

“HACIA UNA MODERNIZACIÓN NECESARIA: el impacto de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 sobre la obsoleta regulación del contrato de servicios”

M. ^a CARMEN CRESPO MORA

Profesora Titular de Derecho civil. UC3M

Basta una lectura rápida de los preceptos que nuestro Código civil consagra a la regulación del contrato de arrendamiento de servicios, para comprobar que el régimen normativo de este tipo contractual adolece de importantes defectos y carencias.

En primer lugar, el reducido número de preceptos que nuestro Código dedica a este contrato resulta claramente insuficiente para organizar todo un régimen jurídico contractual, que, de acuerdo con jurisprudencia y doctrina reiterada, resulta aplicable a la prestación de los profesionales liberales (incluyéndose áreas como la abogacía, medicina, arquitectura, ingeniería y consultoría), que representan una parte significativa del PIB y que, además, resultan esenciales para el funcionamiento de otros servicios. Es más, los profesionales liberales ni siquiera aparecen mencionados expresamente en ninguno de estos preceptos, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por criados y trabajadores asalariados, limitando el objeto del contrato a las actividades puramente manuales, con exclusión de las intelectuales.

Al exiguo marco normativo, hay que añadir el carácter anticuado de su regulación, pues la mayoría de estos preceptos han sido derogados tácitamente por la normativa laboral o por la Constitución, de tal forma que la doctrina mayoritaria restringe la vigencia de esta sección a los artículos 1583 y 1587 CC. Al igual que la doctrina, la jurisprudencia admite que la mayoría de las normas reguladoras de este tipo contractual no se encuentran ya en vigor.

A lo anterior hay que añadir una crítica de estilo: la redacción de estos preceptos (que se refieren constantemente a “amos” y “criados”) choca frontalmente con la sensibilidad de nuestra época y, además, resulta contraria al carácter independiente que caracteriza a la prestación de los profesionales liberales, que, en principio, trabajan bajo su propia dirección y sin someterse a los criterios del que encarga los servicios.

En definitiva, la escueta y obsoleta regulación del Código civil resulta inapropiada para dar respuesta a los problemas específicos que presenta la preparación, celebración y ejecución de los contratos de servicios. Por ello, la Exposición de motivos del Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994 (primera iniciativa legislativa que trató de renovar la regulación de este contrato), califica al arrendamiento de servicios como una “figura totalmente huérfana de regulación, para la que cualquier reforma habrá de afrontarse como una regulación *ex novo*”.

Esta falta de adaptación al contexto social y al tráfico económico del régimen normativo de esta figura contractual se ha agravado en los últimos tiempos, debido a la irrupción de dos fenómenos con innegables consecuencias jurídicas. Me refiero, de una parte, a la incursión decidida e imparable del Derecho de consumo en la prestación de servicios profesionales, que parte de la consideración de este contrato como una relación de consumo, cuando en el cliente concurra la condición de consumidor. Sirva como ejemplo

toda la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del TJUE, que, partiendo de tal premisa, aplica la normativa tuitiva de los consumidores a cuestiones tales como la falta de información precontractual sobre el precio del servicio en el caso de contratos de prestación de servicios jurídicos (artículos 60 y 65 TRLGDCU); que rechaza que superen el control de incorporación aquellas cláusulas no negociadas individualmente que remitan la determinación de los honorarios al correspondiente baremo del colegio profesional (cuya copia no fue entregada al cliente antes o simultáneamente a la celebración del contrato) o que consideran abusiva, por no transparente, aquella cláusula que estipula el precio del servicio en una determinada cantidad por cada hora de prestación, cuando no se concrete el número de horas necesario para la completa ejecución del servicio.

A lo anterior hay que añadir la progresiva digitalización y la prestación de servicios a través de plataformas electrónicas, que se incrementó exponencialmente tras la pandemia y que está transformando la forma tradicional de prestar los servicios profesionales y, con ello, planteando nuevos retos y desafíos a los que han de dar respuesta los operadores jurídicos.

Pese a que la actualización y modernización del arrendamiento de servicios constituye una de las reivindicaciones más antiguas de la doctrina civilista, no ha prosperado ninguna de las iniciativas que, desde el malogrado Proyecto de Ley de 1994, han tratado de reformar el régimen jurídico de este tipo contractual. De entre todas, por ser la más completa y seguir muy de cerca la propuesta normativa del MCR, cabe destacar el borrador de Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación en 2011 (Propuesta de reforma “Del contrato de servicios”). Aunque existan diferencias entre el mencionado texto uniforme y el Anteproyecto de la CGC, esta última propuesta puede considerarse una reelaboración del contrato de servicios perfilado por el MCR.

Sin embargo, al igual que los anteriores, el Anteproyecto de 2011 terminó quedando relegado al olvido. Como sucedió con el resto de las propuestas, sirvió en su momento para reavivar la reivindicación doctrinal sobre la necesidad de crear un nuevo régimen jurídico para el contrato de servicios, pero, después, el debate volvió a ocupar un segundo plano, permaneciendo en la actualidad claramente aletargado, prácticamente dormido. De lo que no cabe duda es de que, de momento, no existe voluntad política para la renovación o reformulación de esta modalidad contractual.

Precisamente, la señalada insuficiencia y obsolescencia normativa explica el trascendente papel que viene desempeñando la jurisprudencia en este ámbito, pues la labor interpretativa de los tribunales ha suplido las lagunas legales existentes mediante la resolución de las cuestiones concretas que se les ha ido planteando. Sin embargo, estas soluciones parciales resultan insuficientes.

Debido al vacío normativo, el contrato de servicios se regirá, fundamentalmente, por los pactos de las partes. Ahora bien, los problemas surgirán respecto de aquellas cuestiones sobre las que las partes no se hayan pronunciado, pues es difícil que las partes puedan prever todos los extremos y evitar *ex ante* todas las controversias derivadas de la ejecución del contrato.

Ante tal escenario, la doctrina y la jurisprudencia han tratado de colmar las lagunas que presenta la regulación del contrato de servicios mediante la interpretación y aplicación de las normas generales del Derecho de obligaciones y contratos y los usos de los negocios

En este contexto, la nueva propuesta de modificación del Código civil presentada en 2023, pese a no regular *ex profeso* la normativa relativa al contrato de arrendamiento de servicios, modifica ciertos aspectos generales que, a mi juicio, afectarán directamente al contrato de servicios, o, al menos, a algunas de las diversas modalidades de prestación de servicios que tienen cabida en sus contornos. Veamos a continuación algunos de ellos.

Comenzando con las disposiciones generales del Capítulo I (Título I: “De las obligaciones”), cabe resaltar el concepto de obligación consagrado en el artículo 1088 de la Propuesta, que no solo incluye a la prestación, sino también a los deberes de cuidado que competen al deudor. Recordemos que estos deberes de protección o seguridad a los que, en mi opinión, se refiere el mencionado precepto, adquieren gran relevancia en determinados contratos de servicios, como sucede con la prestación de servicios médicos. La afirmación expresa del carácter contractual de estos deberes, que anteriormente había sido mantenida por un importante sector doctrinal gracias a la integración del contrato que ofrece el artículo 1258 CC (a través del principio general de la buena fe), reafirma que la responsabilidad contractual no ha de quedar restringida al mero incumplimiento del deber de prestación principal, pues también la inobservancia de los deberes de cuidado conduce a una contractualización de los daños generados.

Queda claro, pues, que los deberes de cuidado integran y amplían el contenido de la relación obligatoria y que su incumplimiento desencadenará responsabilidad contractual, incluso cuando la incorrecta ejecución de la prestación del deudor implique la lesión grave de un derecho o bien de especial importancia del paciente (*v. gr.*, la integridad física), por no haber observado el deber de cuidado. Es en este ámbito en el que se ha defendido la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual, por considerarse que tales obligaciones son al mismo tiempo contractuales y legales, pues emanan igualmente de la ley. Y es en este ámbito donde la jurisprudencia comenzó a aplicar la criticada doctrina del concurso de normas, también conocida como de la unidad de la culpa civil. Habida cuenta la afirmación expresa del carácter contractual de estos deberes de protección, tal vez haya de descartarse la concurrencia de responsabilidades por su incumplimiento y señalar la preeminencia de la responsabilidad contractual en la resolución de estos supuestos.

Dentro del mismo Título I, encontramos en el Capítulo VI, dedicado al incumplimiento, el novedoso artículo 1172 de la Propuesta, que regula la responsabilidad del principal (deudor) cuando el incumplimiento derive de los auxiliares utilizados para el cumplimiento. La mencionada responsabilidad, reconocida y admitida por la doctrina, no tiene consagración normativa en el Código vigente, pese a la frecuencia con la que el deudor se sirve de auxiliares en el cumplimiento, lo que es admisible incluso cuando haya comprometido frente al cliente una prestación personalísima o *intuitu personae*. Esta ausencia de regulación ha llevado a que en numerosas ocasiones, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hayan aplicado equivocadamente el artículo 1903.V CC en supuestos en los que, en realidad, concurría una responsabilidad contractual del principal, derivada del incumplimiento de los auxiliares utilizados en el cumplimiento.

La ventaja del artículo 1172 de la Propuesta es que, a diferencia de lo que sucede con el artículo 1903.V CC, el mencionado precepto no supedita el surgimiento de responsabilidad a que concurra una relación de dependencia entre el deudor y el auxiliar, ya que el deudor ha de responder por todos sus auxiliares, sean o no sus dependientes, por ser el obligado a ejecutar la prestación. Como admite Miquel González (MIQUEL GONZÁLEZ, *CDJ*, 1993, 75), “es indiscutible que el deudor responde por el incumplimiento de su obligación cuando ha encargado a otro su cumplimiento”. En tanto que la intervención del auxiliar se produce a iniciativa del deudor, este será responsable contractualmente por el hecho objetivo de haberse servido de la actividad de otras personas para el cumplimiento del contrato, como si tales actos u omisiones “los hubiera realizado él mismo” (artículo 1172.1 Propuesta).

Pasando ya al Título II (“De los contratos”), en la regulación de las disposiciones generales (Capítulo I), son varios los aspectos reglamentados, que, en mi opinión, tendrán especial incidencia en relación con los contratos de prestación de servicios. Me refiero, en primer lugar, al segundo párrafo del artículo 1225, que regula la vinculación por confianza, y declara, para el caso específico de declaraciones efectuadas por un profesional a través de la publicidad, que le vincularán si, conforme a la buena fe, han provocado en la otra parte una justificada confianza acerca de ellas. Reconocen los redactores de la propuesta que muchos de los preceptos incluidos en la misma reproducen soluciones o criterios consolidados jurisprudencialmente y esto es precisamente lo que sucede en este caso. Recordemos, además, que este precepto guarda coherencia con el artículo 61 TRLGDCU, que proclama el carácter integrativo de la publicidad, en el caso más específico de que el acreedor reúna la condición de consumidor.

A mi juicio, este precepto tendrá especial aplicación en el ámbito de la prestación de servicios profesionales, donde suelen ser habituales ciertas manifestaciones publicitarias en las que, con el propósito de captar nuevos clientes, el profesional asume una obligación de resultado (por ejemplo, el cirujano plástico que anuncia sus servicios asegurando un 100% de tasa de éxito o aquel bufete que publicita sus servicios y se compromete a la recuperación de todos los gastos hipotecarios del cliente), que no coincide con el reparto de riesgos recogido posteriormente en el contrato, en el que se especifica que el médico o el bufete asumen, en realidad, una obligación de medios.

Pues bien, no hay duda de que en los supuestos anteriores en virtud del artículo 61 TRLGDCU, las garantías y resultados ofrecidos y difundidos a través de la publicidad serán exigibles por los clientes/consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado. Pero al recogerse de nuevo este valor vinculante de la publicidad emitida por el profesional cuando hayan provocado en la otra parte una justificada confianza, implica, a mi juicio, la admisión de esta consecuencia incluso cuando el cliente no reúna la cualidad de consumidor. Esta conclusión queda reforzada por el apartado tercero del precepto (artículo 1225), según el cual “en las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios, se estará a lo dispuesto en la legislación especial”, sugiriendo así que el mencionado precepto resulta aplicable a relaciones que no puedan reputarse de consumo, por no concurrir los requisitos que el Texto Refundido exige para ello.

Dentro del Título II resultan igualmente destacables los artículos 1232 y 1233, que regulan respectivamente, dos modos de desvincularse del contrato (el derecho de

desistimiento en contratos de duración determinada y la denuncia en los contratos por tiempo indefinido), así como las condiciones que han de concurrir para que su ejercicio desencadene la obligación de pagar a la otra parte algún tipo de indemnización o gasto.

La aplicabilidad de estos preceptos en el ámbito del contrato de prestación de servicios es incuestionable, ya que los contratos de prestación de servicios profesionales suelen ser contratados habitualmente durante tiempo indefinido. Precisamente por el elevado grado de litigiosidad y la problemática específica que suscita esta facultad en el ámbito de los contratos de servicios, la doctrina ha sugerido que el derecho de desistimiento sea objeto de regulación expresa y detallada en una futura reforma legal del referido contrato (DE BARRÓN ARNICHEs, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, 14).

Interesante es también la regulación que efectúa el artículo 1239 de la Propuesta sobre la determinación del precio, que se pronuncia claramente hacia una flexibilización de este requisito pues, como reconoce el apartado 1, la falta de determinación del precio “no impedirá la perfección del contrato”. En el ámbito objeto de nuestro estudio, el Tribunal Supremo ya había dado muestras de esta flexibilidad, pese a que el contrato de servicios es esencialmente oneroso *ex* artículo 1544 CC, por lo que el precio constituye un elemento que forma parte de la esencia del contrato. Por tanto, si el precio no fuera determinado *ab initio* y tampoco se hubieran previsto criterios para su ulterior determinación, debería afirmarse en línea de principio la nulidad del contrato.

Pues bien, como se acaba de señalar, esta rigidez del Código ha sido atenuada por la jurisprudencia, que ha procurado evitar en el ámbito de la prestación de servicios profesionales, la desaparición de innumerables contratos comercialmente viables por la falta de precio. Tal solución jurisprudencial, además de resultar acorde con las nuevas tendencias hacia el *open price contract* consagradas en los textos uniformes europeos, pretende impedir la invalidez de estos contratos, pues la determinación de las consecuencias derivadas de la nulidad resulta especialmente dificultosa en el ámbito de los contratos de servicios, sobre todo cuando el servicio ya hubiera sido ejecutado por el profesional.

Otro tema diferente es cómo coordinar esta interpretación abiertamente flexible del precio que realiza el artículo 1239 de la Propuesta, con la obligación de informar sobre el precio y la forma de su determinación, cuando el cliente sea consumidor (artículo 60 TRLGDCU). En mi opinión, la referida flexibilización quedará muy limitada en las relaciones de consumo.

Tampoco pasan desapercibidos, por la especial trascendencia que alcanzan en el ámbito de los contratos de servicios, la regulación, dentro del Capítulo II, del incumplimiento de los deberes precontractuales de información (artículo 1243 Propuesta) y confidencialidad (artículo 1242 Propuesta). La lectura de estos preceptos revela que la Propuesta ha diversificado su tratamiento jurídico según las características de cada uno de ellos.

Los redactores de la propuesta reconocen que, en relación con la regulación de los deberes precontractuales de información y las consecuencias de su incumplimiento, tuvieron en cuenta la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo relacionada con el incumplimiento de los deberes precontractuales de información en la comercialización de productos financieros. Efectivamente, el incumplimiento de los deberes precontractuales de

información ha adquirido una especial trascendencia en los contratos de servicios profesionales que implican un asesoramiento financiero.

Pues bien, señala el artículo 1243 de la Propuesta que, “si una parte no transmite a la otra la información precontractual exigida por la ley o por la buena fe o le transmite una información incorrecta en la que la otra pueda confiar, la parte perjudicada tiene derecho a exigir la anulación del contrato y exigir indemnización de daños”. La Propuesta parte del presupuesto de que, cuando se incumplen los deberes de información impuestos por la buena fe o por la ley o la información que se transmite es incorrecta, concurrirá error imputable sobre la parte en la que recaía la obligación de informar.

Sin embargo, la Propuesta no se pronuncia sobre la determinación del alcance indemnizatorio que debe darse en estos casos a la falta de información. En tal escenario, ¿podría entenderse, como lo hace un importante sector doctrinal, que el deudor tendrá que indemnizar el daño derivado de la materialización del riesgo inherente del que no se informó o se informó incorrectamente -*v. gr.*, el dinero invertido en la inversión fallida- o la indemnización habrá de limitarse a resarcir el daño moral que experimentó la otra parte por habersele privado de la posibilidad de adoptar una decisión fundamentada sobre la cuestión consultada -la inversión-? Los amplios términos con los que se pronuncia el artículo 1306 Propuesta (“Daño indemnizable”), tampoco resuelven el problema. Me limito a dejar planteada esta cuestión pues su solución excede los límites de este trabajo.

Para terminar, solo ha de mencionarse que, además de la regulación de ciertas obligaciones precontractuales, la Propuesta regula también las obligaciones poscontractuales, que adquieren gran protagonismo en los contratos de prestación de servicios profesionales como sucede, entre otras, con la obligación de confidencialidad. Sobre el particular, cabe destacar el artículo 1240 de la Propuesta (ubicado en el Capítulo I del Título II), que, además de afirmar su existencia, aunque el contrato no las prevea (apartado 2: “La Ley, la buena fe o los usos también pueden imponer obligaciones con posterioridad a la finalización del contrato”), reconoce que se regirán por las normas de los contratos (artículo 1240.3 Propuesta), pese a que ya se haya ejecutado la prestación principal. Con ello, se da por cerrado un debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad por su incumplimiento, declarándose indirectamente el carácter contractual de la misma.