiento contractual del prestador del servicio. A contrario sensu, ha de entenderse que una obra efectuada correctamente, aunque tenga pequeños defectos o esté incompleta, no puede ser rechazada⁷². Por ello, si el cliente se niega a aceptar la obra que se le ofrece sin una justificación para ello, el prestador del servicio puede recurrir a las reglas previstas en el Libro III del DCFR, fundamentalmente las de consignación del bien ejecutado⁷³. La iniciativa siempre corresponde al constructor y por ello es quien debe notificar a la otra parte su voluntad de proceder a la entrega. El cliente deberá recepcionar la obra en un tiempo prudencial desde la notificación, por ello han de respetarse de forma extrema las formalidades y la fehaciencia de la notificación sobre el ofrecimiento de la cosa por parte del constructor.

En definitiva, el régimen jurídico establecido para la entrega y recepción de la obra ejecutada las configura como el inicio de la última fase del proceso constructivo y de la consumación del contrato, como condición indispensable para el enjuiciamiento del cumplimiento o incumplimiento contractual en cada caso. La entrega y correspondiente recepción de una parte independiente o de la totalidad de la obra significan la finalización del servicio realizado por el prestador, y hacen nacer en el cliente la obligación de pago del precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo IV.C 3:107. Con ello finaliza la obligación de mantenimiento y vigilancia del bien elaborado, pero ello no exime al constructor de su responsabilidad por los vicios o defectos que se pongan de manifiesto con posterioridad. Al contrario, a partir de la entrega se inician los periodos de garantía en los que el prestador del servicio responderá de esos posibles vicios de la cosa.

En el derecho español la entrega de la obra de edificación se ha convertido en un acto formal y reglado⁷⁴, regido por una norma imperativa que determina los partícipes en la entrega, el momento en que ha de llevarse a cabo y la forma de significarla documentalmente a los efectos del inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones que pueden instarse contra el constructor por defectos en la obra. La entrega del edificio por parte del constructor al promotor se documentará en un acta que al menos ha de ir firmada por las partes contractuales aunque en la práctica, en los modelos normalizados como el que proporciona el colegio oficial de arquitectos técnicos, se prevé la firma también de la dirección facultativa de la obra, que tiene la misión de certificar que el edificio está terminado y es susceptible de ser entregado a quien encargó su construcción⁷⁵. Se prevé la po-

⁷² El precedente de los PEL SC (art. 2:109) regulaba de forma más expresa la obligación de reparar del constructor dentro de un periodo de tiempo y en unas condiciones razonables. En el DCFR, el remedio de la reparación de la prestación que sea conforme, aunque adolezca de algún defecto, ha de sustentarse en la normativa general de obligaciones y contratos, Libro III, artículos III 3:201 y ss. del DCFR.

⁷³ Artículo III. 2:111 del DCFR (2).

⁷⁴ Cfr. artículo 6.1 de la LOE: «La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida esta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por este».

⁷⁵ De hecho, ha sido criticado por la doctrina española que la LOE no establezca la obligatoria comparecencia del arquitecto y arquitecto técnico al acto de entrega y recepción de la obra. Cfr. MARTÍNEZ MAS, F.: *La terminación, entrega,*

sibilidad de una recepción tácita por parte del cliente, si transcurridos treinta días desde la fecha de terminación de la obra, acreditada mediante el certificado de final de obra, el promotor no hubiera manifestado al constructor ninguna clase de reservas o rechazo por escrito⁷⁶. Los plazos de responsabilidad y garantía se iniciarán a partir de la fecha en que suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda que esta tácitamente producida.

Con respecto a lo previsto en el proyecto de DCFR, la norma española puede considerarse más completa en defensa del cliente, pues prevé expresamente que pueda recepcionar la obra con reservas. En efecto, a pesar de que en el precedente de este proyecto académico, el PEL SC, se regulaba la reparación por parte del constructor para subsanar los defectos menores que provocaban una suerte de falta de conformidad de la obra, aunque sea de menor intensidad, el capítulo 3 del Libro IV.C del DCFR no ha heredado esta norma, de manera que la recepción de la obra por parte del cliente implica que la considera apta para su fin y que, en consecuencia, el constructor no ha incurrido en incumplimiento contractual. En España la recepción con reservas de la obra de edificación se produce siempre que la dirección facultativa observa vicios o defectos de construcción que no tengan excesiva trascendencia o importancia (defectos de terminación o acabado), y los efectos jurídicos que produce son, básicamente, dos: hace nacer la obligación del constructor de reparar o subsanar las deficiencias observadas y descritas dentro del plazo acordado en la propia acta, y retrasa el inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad y de garantía previstos, hasta que sean subsanadas las referidas deficiencias. Este planteamiento legislativo es acorde con el que cabe inferir de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo desarrollada en los juicios sobre responsabilidad del constructor y de otros agentes de la edificación. El Alto Tribunal califica el contrato de construcción como una relación jurídica de arrendamiento de obra, de manera que lo primero que enjuicia en el caso concreto es la existencia o inexistencia del resultado perseguido con el servicio contratado o, en su caso, si ha habido entrega de una obra y cuándo y en qué condiciones se ha llevado cabo. Las deficiencias que pueden observarse en la obra realizada, o la posible realización parcial de la misma, o su entrega extemporánea, constituyen el dato fáctico a partir del cual delimitar la responsabilidad del agente⁷⁷.

2.2.2. La conformidad de la obra realizada

Es claro que el ejecutor de la obra no cumple solo con entregar el bien inmueble, mueble o incorporal cuya elaboración le ha sido encomendada, sino que la definición del cumplimiento

recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de ordenación de la edificación): comentarios, jurisprudencia, formularios, Madrid, 2001, consultada a través de VLex, <http://vlex.com/vid/terminacion-entrega-obra-190792#ixzz0u7LlsHaJ>.

⁷⁶ Artículo 6.4 de la LOE. Véase al respecto CARRASCO PERERA, A. y otros: *Derecho de la construcción y de la vivienda...*, pág. 338.

⁷⁷ Cfr. STS de 13 de julio de 2005: «Ciertamente el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato de obra da derecho al perjudicado a pedir al contratista la reparación. Se trata de una obligación de hacer y, en consecuencia, se le debe aplicar la regla contenida en el artículo 1.098 del CC, de manera que si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa», RJ 5098.

contractual en el contrato de *construction* consiste en que dicho bien sea conforme con los objetivos previstos en el contrato y, en este sentido, apto para el uso al que se destine habitualmente, o para la finalidad concreta que desea darle el cliente, de conformidad con la información proporcionada por el comitente al empresario que construye o elabora el bien, todo ello según determina literalmente el artículo IV.C 3:104.

IV.C 3:104: Conformidad

(1) El constructor debe garantizar que la estructura construida es de la calidad y clase establecidas en el contrato. Cuando deba construirse más de una estructura, la cantidad también deberá ser conforme con el contrato. (2) Se considera que el bien construido es conforme con el contrato cuando: (a) es apto para un fin concreto que se comunique, expresa o implícitamente, al constructor en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que se introduzcan modificaciones en virtud del artículo 2:109 (Variación unilateral del contrato de servicios) del Título C del Libro IV en relación con esta cuestión; y (b) es apto para los usos para los que se utilizan habitualmente los bienes de la misma clase.

La obligación principal del constructor es ceñirse al proyecto recibido para la realización de la obra, lo cual vendría a ser lo mismo que seguir con fidelidad las instrucciones del cliente. La conformidad o no de la prestación se obtiene de la comparación entre la prestación real y la ideal acordada en función de este proyecto constructivo al concluir el contrato. Así, el artículo IV.C 3:104 representa la manifestación más clara de lo dispuesto en sede de parte general de servicios, en el artículo IV.C 2:106⁷⁸.

En tanto que satisface las legítimas expectativas de la parte el resultado del contrato de *construction* ha de ser apto para el uso al que se destine habitualmente, para aquella la finalidad concreta para la que se destinaría un bien de estas características. Se combina de este modo un enfoque objetivo (la cantidad, la calidad, la descripción, el tipo) con otro subjetivo (las expectativas razonables del cliente). Esta norma relativa a la conformidad es de extraordinaria trascendencia por cuanto aleja la definición del incumplimiento contractual de la idea de falta de ejecución por parte del deudor de sus deberes de conducta, es decir, conectado a la culpabilidad del agente, y lo convierte en un concepto objetivo consistente en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato. En consonancia con esta perspectiva, el capítulo 3 del Libro IV del DCFR no contiene ningún artículo relativo a las obligaciones de cuidado o pericia del constructor, que podría considerarse como la concreción natural de lo previsto para todas las prestaciones de servicios en el ya mencionado artículo IV.C 2:105. Por el contrario, toda esta habilidad

⁷⁸ El Comentario A al artículo IV.C 3:104 precisa que este precepto «is a specific application and refinement of IV.C 2:106 (...). The client may expect that the result will be achieved», DCFR, Full Edition, Comentario A al artículo IV.C 3:104, vol. 2, pág. 1.717. A continuación, se indica que la responsabilidad por la calidad del resultado es objetiva (comentario B y, en particular, comentario D), sin que el cliente tenga que preocuparse por el proceso seguido por el prestador, salvo que observe anticipadamente la inidoneidad, supuesto en que hay que tener en cuenta el artículo IV.C 2:110.

o capacitación profesional y material para conseguir el resultado contratado se plasma, precisamente, en la entrega de una obra conforme con lo que se pactó en el momento de la formalización del contrato. Porque el cliente tiene derecho a obtener el resultado previsto en el contrato⁷⁹.

En la línea de lo previsto para el contrato de *construction*, el contrato de *design* mide la conformidad de la prestación de hacer realizada por el diseñador por un criterio objetivo: la aptitud del proyecto elaborado para servir, es decir, para ser ejecutado correctamente y, en este sentido, para permitir que el posterior contrato de obra que se ha de formalizar sobre la base del diseño realizado obtenga, a su vez, un resultado satisfactorio para el cliente⁸⁰. Así, en el capítulo tres se dice que la obra realizada es conforme si es apta, o bien para el fin concreto que se comunique, expresa o implícitamente, al prestador del servicio en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que se introduzcan modificaciones en virtud del artículo IV.C 2:109, o bien si es apta para los usos para los que se utilizan habitualmente los bienes de la misma clase. En el caso del diseño de proyectos es evidente que la aptitud de la obra se ha de medir por su ejecutabilidad, esto es, un factor objetivo desligado de la culpabilidad que permite calificar la existencia o no de cumplimiento contractual⁸¹.

La conformidad parece identificarse en el DCFR fundamentalmente con la funcionalidad –aptitud para desempeñar su función–, y este concepto se utiliza también en la actualidad por el Tribunal Supremo español para identificar los casos de falta de correspondencia objetiva entre lo pactado y lo entregado en el contrato de obra, *ex* artículo 1.166 del CC, el llamado *aliud pro alio*⁸². Junto a ello cabe señalar que el moderno derecho español que regula el sector de la construcción va más allá, pues junto al criterio de funcionalidad exige, imperativamente, al constructor alcanzar los parámetros de seguridad y de habitabilidad en la obra edificada, que considera también básicos en la edificación⁸³.

⁷⁹ Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario A al artículo IV.C 3:104, vol. 2, pág. 1.717.

⁸⁰ IV.C 6:104: Conformidad. (1) El diseño solo es conforme con el contrato cuando permite a su usuario obtener un resultado específico mediante la ejecución del diseño aplicando la competencia y diligencia que cabe razonablemente exigir.

⁸¹ Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario D (*preferred option*) al artículo IV.C 6:104, vol. 2, pág. 1.864: «The present article takes the fitness-for-purpose approach». En cuanto al PEL SC, véase págs. 668-670. Entre la doctrina, VAQUER ALOY, A.: *La armonización del derecho de obligaciones y de sucesiones en el siglo XXI*, Lima, 2011, pág. 229. Señala este autor sobre el artículo IV.C 6:104: «En este contrato, las expectativas del cliente se objetivizan hasta llegar al resultado: solo hay conformidad y, por tanto, cumplimiento, si el diseño permite alcanzar un resultado específico, aunque a la vez se invoque la diligencia».

⁸² «(...) Se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos: a) inhabilidad del objeto para el fin al que se ha destinado y b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina», STS de 14 de enero de 2010, RJ 156. Véase también la STS de 10 de febrero de 2009, RJ 271.

⁸³ Artículo 3.1. de la LOE: Artículo 3. Requisitos básicos de la edificación. 1. Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes: a) relativos a la funcionalidad: a.1) utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio; a.2) accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica; a.3) acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información

En las resoluciones de los tribunales españoles, las responsabilidades del prestador del servicio siempre surgen como consecuencia de que la obra no es a conformidad del cliente, el constructor asume, contractualmente, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato. Así, primero ha de acreditarse por el demandante esta falta de conformidad con el resultado previsto, y solo después se busca la causa en la falta de pericia o cuidado del prestador del servicio. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español había llegado a acuñar el concepto de «ruina», ya sea física, potencial o funcional, del edificio u obra entregada, concepto que se resdenciaba en la interpretación del artículo 1.591 del CC⁸⁴. Después de la promulgación de la LOE, este concepto ha de entenderse mucho más matizadamente pues, como hemos visto, la legisla-

de acuerdo con lo establecido en su normativa específica. b) Relativos a la seguridad: b.1) seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; b.2) seguridad en caso de incendio, de tal forma que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate; b.3) seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas. c) Relativos a la habitabilidad: c.1) higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que este no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos; c.2) protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades; c.3) ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio; c.4) otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio».

84 Sirva como muestra, lo expresado en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 10 de septiembre de 2007, Id Cendoj: 28079110012007100906: «La doctrina de esta Sala en relación con los declarados "vicios ruinógenos" se manifiesta, entre otras, en las Sentencias de 13 de febrero de 2007, 26 de marzo de 2007 y 5 de junio de 2007, entre las más recientes, cuyo tenor literal establece que "en materia de vicios ruinógenos incardinables en el artículo 1.591 del Código Civil, la doctrina de esta Sala distingue, junto a las hipótesis de derrumbamiento total o parcial (ruina física) y de peligro de derrumbamiento o deterioro progresivo (ruina potencial), en las que se destaca el valor físico de la solidez, la denominada ruina funcional que tiene lugar en aquellos supuestos en los que los defectos constructivos inciden en la idoneidad de la cosa para su normal destino, y por consiguiente afecta al valor práctico de la utilidad, como exigencia, junto a la seguridad, de una adecuada construcción. Se aprecia la ruina funcional cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que exceden de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad". Es preciso significar, igualmente en línea con lo declarado en la Sentencia de 26 de marzo de 2007, que la existencia de ruina, a los efectos de la norma citada –art. 1.591 CC–, precisa una doble apreciación: una de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo, y otra de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional. Para la primera apreciación es preciso tener en cuenta las alegaciones de las partes y los medios de prueba, pues se trata de una cuestión de hecho, cuya fijación corresponde al juzgador de instancia, y que, por consiguiente, no puede ser sometida a la revisión casacional, salvo mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba, con invocación de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas (SSTS, entre otras, de 3 de octubre 2003 y 15 de noviembre de 2005). La segunda, en cambio, es una cuestión jurídica que incumbe exclusivamente a los órganos jurisdiccionales en consideración a los defectos acreditados por las pruebas practicadas, y puede impugnarse por vulneración del reiterado artículo 1.591 del CC y de la jurisprudencia que lo interpreta».

ción de referencia ya no es el genérico artículo del CC, sino toda una prolija normativa sobre los requisitos básicos de los edificios que se construyan al amparo de un contrato de obra⁸⁵.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad civil derivada de un contrato de obra se acerca cada vez más a la objetivación de esta responsabilidad mediante la inversión de la carga de la prueba que recae en los partícipes en el proceso de edificación, de manera que, una vez probados los defectos por el demandante –la existencia de ruina–, incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquellos⁸⁶. A falta de esta prueba suele predicarse, con carácter general, la responsabilidad solidaria de todos los agentes de la construcción, ello a pesar de la matización que introduce la LOE a través de su artículo 17.2⁸⁷, la cual pretende dotar de un instrumento legal a los tribunales para delimitar las diversas responsabilidades en función de la tarea efectuada por cada uno de los agentes de la edificación⁸⁸. Las causas de exoneración de responsabilidad por vicios en la construcción se concretan en el caso fortuito o fuerza mayor, la actuación de un tercero que rompa el nexo de causalidad entre la prestación realizada y el resultado dañoso, o la responsabilidad del propio perjudicado por el daño que se ha producido⁸⁹.

Por otra parte, y al margen de la responsabilidad civil, el artículo 19 de la LOE impone al constructor la obligación de suscribir un seguro de daños materiales para garantizar al perjudicado el resarcimiento por los perjuicios materiales derivados de vicios o defectos en la edificación. Es decir, en términos absolutamente objetivos y de responsabilidad por riesgo, se entiende que el siniestro se produce por el mero hecho de que se produzcan determinados daños materiales derivados de vicios en la construcción, y no exige el nacimiento previo de una obligación de indemnizar en el asegu-

⁸⁵ RODRIGUEZ MORATA, F. afirma que la LOE ha deslegitimado la interpretación jurisprudencial del artículo 1.591 del CC. Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, 2009, pág. 1.872.

⁸⁶ Cfr. BRENES CORTÉS, J.: *Garantías por defectos...*, pág. 49; GUTIÉRREZ ALONSO, D.: «La responsabilidad de los profesionales técnicos en la jurisprudencia» en BARRÓN ARNICHES, P.: *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Granada, 2012, en prensa.

⁸⁷ Cfr. artículo 17.2 de la LOE: «La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada tanto por actos u omisiones propios como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta ley, se deba responder».

⁸⁸ Esta nueva tendencia se observa en la STS de 10 de junio de 2010, Id Cendoj 28079110012010100351, en la que, tras considerar que existe ruina por defectos en la cubierta de la nave que carece de canalización para la evacuación de aguas, y constatado que el edificio tiene humedades, determina que los únicos responsables son los miembros de la dirección facultativa, puesto que este defecto es imputable a un error de diseño o proyecto, que escapa de la competencia de la constructora. Pero el apartado 3 del artículo 17 de la LOE introduce la cláusula de cierre que permite el recurso a la responsabilidad solidaria: «No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción». Véase también STS de 15 de julio de 2011, RJ 2011, 5123.

⁸⁹ En cuanto a la fuerza mayor, la carga de la prueba de su existencia como un suceso que el constructor no tenía obligación de prever, de la misma manera que la concurrencia de cualquier otra causa de exoneración de responsabilidad, recae sobre el ejecutor de la obra. Cfr. COLINA GAREA, R.: *El contrato de edificación*, pág. 3.410.

rado como consecuencia de una reclamación por responsabilidad civil. Así, la garantía se desgaja absolutamente de la imputación de responsabilidad civil al prestador del servicio de construcción⁹⁰.

Sin embargo, no puede obviarse la tendencia de los tribunales españoles a extender el enjuiciamiento de la obligación de diligencia a los denominados contratos de obra, y ello en el sentido de tomar en consideración nuevos elementos de juicio y no solo o únicamente el criterio objetivo del resultado. A la hora de resolver sobre la existencia o no de responsabilidad del agente en el caso concreto, el tribunal que observa una deficiencia objetiva en el resultado entregado por el ejecutor de la obra busca a partir de ese momento no la culpa, pero sí la responsabilidad por no haber actuado con la diligencia y pericia profesional exigibles al prestador del servicio. Lo cual quiere decir que, si en los contratos de obra, además de la obtención o no del resultado específico, se contempla la diligencia del agente, nos estamos dirigiendo hacia una eventual refundición del contrato de servicios y del contrato de obra en un único tipo contractual, lo mismo que ocurre en el sistema del DCFR⁹¹. Un ejemplo de esta tendencia podría ser la Sentencia de 6 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Córdoba, referida a un contrato de obra, no incardinable en el sector de la construcción, sino más bien dentro del concepto de rehabilitación, reparación o mantenimiento de un bien mueble, en concreto un vehículo:

«El contrato de reparación de vehículos puede ser calificado como un contrato de obra sobre cosa mueble, que se rige por las escasas disposiciones del Código Civil (arts. 1.588 a 1.600), la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la Actividad Industrial y la Prestación de Servicios en los Talleres de Reparación de Vehículos Automóviles, de sus equipos y componentes (...), siendo indiferente para el contrato de arrendamiento de obra cuál fuera el origen de la necesidad o conveniencia de la reparación; las relaciones jurídicas entre las partes comienzan con el encargo y terminan con la entrega del vehículo correctamente reparado, y solo en ese ámbito temporal y contractual es donde debe valorarse su conducta y su diligencia o negligencia (...). El taller no asume una fecha exacta de reparación y entrega, pero ello no quiere decir que pueda diferir la reparación a su exclusiva voluntad (art. 1.256 del CC) o que su morosidad quede amparada por la aceptación del usuario; sino que, a falta de determinación del plazo de reparación, son aplicables las normas generales sobre diligencia en el cumplimiento de los contratos (arts. 1.100, 1.101 y 1.104 del CC), y como hemos visto, el retraso en la reparación únicamente fue imputable a la inactividad e impericia del taller, que prolongó en 58 días el tiempo razonable y diligente de reparación»⁹².

⁹⁰ Cfr. BRENES, J.: *Garantías por defectos*, pág. 119.

⁹¹ Cfr. ROCA TRIAS, E. y FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: «The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court», *European Review of Contract Law*, 2009, págs. 46 y ss.

⁹² Véase, además, SAP Ciudad Real de 31 de julio de 2007: «No se observa responsabilidad en el prestador del servicio por una defectuosa reparación del vehículo con base en el comportamiento del reclamante que se niega a llevar el coche al taller cuando se le solicita para comprobar si los defectos a que hace referencia entran en la garantía de reparación».

Por último, cabe referirse a la evolución de nuestro derecho civil contractual, la propuesta legislativa de 2009 o PMCC. Ciertamente que no se regula el contrato de servicios ni se moderniza la normativa sobre contrato de obra, pero, en la nueva regulación del contrato de compraventa, sí se hace referencia a la conformidad objetiva de los bienes que se entregan, absolutamente equiparable a lo dispuesto para el contrato de obra en el artículo IV.C 3:104 del DCFR.

Artículo 1.474 de la PMCC: «La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad».

En cuanto al derecho de consumo en España, la falta de conformidad es derecho vigente por imposición de la norma comunitaria, y se convierte en el concepto clave en el Real Decreto Legislativo 1/2007, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁹³. Está clara la senda abierta en sede de contrato de compraventa con consumidores, luego cabe esperar que la modificación legislativa que en su día se efectúe de la regulación del contrato de obra en el CC también consagre el sistema unitario de cumplimiento contractual, basado en el resultado objetivo de satisfacción del interés del cliente y con un tratamiento de la culpa y la responsabilidad por negligencia muy diferente del que ahora se deriva de la dicción del artículo 1.101 y concordantes de nuestro CC.

2.3. OBLIGACIONES DEL CLIENTE

2.3.1. Pago del precio

El pago del precio ha sido considerado tradicionalmente como la obligación principal del comitente de una obra, aunque esta situación en el DCFR parece no ser tan evidente. El artículo IV.C 3:107 se refiere únicamente a la determinación del momento del nacimiento de la obligación, y la relaciona como es natural con la recepción y aceptación del resultado que corresponde entregar al constructor.

IV.C 3:107: Pago del precio

(1) El precio o una parte proporcional del mismo se abonará cuando el constructor transfiera al cliente el control de la estructura o de cualquiera de sus partes en los términos establecidos en el artículo precedente. (2) No obstante, cuando, según lo estipulado en el contrato, aún queden obras

⁹³ Artículo 114 y ss. del TRLGCU. El artículo 116 intenta concretar el contenido del concepto de conformidad de los bienes vendidos que, aun con ciertas dificultades, puede aplicarse a la prestación que ha de realizar el prestador de servicios. Se presume que el producto es conforme si: hay conformidad con la oferta, si hay aptitud para el uso al que habitualmente se destinan los bienes o para los fines específicos para los que el cliente los encargó, y si presentan la calidad y prestaciones habituales que cabe esperar en función de la naturaleza del bien. Véase CARRASCO PERERA, A.: «Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach», en ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A.: *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia, 2003, págs. 297 y ss.

pendientes de construcción en la estructura o cualquier parte de la misma después de que se transfiera al cliente, este podrá retener la parte del precio que resulte razonable hasta la finalización de la obra. (3) Si, según el contrato, el control no debe transferirse al cliente —no deben realizarse entregas parciales—, el precio se abonará cuando la obra se complete, el constructor informe de ello al cliente y el cliente tenga ocasión de inspeccionar la estructura construida.

Así, cuando no hay entregas de partes completas del bien encargado, la regla general será la del pago a la finalización total del encargo y tras la preceptiva inspección y aprobación por parte del cliente. Cuando hay entregas parciales por parte del constructor se prevén también los pagos parciales del precio fijado en contrato, de manera que el cliente podrá retener parte del precio hasta la finalización de la obra. Se regula, por tanto, el momento del pago, el tiempo en que ha de observarse esta obligación contractual fundamental del cliente. Estamos ante un negocio jurídico-sinalagmático, de manera que la obligación del cliente nace solo si el constructor, al menos a su juicio y en una primera inspección de la obra, ha cumplido su obligación contractual y la obra no adolece de falta de conformidad. El cobro del precio y la aceptación de la obra por parte del cliente no eximen, no obstante, al constructor de su responsabilidad por los vicios o defectos que se pongan de manifiesto con posterioridad. En el caso de los pagos parciales, la retención de parte del precio por el cliente le coloca en una posición de fuerza para conseguir que el prestador del servicio termine su trabajo.

En el capítulo 4 para el contrato de mantenimiento de bienes, el artículo IV.C 4:106 del DCFR añade un aspecto interesante y que podría generalizarse a todo contrato de servicios, el cual es la obligación de pago del cliente cuando, una vez terminado el servicio y puesto a su disposición, lo rechaza sin motivo justificado, lo que en realidad constituye un supuesto de mora del acreedor⁹⁴.

Por último, el Instrumento Opcional, al regular los contratos de servicios relacionados con la compraventa, se refiere a la obligación de pago del precio por el cliente en el artículo 153. Obligación que debe ponerse en relación con el carácter ya comentado, naturalmente oneroso del contrato de servicios. Como regla, se establece el pago una vez completado el servicio y puesta a disposición del cliente el objeto del servicio relacionado. No hay norma específica para los consumidores que impida modificar convencionalmente el momento del pago, por lo que en cualquier contrato podrá estipularse otro momento del pago del precio.

En nuestro país la norma sobre el momento del pago es coincidente con la europea⁹⁵, de manera que no hay problema alguno de compatibilidad entre ambos sistemas.

⁹⁴ VAQUER, A.: «Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common?) Principles of European Contract Law», *Tulane European and Civil Law Forum*, 2002, págs. 83-112.

⁹⁵ Cfr. artículos 1.599 y 1.600 del CC. Además, para el sector público se han regulado los criterios a seguir para la determinación del precio, artículo 75 de la LCSP: «1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. 2. El precio del contrato

2.3.2. El deber de cooperación, supervisión e inspección

En el contrato de *construction*, las obligaciones de cooperación del cliente se concretan de forma precisa a través del artículo IV.C 3:102.

IV.C. 3:102: Obligación de colaboración por parte del cliente

La obligación de colaboración exige, en particular, que el cliente: (a) facilite el acceso al lugar en el que debe realizarse la obra, si se considera razonablemente necesario para que el constructor cumpla las obligaciones previstas en el contrato; (b) facilite los componentes, materiales y herramientas, si así le corresponde, cuando se considere razonablemente necesario para que el constructor cumpla las obligaciones previstas en el contrato.

En primer lugar, para que sea posible la elaboración o modificación del bien por parte del prestador del servicio, el cliente ha de permitir el acceso al lugar físico donde se realiza la obra, en el sector de la construcción. Ello implica que el comitente ostente la titularidad jurídica del inmueble o solar sobre el que se realizará la edificación, puesto que ha de permitir al constructor el acceso al terreno y su posesión pacífica. Además de la posibilidad de gravar el inmueble para obtener financiación con la que efectuar el pago del precio de la obra. Por tanto, el contrato de ejecución de una obra exige de la adquisición del dominio o disponibilidad sobre el suelo por parte del cliente, y la posterior puesta a disposición –entrega de la posesión– en favor del constructor. Ello aunque la inexistencia objetiva del título, si no impide al prestador del servicio la realización de su tarea, no será causa bastante para determinar la responsabilidad contractual del comitente⁹⁶. La puesta a disposición de suelo sobre el que construir habrá de hacerse en el tiempo oportuno para que el constructor pueda también observar sus obligaciones contractuales respecto al plazo de entrega de la obra terminada.

Esta primera obligación del cliente parece aplicable en principio, solo a la concreta tarea de edificación de un inmueble en la que es imprescindible que el cliente facilite el acceso, en cambio podría no ser un requisito necesario y, por tanto, una obligación contractual básica del cliente cuando se trata de elaborar o producir un bien de otra naturaleza, como un bien mueble. Sin embargo, el Instrumento Opcional en el artículo 154 establece la obligación de facilitar el acceso para que se pueda llevar a cabo la prestación, y se está refiriendo a los servicios relacionados con la compraventa. Luego, puede entenderse que no es una norma tan específica del contrato de eje-

podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración».

⁹⁶ Los autores del DCFR llaman la atención sobre el hecho de que, en nuestro país, la LOE, tan pormenorizada en otros aspectos, no contiene ningún precepto concreto en el que se plasme esta obligación esencial, y hemos de recurrir a las normas generales las obligaciones, según las cuales el acreedor deberá posibilitar el cumplimiento del deudor. Cfr. DCFR, Full Edition, pág. 1.711. El Profesor CARRASCO entiende que estas obligaciones del promotor se sustentan en el artículo 1.258 del CC, cfr. CARRASCO, A. et ál., *Derecho de la construcción...*, pág. 327.

cución de obra, sino que en muchos casos será aplicable a diversos supuestos de servicios, como una de las concreciones del deber de cooperación del cliente.

La segunda obligación básica, para cooperar con el prestador del servicio, es la de entrega de los materiales, herramientas o componentes necesarios, si así se hubiera pactado en el contrato. Se hace, así, eco la normativa europea de lo previsto en la mayoría de las legislaciones nacionales en las que se diferencia el contrato de ejecución de obra con aportación o sin aportación de materiales. En ambos casos, tal y como se prevé en los principios del derecho contractual europeo⁹⁷, se recurre al criterio de la razonabilidad para concretar en cada caso el alcance de esta obligación previa del cliente.

En tercer lugar, y aunque no se cita de forma expresa como parte de su obligación de cooperar, en el contrato de ejecución de una obra es especialmente necesario, y así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, primero que el cliente proporcione toda la información requerida para que la construcción se lleve a cabo en conformidad con sus objetivos e instrucciones y, segundo, que ponga a disposición del prestador del servicio todos los permisos y licencias necesarios para poder llevar a cabo esta tarea. La falta de esta documentación o el retraso en su obtención por causa imputable al comitente de la obra (no solicitar la licencia de obras en tiempo, no pagar las tasas municipales) justifican la solicitud de indemnización e incluso la de resolución del contrato, porque el cliente hace imposible el cumplimiento de la otra parte⁹⁸.

En cuanto al proyecto o diseño de la obra a ejecutar, la entrega por parte del cliente al constructor, siempre que se hubiera pactado que el proyecto lo aportaba el cliente, podría considerarse incluida dentro de las prestaciones impuestas al cliente por su obligación de dar instrucciones, residenciada en el artículo IV.C 2:107 de la parte general⁹⁹. Así es porque el proyecto contiene las instrucciones y directrices básicas que ha de seguir el constructor para que el resultado sea conforme con el contrato. Se trata una vez más de una obligación principal del cliente cuyo incumplimiento, si es de suficiente entidad como para frustrar el interés del contratista, justifica la petición de indemnización y la resolución del contrato.

⁹⁷ Cfr. artículo 1:302 PECL.

⁹⁸ Cfr. STS de 5 de noviembre de 1982, RJ 6528.

⁹⁹ IV.C 2:107. Las directrices del cliente. 1. El prestador del servicio debe seguir en todo momento las instrucciones temporales del cliente con respecto a la prestación a realizar, siempre que tales directrices: a) formen parte del contrato o se especifiquen en algún documento al que el contrato hace referencia; b) resulten de las opciones que, según el contrato, corresponden al cliente; c) resulten de las opciones inicialmente no previstas por las partes. 2. Si como consecuencia de seguir las directrices a que se refiere el párrafo anterior el prestador del servicio incumpliera una o más obligaciones de las previstas en los artículos IV.C 2:105 (Obligación de diligencia y pericia) o IV.C 2:106 (Obligación de alcanzar un resultado), este no queda sujeto a las responsabilidades derivadas de aquellos artículos, siempre que el cliente haya sido debidamente informado de conformidad con lo dispuesto en el artículo IV.C 2:108 (Obligación contractual de información del prestador del servicio). 3. Si el prestador del servicio considera que alguna de las instrucciones de las previstas en el apartado primero de este artículo implica una variación del contrato en el sentido que se expresa en el artículo IV.C 2:109 (Modificación unilateral del contrato de servicios), el prestador del servicio debe advertir al cliente sobre esta situación. A menos que el cliente entonces revoque la instrucción en un tiempo razonable, el prestador del servicio deberá seguir esta indicación, que será considerada como una modificación del contrato.

En la misma línea, el párrafo 3 del artículo IV.C 3:104 determina que: (3) El cliente no puede instar ningún remedio por falta de conformidad con el contrato si una indicación proporcionada por él en virtud del artículo 2:107 (Indicaciones del cliente) del Título C del Libro IV es la causa de la falta de conformidad y el constructor cumplió la obligación de advertirle de conformidad con el artículo 2:108 (Obligación contractual del prestador del servicio de advertir al cliente) del Título C del Libro IV.

Así, el constructor no sería responsable de la falta de conformidad si pudiera probar que las instrucciones recibidas del cliente han sido la causa de la falta de aptitud del bien elaborado. Es cierto que los artículos IV.C 2:107 y IV.C 2:108 de la parte general sostienen esta interpretación, por cuanto inciden claramente en la importancia de seguir las instrucciones del cliente siempre que el prestador del servicio advierta de las consecuencias que pueden derivarse. Sin embargo, esta solución parece bastante discutible. Como mínimo no es lógico que por el juego de la autonomía de la voluntad pueda alterarse la noción de cumplimiento objetivo, y mucho menos cuando afecta al sector de la construcción en el que existe tanta normativa de carácter imperativo sobre las condiciones objetivas que han de observar los edificios. En mi opinión habrá que resolver la forma de aplicación del artículo IV.C 3:104 (3) en el caso concreto, puesto que las normas del capítulo 3 del DCFR son aplicables no solo a inmuebles, sino a un variadísimo elenco de bienes susceptibles de ser elaborados o modificados por un profesional siguiendo las directrices de su cliente. Es evidente que las resoluciones judiciales deberán ser diferentes dependiendo de la naturaleza del bien, y que hay supuestos en los que cabrá eximir de responsabilidad al prestador del servicio basándose en esta norma, más flexible y respetuosa con la libertad contractual, por la que ha optado el DCFR, en absoluta coherencia, por otra parte, con sus principios informadores¹⁰⁰.

Se proporciona al ejecutor de la obra una excepción procesal frente a la demanda por responsabilidad contractual interpuesta por el cliente, a tenor de los problemas que presente la obra entregada¹⁰¹. Entienden los autores del DCFR que es preferible seguir las instrucciones del cliente que cumplir con lo que inicialmente podría considerarse incluido en su actuación profesional como prestador del servicio. Todo ello sujeto al deber de informar al cliente –asegurándose de que comprende lo que se le dice– sobre las consecuencias que se pueden derivar de las instrucciones que está imponiendo a quien ejecuta la tarea encargada. Si el cliente es consciente de este riesgo y aún así decide mantener sus instrucciones, el prestador del servicio que las observe quedará eximido de toda responsabilidad por el resultado que se obtenga, por cuanto el cliente pierde su legitimación para accionar por falta de conformidad.

¹⁰⁰ Cfr. 1:102 PECL. Díez PICAZO, L. y otros: *Los principios del derecho europeo de los contratos*, págs. 144 y ss.

¹⁰¹ Esta excepción proviene del sistema inglés en el que se puede evitar la imputación de responsabilidad mediante la prueba de que el servicio fue realizado conforme al juego de exigencias de calidad del contrato. Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario A al artículo IV.C 6:104, vol. 2, pág. 1.862.

También puede entenderse enmarcada dentro de la obligación de procurar instrucciones y de guiar al ejecutor de la obra en su tarea la previsión contenida en el artículo IV.C 3:105 de que el cliente pueda supervisar e inspeccionar su tarea durante la prestación del servicio.

IV.C 3:105: Inspección, supervisión y aceptación

(1) El cliente puede inspeccionar o supervisar las herramientas y materiales utilizados en la construcción, así como el proceso de construcción y la estructura resultante, siempre que lo haga en tiempo y forma razonables; lo anterior se considera un derecho, y nunca una obligación. (2) Si las partes acuerdan que el constructor tiene que presentar determinados elementos de las herramientas y materiales utilizados, el proceso o el bien resultante al cliente para su aceptación, el constructor no podrá ejecutar la obra antes de que el cliente dé su autorización. (3) La ausencia de inspección, supervisión o aceptación, o su realización inadecuada, no exime al constructor total ni parcialmente de su responsabilidad. Este artículo también es de aplicación cuando el cliente tiene la obligación contractual de inspeccionar, supervisar o aceptar el bien o su construcción.

Se establece un mecanismo de colaboración entre las partes, a través del cual se pretende facilitar el cumplimiento del contrato. En el capítulo 2 para todos los contratos de servicios¹⁰² se impone al cliente la carga de notificar la «*anticipated non-conformity*», esto es, de advertir al prestador del servicio si prevé que no logrará el resultado, todo ello como una exigencia previa que asegura que el recurso a los remedios por falta de conformidad se efectúe con buena fe y que el primero de todos ellos, aún vigente el contrato, sea el de obligar al prestador del servicio a cumplir, esto es, a obtener el resultado previsto en el contrato. En este contexto, y para posibilitar esta intervención del cliente durante el desarrollo del contrato de obra, los redactores del DCFR establecen la facultad de inspección y supervisión, tanto de los materiales empleados como de la propia actividad del constructor.

Dos son las cuestiones que considero más relevantes a los efectos de la comprensión de esta disposición. En primer lugar, la mención expresa de que se trata de una facultad para el cliente, y no un deber, carga u obligación. En segundo lugar, la prevención también expresa de que la no realización de esta actividad por parte del cliente, o su realización inadecuada no exime ni total ni parcialmente de responsabilidad por la obtención del resultado al prestador del servicio.

Con respecto a la primera cuestión, no ha de olvidarse que el único verdaderamente obligado es el prestador del servicio, que deberá mostrar la obra parcialmente realizada o los materiales empleados a su cliente para que este pueda inspeccionarlos. Es claro que existe una mayor carga jurídica de obligatoriedad para el profesional que para el cliente, prueba de ello es el apartado segundo de este artículo en el que se prevé que si hay pacto contractual de mostrar la obra, el prestador del servicio no podrá seguir trabajando hasta que observe dicha obligación y obtenga la autorización del cliente. Así, en esta mutua tarea de cooperación de las partes durante el desarrollo de la prestación de hacer, la balanza se inclina a favor del cliente, en la mayoría de los casos consumidor o, cuanto menos, persona no experta en la materia a que hace referencia el servicio encargado. El cliente

¹⁰² Cfr. artículo IV.C 2:110.

tiene la facultad de inspeccionar, nunca la obligación de hacerlo ni, por supuesto, la necesidad de asesorarse o solicitar consejo para poder sopesar, tras la inspección de la tarea realizada, si la obra iniciada alcanzará o no conformidad con lo previsto en el contrato. En la misma línea, esa posible actuación defectuosa o ineficaz del cliente al realizar la supervisión de la tarea del prestador del servicio no exime en absoluto a este de su obligación de alcanzar la conformidad o el resultado previsto al que se hace referencia en el artículo anterior. No se considera causa de exoneración de la responsabilidad, que es imputada al incumplidor con base en criterios objetivos, el hecho de que el cliente haya supervisado la obra, incluso otorgado su aceptación, de forma errónea. Se estima que el profesional o empresario no puede trasladar a su cliente el riesgo de la supervisión del trabajo porque, ya sea empresario o consumidor, en principio no es experto en la elaboración de la obra encargada.

El derecho español prevé la inspección del producto u obra efectuada tanto durante su elaboración como al finalizar la misma, si así lo pactan las partes estableciendo que la obra se haya de hacer a satisfacción del propietario¹⁰³. Se trata, por tanto, de una norma de carácter dispositivo que remite a la intervención de un experto o profesional que sancione la corrección de lo efectuado por el constructor. De esta manera, en España la supervisión y posterior aprobación de la obra por un perito, aunque no es causa de exoneración de la responsabilidad del agente, constituirá una prueba relevante a los efectos de la defensa del empresario constructor frente a una reclamación judicial por falta de conformidad de la obra ejecutada¹⁰⁴. También prevé el artículo 1.598 que, ante las desavenencias de las partes contractuales, se solicite dictamen de un tercero, con una suerte de eficacia arbitral, en tanto que ambas partes se someten al resultado de su pericia. No obstante, tampoco en este caso nos encontramos ante una resolución que implique exención de responsabilidad automática al constructor que obtiene un dictamen pericial favorable. También en este caso será en último término el juez el que decida si la obra está ejecutada conforme a lo pactado, mediante la apreciación del referido dictamen y del resto de las pruebas que se presenten en el procedimiento¹⁰⁵.

III. EL SISTEMA UNIFICADO DE REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El sistema de responsabilidad contractual basado en la unificación del concepto objetivo de incumplimiento nos conduce necesariamente al capítulo de los remedios. En el derecho con-

¹⁰³ Artículo 1.598 del CC: «Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que este decida».

¹⁰⁴ Cfr. STS de 4 de julio de 2003, RJ 43259.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Comentarios al CC*, pág. 1.888. En el específico sector de construcción de inmuebles esta tarea de inspección y supervisión de la obra se encuentra subsumida dentro de las funciones asignadas a los directores de obra (arquitecto superior y arquitecto técnico), véanse los artículos 12 y 13 de la LOE, por lo que no resulta aplicable la previsión del CC, ya que, en la construcción de edificios, la obra se realiza siempre con un control y supervisión de perito.

tractual europeo el incumplimiento abarca cualquier «no ejecución» de cualquier obligación derivada del contrato, ya sea del prestador del servicio o del cliente, por tanto, cualquiera de las obligaciones de cada una de las partes a las que se ha hecho referencia son susceptibles de dar lugar a un supuesto de incumplimiento contractual, *breach of contract*, ya sea por su omisión, por su cumplimiento tardío o defectuoso. En este sentido, cualquier incumplimiento –aunque pueda calificarse como *fundamental breach* o como *non fundamental breach*– lleva aparejado una serie de consecuencias jurídicas orientadas a lograr la satisfacción del interés del contratante perjudicado. Estas consecuencias jurídicas son denominadas por los académicos europeos «remedios».

Por definición todos los remedios se dirigen al restablecimiento del equilibrio contractual, este es el sentido que se da al concepto en el *common law*, donde encuentra su origen¹⁰⁶. Lo cierto es que el DCFR no establece un sistema de remedios específico para el supuesto de incumplimiento contractual en el ámbito de los servicios, no regula esta cuestión en el Libro IV.C, sino que se remite directamente al Libro III del DCFR, la parte general sobre obligaciones, en concreto su capítulo tercero, «Remedies for non-performance». En el precedente del borrador académico, los PEL Service Contracts, si existían ciertas normas sobre remedios estableciéndose el alcance de los daños reclamables al deudor, o el supuesto de hecho en el que se consideraba correcto acudir a la suspensión del pago del precio del servicio o a la resolución del contrato, todo ello siempre partiendo de lo establecido en los PECL¹⁰⁷. Asimismo, en la parte especial que regulaba el contrato de obra se incluían normas sobre el cumplimiento contractual¹⁰⁸, o sobre el recurso a los demás remedios¹⁰⁹. Sin embargo, el DCFR parece optar por la no regulación de los remedios con una remisión genérica al Libro III o, al menos, por la no regulación sistemática de los remedios, limitándose a realizar ciertas referencias a los mismos, precisamente alguna de ellas respecto al contrato de *construction*, en el artículo IV.C 3:104 (3). En el Instrumento Opcional sobre compraventa y servicios relacionados, los remedios, tanto los que competen a una como a la otra parte del contrato, se regulan en una única sección. Con todo, los remedios de cada parte se contienen en artículos separados, aunque son exactamente los mismos con la salvedad de que, lógicamente, el prestador de servicios carece de la oportunidad de reducir el precio, pues su prestación no consiste en el pago de la remuneración estipulada.

¹⁰⁶ Sobre el sistema de remedios establecido en los PECL, y su procedencia del derecho inglés, véase, entre otros, DÍEZ PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A. M.: *Los principios del derecho europeo...*, págs. 317 y ss. ZIMMERMANN, R.: «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», en ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, Barcelona, 2008, págs. 68 y ss.; id: *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, 2000, pág. 125; VAQUER ALOY, A.: «Incumplimiento del contrato y remedios», en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.): *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, págs. 525-526; VARUL, P.: «Performance and Remedies for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR», *Jurídica Internacional*, 2008, págs. 104 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. artículo 1:112 PEL SC. También ha sido suprimida en la regulación sobre servicios del DCFR la única regla sobre prescripción contenida en artículo 2:111 PEL SC: «Prescription of remedies based on non-conformity». Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret* 2009/3, págs. 1-24.

¹⁰⁸ Cfr. artículo 2:109 PEL SC, «Specific performance and cure».

¹⁰⁹ Cfr. artículo 2:110 PEL SC, «Resort to other remedies».

De todo lo cual cabe inferir una voluntad en los autores de los textos europeos de unificar o sistematizar todo el sistema de remedios previsto para el incumplimiento contractual, ya sea el contrato de obras o de servicios, ya sea el contrato de compraventa. Un argumento más para defender la evanescencia de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado¹¹⁰. Es cierto que los instrumentos jurídicos europeos tratan esta distinción, pero también lo es que no acometen a continuación el tratamiento de la responsabilidad por culpa, que sería la consecuencia de la naturaleza de la obligación diligente que, se supone, debe realizar el prestador del servicio para cumplir. No se exige la prueba de la culpa para que se active el sistema de remedios previstos.

3.1. REMEDIOS PARA EL CLIENTE O COMITENTE

De conformidad con lo previsto en el capítulo 3 del Libro IV.C del DCFR, la falta de conformidad de la obra que se entrega pone en manos del cliente los remedios ante el incumplimiento contractual del prestador del servicio, a menos que resulte acreditable la funcionalidad del objeto elaborado, ya sea para el uso específico que quiere darle el cliente o, como mínimo, para el destino que, de manera ordinaria, se otorga al tipo de bien de que se trate en cada caso. También quedaría exento de responsabilidad el prestador que acredite haber recibido unas instrucciones concretas, que son el motivo de la situación determinada en que se encuentra la obra entregada y, asimismo, acredite haber advertido al cliente de las consecuencias de las nuevas instrucciones impartidas. La equiparación con el contrato de compraventa, aunque no se dice expresamente, se concreta en posibilidad de subsanación de la prestación por parte del prestador de servicios (*right to cure*)¹¹¹. Así lo encontramos, de hecho, para los servicios relacionados, en el artículo 155 (2) del Instrumento Opcional en el que se establece que el ejercicio de los remedios por parte del cliente está supeditado al derecho de subsanación del prestador de servicios. Con la matización –interesante porque pone de manifiesto las diferencias importantes entre el contrato de obra y el de compraventa de bienes– de que queda excluida la aplicabilidad de los artículos 111 y 112 del Instrumento Opcional, el primero que permite al consumidor optar por la reparación o la sustitución, dicotomía que no cabe en el contrato de servicios, y el segundo sobre la devolución de la cosa, lo que tampoco se corresponde con el contrato de servicios¹¹².

Parece claro que en el contrato de obra europeo no cabe la resolución del contrato cuando la falta de conformidad sea «insignificante». Así la define el artículo 155 del Instrumento Op-

¹¹⁰ Así lo reconocen cada vez más los autores, cfr. JIMÉNEZ HORWITZ, M.: *La distinción entre los contratos de obras y servicios...*, cit., pág. 577.

¹¹¹ Véase YOVEL, J.: «The Seller's Right to Cure 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.

¹¹² Este es uno de los problemas de remitir a la regulación de la compraventa en lugar de establecer una normativa específica para el contrato de servicios, pero al menos el legislador comunitario ha establecido una solución para estas divergencias insalvables entre ambas modalidades contractuales.

cional al referirse a los servicios relacionados¹¹³, aunque sin ofrecer ninguna pista para descifrar qué significa «insignificante», ni en la compraventa ni en los servicios relacionados, lo que ciertamente puede derivar en dificultades de interpretación de la norma¹¹⁴.

El ejercicio de los remedios requiere la notificación de la falta de conformidad de la prestación, cuestión que se prevé en el artículo IV.C 2:110 del DCFR¹¹⁵ para todos los contratos de servicios, incluido obviamente el de *construction*, y en el artículo 10 (2) del Instrumento Opcional. Se señala que las notificaciones pueden realizarse de cualquier forma «adecuada a las circunstancias», y el artículo 156, específico del contrato de servicios, ordena que la notificación indique la naturaleza de la falta de conformidad. Y ello en un plazo razonable desde que se completa el servicio, desde que se descubre la falta de conformidad o desde que pudiera haberse descubierto, según lo que se produzca primero. El contrato de servicios tiene la peculiaridad de que el desarrollo del servicio implica un periodo más o menos largo o breve de tiempo, durante el cual el cliente puede percatarse de la falta de conformidad, habrá que entender que desde ese momento comienza a correr el plazo razonable, en la línea de cuanto prevé el artículo IV.C 2:110 del DCFR sobre la obligación del cliente de notificar la falta de conformidad anticipada. Asimismo, el prestador de servicios no puede ampararse en la falta de notificación si es doloso, esto es, si conocía –o por lo menos podía conocer– la falta de conformidad¹¹⁶.

Por último cabría referirse brevemente a la facultad de resolución del contrato de ejecución de obra por parte del cliente. Siguiendo la senda abierta a través del artículo IV.C 2:111 del DCFR para todo tipo de servicios¹¹⁷, el Instrumento Opcional admite la resolución unilateral sin

¹¹³ Por su parte, el artículo IV.A 4:201 del DCFR excluye la resolución en las ventas de consumo cuando la falta de conformidad es «menor».

¹¹⁴ FELTKAMP/VANBOSSSELE: *The Optional European Common Sales Law*, págs. 889-890.

¹¹⁵ IV.C 2:110: Obligación del cliente de notificar anticipadamente la falta de conformidad. (1) El cliente tiene que notificar al prestador del servicio si llega a conocer durante el periodo de ejecución de la prestación que el prestador no logrará cumplir con la obligación prevista en el artículo IV.C 2:106 (Obligación de resultado). (2) Cabe presumir que el cliente conoce tal situación si, en atención a los hechos y las circunstancias conocidas por el cliente de manera manifiesta, es razonable que así sea. (3) Si el incumplimiento de la obligación contenida en el párrafo (1) hace que el servicio resulte más caro o comporte más tiempo que el acordado en el contrato, el prestador del servicio tiene derecho a: una indemnización por los daños derivados de la pérdida sufrida como consecuencia de tal incumplimiento y un ajuste del tiempo para la prestación del servicio

¹¹⁶ Los comentarios oficiales al artículo IV.C 2:110 del DCFR insisten en la idea de que no se está imponiendo ninguna investigación al cliente sobre la actuación del prestador de los servicios. De hecho, para el contrato de obra, tal y como se ha mencionado, queda claro que la inspección y supervisión de la obra que se está ejecutando por parte del cliente es una facultad y no una obligación. Cfr. DCFR, Full Edition, Comentario A al artículo IV.C 2:110, pág. 1.637.

¹¹⁷ IV.C. 2:111: Derecho del cliente a resolver el contrato. (1) El cliente puede resolver la relación contractual en cualquier momento mediante notificación al prestador del servicio. (2) Los efectos de la resolución del contrato se rigen por lo dispuesto en el apartado (3) del artículo 1:109 (Modificación o resolución mediante notificación) del Libro III. (3) Cuando el cliente resuelva la relación contractual de manera justificada, no deberá abonar indemnización alguna por este concepto. (4) Cuando el cliente resuelva la relación contractual sin justificación, la resolución seguirá siendo efectiva,

necesidad de causa justificativa, bastando una simple notificación que no exige ningún requisito de forma. La resolución cabe en cualquier momento, incluso antes de que comience a ejecutarse el servicio. Notificada la resolución, el prestador de servicios cesa de estar obligado a ejecutar la obra, pero sigue teniendo derecho a percibir la remuneración pactada, de la que solo debe descontarse aquellos costes que ahorre o pueda ahorrar. De este modo intenta mantenerse el equilibrio contractual, evitando que ninguna parte se enriquezca injustificadamente. El artículo 173 de la propuesta comunitaria contempla también el supuesto de que exista una causa para resolver unilateralmente el contrato, supuesto en el que no habría derecho a la remuneración. Pero no se aclara cuál debe ser ese «motivo» para resolver. Si ese motivo es el incumplimiento de la otra parte del contrato, estaríamos ante el remedio típico de la resolución o terminación por incumplimiento esencial, para la que se remite a la regulación específica del capítulo 13, sección 4, para la compraventa. Por ello, se hace necesaria una mayor concreción de este instrumento jurídico cuando resulta que caben hasta los siguientes cuatro supuestos: el desistimiento del cliente consumidor, la resolución unilateral sin causa, la resolución por incumplimiento y la resolución unilateral por otra causa. Finalmente, la resolución conlleva restitución, lo que es difícilmente trasladable al contrato de servicios, aunque quizá no tanto en el caso del contrato de ejecución de obras. El artículo 173 (3) establece que como no se puede devolver lo recibido se deberá pagar la cantidad que haya ahorrado el cliente que resuelve el contrato¹¹⁸.

3.2. REMEDIOS PARA EL PRESTADOR DEL SERVICIO O EL CONTRATISTA

Los remedios de que dispone el prestador de servicios son los mismos que el cliente, en principio, partiendo del que se refiere a la ejecución forzosa de las obligaciones contractuales incumplidas por la otra parte. Pues bien, es preciso matizar que la aplicación del remedio del cumplimiento específico –esta vez en beneficio del prestador del servicio– solo se activa ante el incumplimiento del cliente consistente en impago del precio pactado como remuneración del servicio o precio de la obra ejecutada. Ninguna otra de las obligaciones del cliente pone en marcha el mecanismo de la ejecución forzosa, con lo que ello lleva consigo en cuanto a la consideración de las obligaciones del cliente (incluida la de proporcionar la información necesaria para la ejecución de la prestación, o la de impartir instrucciones, o proporcionar documentos o un proyecto o diseño de la obra), como una mera carga necesaria para la obtención de la prestación, pero no propiamente como una obli-

pero el prestador del servicio podrá reclamar indemnización por daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el Libro III. (5) A los efectos del presente artículo, el cliente resuelve la relación contractual justificadamente si: a) el contrato reconocía expresamente tal derecho al cliente y este observó los requisitos necesarios establecidos para ejercerlo; b) tiene derecho a resolver la relación contractual según lo dispuesto en la Sección 5 (Resolución) del Título 3 del Libro III; c) puede resolver la relación según lo dispuesto en el apartado (2) del artículo 1:109 (Modificación o resolución mediante notificación) del Libro III y lo notifica con la antelación prevista en dicho artículo.

¹¹⁸ SIRENA, P.: «The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law», *ERPL*, 2011, págs. 977-1000. Este autor entiende que la actual regla del artículo 173 (3) (Instrumento Opcional) debería sustituirse por otra en que el cliente quedara obligado al pago del valor objetivo del servicio.

gación contractual¹¹⁹. Lo que sí cabe, cuando es el cliente el que no observa sus deberes de cooperación, es que el ejecutor de la obra recurra al remedio de la suspensión del propio cumplimiento de sus obligaciones contractuales, todo ello de conformidad con el artículo IV.C 2:103¹²⁰. Cabe pensar incluso que, si el prestador opta por suspender la ejecución del servicio, y esta situación no se desbloquea con un cambio de comportamiento del cliente, el prestador del servicio deberá poder poner fin a la relación contractual ejercitando la facultad de resolución del contrato.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión reiteradamente apuntada a lo largo del trabajo, es necesario insistir en que nuestro CC precisa de una urgente y profunda reforma en el ámbito de los contratos de obras y servicios, tarea que por otra parte encaja absolutamente en el cometido de la Comisión General de Codificación, que se ha propuesto y ha iniciado ya una relevante tarea de renovación de todo nuestro sistema de derecho contractual. El legislador español puede aprovechar en gran medida el planteamiento sistemático del proyecto académico DCFR. Es necesario delimitar y estructurar muy bien los caracteres comunes a todos los servicios y construir un marco normativo base. Esta sería la solución que propongo de cara a una posible reforma de la normativa vigente de derecho privado sobre contratos de obra y servicios: una parte general sobre contrato de servicios conteniendo únicamente los elementos definitorios del género servicio, y una delimitación posterior de los determinados tipos de servicios que precisan, además, de una regulación específica, incluso aunque se articule por vía de normativa sectorial¹²¹.

La regulación del contrato tipo denominado «servicio» abarcaría, partiendo de la sistemática actual de nuestro CC, los artículos que hoy día regulan el llamado contrato de obra, el mandato y el depósito, que mantienen unos rasgos comunes en su condición de prestaciones de servicios siempre que se realicen en el contexto de una actividad negocial y empresarial por cuenta propia, y fuera de la órbita de aplicación del derecho laboral¹²². Después, sería lo procedente delimitar

¹¹⁹ La colaboración que afecta al cliente es conveniente e incluso necesaria para el cumplimiento del contrato de servicios, pero su no observancia no lleva consigo las consecuencias propias de un incumplimiento, sino más bien las de la *mora creditoris*. Así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina española mayoritaria, para la que la única obligación jurídica asumida mediante contrato sería la de pagar el precio. Véase, por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor» en VV. AA.: *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 117-128.

¹²⁰ Artículo IV.C 2:103 (2): «Si el cliente no cumple los deberes contemplados en los apartados (1) (a) o (b), el prestador del servicio puede o bien interrumpir la prestación o bien llevarla a cabo conforme a las expectativas, preferencias y prioridades que razonablemente podría esperar el cliente, a tenor de la información y las directrices proporcionadas, siempre que advierta al cliente conforme a lo dispuesto en el artículo IV.C 2:108 (Obligación contractual de información del prestador del servicio). Acorde a su vez con lo dispuesto para toda modalidad contractual en el art. III 3:401».

¹²¹ Un claro supuesto de servicio que ha de regularse de forma específica es el de los tratamientos médicos.

¹²² Se muestra de acuerdo con este planteamiento unificador de obras y servicios VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Contratos de arrendamiento de servicios» en DE LA CUESTA RUTE, J. M.^a (dir.): *Contratos mercantiles*, tomo I, Barcelona,

tar cuáles son las normas solo aplicables a la ejecución de obras. La regulación del contrato tipo tendría la virtualidad de incorporar al ámbito de las prestaciones de hacer, a todos los servicios profesionales y empresariales, determinadas nociones o conceptos –como el principio de conformidad contractual– que, de alguna manera, ya forman parte de nuestro acervo jurídico a través de la PMCC, claro exponente de la evolución de nuestro derecho de obligaciones y contratos bajo el impulso del *soft law* europeo¹²³.

La PMCC da un paso en la dirección correcta de generalizar, primero, el concepto de incumplimiento y de definirlo como cualquier supuesto de realización inexacta de la prestación. El paso es, sin embargo, insuficiente. Ello se debe a que el concepto de incumplimiento que se introduce en el artículo 1.188 de la PMCC olvida la conformidad, aparte de ofrecer una redacción no suficientemente completa. El problema radica en que la conformidad se regula con detalle únicamente dentro del contrato de compraventa, y se pretende, sin más matices, su sustitución por el concepto de saneamiento allá donde este está actualmente presente (donación, partición de la herencia, arrendamiento), lo que, si bien pone de manifiesto el referido afán generalizador, provoca algunos desajustes. Por otra parte, con este sistema de sustitución de términos se evita tratar la conformidad en el contrato de servicios, de hecho, no se sustituye la regulación de los vicios constructivos por la noción de conformidad, lo que supone un paso atrás. Ciertamente, la opción por la conformidad en los contratos de servicios plantea mayores complejidades, por ello, se agradecería una regulación nueva del contrato de servicios en la que se apostara por entender que toda actividad supone un resultado, lo que permitiría introducir la conformidad como criterio determinante del cumplimiento también en esta modalidad contractual. Y aquí hay que romper una lanza en contra de la parcialidad de la modernización propuesta por la Comisión General de Codificación, que no afecta todo el derecho de obligaciones y contratos, sino solo a una parte de él. Cabe esperar que la labor modernizadora siga extendiéndose a todo el derecho de obligaciones y contratos procurando la unidad de régimen jurídico del cumplimiento y del incumplimiento, con las adaptaciones que resulten necesarias a cada contrato. Cabe esperar que el legislador siga aprovechando, concretamente, la nueva visión del contrato de obra que muestra y desarrolla el derecho contractual europeo en sus más recientes aportaciones.

2009, págs. 634 y ss.; en cuanto a la diferenciación en la doctrina entre los contratos que han pasado a estar dentro de la órbita del derecho laboral y los que siguen bajo la regulación civil del artículo 1.544 del CC, véase por todos DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de derecho civil*, vol. II., Madrid, 2004, pág. 395.

¹²³ Cfr. artículo 1.188 y concordantes PMCC. También cabe mencionar el anteproyecto de ley sobre el contrato de compraventa en cuya regulación del incumplimiento se ofrece ya un concepto general de conformidad objetiva (art. 1.474) y, por supuesto, el vigente derecho de consumo en el que la falta de conformidad es el concepto clave (arts. 114 y ss. del TRLGDCU).