

La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)

MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

Las prestaciones de hacer tienen una importancia esencial en la economía actual tanto como las prestaciones de dar una cosa. El contrato tiene normalmente por objeto la obligación de realizar una prestación de hacer según el encargo y las necesidades de la otra parte contratante a cambio de un precio. La importancia del tema justifica la preocupación por reformar la regulación tradicional de los Códigos civiles sobre los contratos de obra y servicios. La Ley de modernización del Derecho de obligaciones del Código civil alemán (2001) se ha ocupado de esta reforma. También parece necesario realizar con cierta urgencia la misma tarea en el Derecho español y para ello parece conveniente considerar la perspectiva del Derecho comparado. En el estudio que hemos realizado con nuestros colegas alemanes de la Universidad de Münster hemos intentado destacar lo más propio de cada contrato. El contrato de obra tiene una estructura muy sólida en el Código civil alemán y están muy bien definidos y engarzados entre sí los aspectos esenciales de régimen jurídico. Esta solidez ha permitido delimitar con un trazo más firme las diferencias de régimen jurídico con el contrato de servicios. Todo ello puede ser provechoso para aprender soluciones a la hora de proponer reformas a nivel nacional. Sin embargo, si se analiza con cierto detenimiento la jurisprudencia de los tribunales españoles y alemanes sobre las prestaciones de hacer, se puede comprender que no es fácil mantener de forma estricta los límites de la distinción entre los contratos de obra y servicios. La realidad es muy compleja y evoluciona de forma muy rápida. Surgen de continuo nuevas formas de contratación de las prestaciones de hacer que tienen un sello propio y no encajan en la estructura rígida de las definiciones legales o doctrinales. Desde la perspectiva de futuro y de armonización del derecho europeo de los contratos

(Draft Common Frame of Reference), se ha considerado una categoría general del contrato de servicios que destaca los aspectos comunes de las prestaciones de hacer (Services) y después esta categoría general se regula y adquiere matices particulares en cada ámbito de la contratación (Construction-Processing-Storage-Design-Information and Advice-Treatment).

PALABRAS CLAVE

Prestaciones de hacer; contrato de obra; contrato de servicios; obligación de medios; obligación de resultado; responsabilidad por culpa; cumplimiento defectuoso; responsabilidad por vicios de la obra; remedios por incumplimiento.

ABSTRACT

Contracts for works and services have the same critical importance in the present-day economy as contracts to provide goods. The usual aim of this type of contract is that one party undertakes to supply a service/ or carry out specific works for the other party in exchange for a price. The importance of the issue warrants concern to reform the traditional regulation of Civil Codes on these contracts. The Act on the Modernization of the Law of Obligations of the German Civil Code (2001) has dealt with this reform. It also seems necessary to perform the same task in Spanish law with some urgency and it appears appropriate to consider it from the perspective of comparative law. In the study undertaken with our German colleagues at the University of Münster we have sought to highlight the most specific aspects of each contract. The contract for works is well entrenched in the German Civil Code and the key aspects are clearly defined and interrelated. This certainty has enabled the legal differences between it and the service contract to be more clearly defined. However, if we analyse in some detail the case law of the Spanish and German courts on this problem, it can be seen that it is not easy to maintain strictly the limits of the distinction. The reality is very complex and evolving rapidly. New forms of services contract are continually arising, with their own features and they do not fit into the rigid structure of legal and doctrinal definitions on work and services contracts. Therefore, from the perspective of the future and of the harmonization of European contract law (Draft Common Frame of Reference, a general category of service contract has been considered that highlights the common aspects of supplying a service (Services) and then these general provisions will be regulated and have special implications in every economic area of such contracts (Construction-Processing-Storage-Design-Information and Advice-Treatment).

KEYWORDS

Supplying a service-contract for works-service contract-obligation of care and skill-obligation to produce a result-fault liability-liability for defects in the work-remedies for breach.

SUMARIO: I. Aspectos problemáticos de la contratación de obras y servicios: planteamiento general.—II. La distinción de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y de resultado: 1. El punto de partida: la idea de obra como la prestación debida de un resultado. 2. Las consecuencias de la distinción: la responsabilidad por incumplimiento. 2.1 La responsabilidad por incumplimiento del resultado. 2.2 La responsabilidad por culpa en los contratos de servicios. 2.3 La responsabilidad por incumplimiento en el Derecho alemán.—III. La evolución de los contratos de obra y servicios: 1. El relativismo de la distinción entre las obligaciones de resultado y de medios. 2. Las nuevas modalidades de la contratación de obras y servicios. 3. El principio de buena fe en las relaciones contractuales: las obligaciones de cooperación entre las partes. 4. Los grupos de contratos en los distintos ámbitos económicos y profesionales.

I. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: PLANTEAMIENTO GENERAL

La regulación del Código civil español de las obligaciones de hacer es propia de tiempos antiguos y no ofrece respuestas adecuadas a los problemas actuales de orden práctico.

Para explicar esta situación bastaría con decir que los contratos de obras y servicios están regulados bajo la rúbrica *del contrato de arrendamiento* (Libro IV-Título VI-Capítulo I CC). Se podría añadir que las *disposiciones generales* pretenden establecer una relación sistemática entre los arrendamientos de cosas, obras y servicios (arts. 1541-1545 CC). Este orden está relacionado con la tradición del Derecho romano¹. Es discutible, sin embargo, el sentido actual de este planteamiento histórico. La evolución moderna ha dado lugar a una economía mucho más compleja y las obligaciones de hacer han adquirido una relevancia fundamental. Los clientes contratan la prestación de servicios profesionales de abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, personal de seguridad, jardineros y las más variadas prestaciones de actividades económicas. Cada tipo de actividad o de profesión ha desarrollado sus propias características y las relaciones contractuales entre el prestador de servicios y el cliente exigen tam-

¹ El Derecho romano desarrolló tres formas características de arrendamientos: la cesión del uso de una cosa (*locatio conductio rei*), la prestación de actividad (*locatio conductio operarum*) y la realización de una obra (*locatio conductio operis*). Esta tradición histórica pasó al Código civil francés (1804). Bajo el título general de *louage* están regulados tres contratos diferentes: *louage de choses*, *louage des domestiques et ouvriers*, actualmente denominado *louage de service*, y *louage d'ouvrage*. El Código civil español (1889) siguió la misma tendencia en el sentido que hemos explicado de la caracterización de tres supuestos bajo la denominación de arrendamientos: de *cosas*, *obras* y *servicios*.

bién un enfoque más dinámico para modernizar los respectivos sistemas de regulación. La cuestión es ciertamente muy compleja y, sea lo que fuere la tradición histórica, los problemas actuales de la contratación de obras y servicios tienen poco o nada en común con el arrendamiento de una cosa.

Cabe señalar aspectos más concretos que son muy significativos para explicar la desconexión tan grande que existe entre la realidad y las normas legales. El Código civil desarrolla la regulación *del arrendamiento de obras y servicios* en dos secciones (Libro IV-Título VI-Capítulo III). La sección primera (arts. 1583-1587), bajo el título *del servicio de criados y trabajadores asalariados*, establece una regulación del *arrendamientos de servicios* que se refiere a la *despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados*. Fácilmente se puede comprender que una regulación de estas características no puede ordenar de forma adecuada las relaciones modernas entre *un profesional y el cliente*. La sección segunda (arts. 1588-1600), bajo el título *de las obras por ajuste o precio alzado*, desarrolla algunos aspectos importantes del contrato de obra como la distribución de los riesgos económicos por destrucción o pérdida de la obra por caso fortuito antes de la entrega (arts. 1589-1590 CC) y los riesgos por agravación o mayor dificultad de la prestación a realizar por el contratista (art. 1593 CC). También están regulados, entre otros, los siguientes aspectos: la forma de ejecución de la obra, distinguiendo las ejecuciones parciales, por piezas o medidas (art. 1592 CC); el pago del precio (arts. 1544-1599 CC); las causas específicas de extinción del contrato de obra, como el desistimiento unilateral del contratista (art. 1594 CC) y asimismo la extinción por su muerte si la obra se encargó al contratista por razón de sus cualidades personales o la imposibilidad de acabar la obra por causa independiente a su voluntad (art. 1595 CC). Todo ello es muy significativo. Aunque pueden citarse otros aspectos de la regulación legal que son anacrónicos y cuadran mal con la evolución moderna de este sector de la contratación. Los preceptos del Código civil están pensados fundamentalmente para el contrato de edificación y no ofrecen respuestas adecuadas a los problemas actuales de la contratación de obras muebles e inmateriales. Por otra parte, no sería exagerado decir que la mayoría de los conflictos que se deciden en la práctica sobre la responsabilidad del contratista tienen por objeto el incumplimiento ocasionado por vicios o defectos de construcción. Sin embargo, el Código civil no regula de manera especial este problema.

La jurisprudencia ha realizado una tarea muy importante para remediar estas carencias del Código civil. El esfuerzo de interpretación ha sido especialmente intenso para remediar los contratos de

servicios. Las normas del Código civil son tan escasas en esta materia que se podría hablar de una laguna legal y prácticamente 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 negocios.

Merecen asimismo una consideración particular las líneas de interpretación que ha desarrollado la jurisprudencia para explicar la responsabilidad del contratista por los daños ocasionados por vicios o defectos de la obra. El criterio judicial ha dejado a un lado la aplicación analógica de las normas del *saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos* (arts. 1484-1499 CC) y ha decidido como remedio preferente la reparación mediante una prestación corregida (cumplimiento *in natura*). Para justificar esta solución el criterio judicial ha seguido dos caminos distintos: una línea de interpretación ha considerado las normas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones y el conjunto de razones sobre las cuales parecen inspiradas. Desde otra perspectiva distinta el criterio judicial ha realizado una interpretación extensiva del art. 1591 CC. Prácticamente la responsabilidad decenal por ruina del edificio ha funcionado como una responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra. Si se piensa despacio todo ello se puede comprender que ha ocurrido una evolución conjunta de la compraventa y el contrato de obra. El punto de conexión ha sido seguramente una idea muy estricta sobre el cumplimiento de las obligaciones de resultado, *de dar alguna cosa o hacer una obra*. Este pensamiento ha facilitado sin duda un razonamiento encadenado, casi intuitivo, que ha relacionado los defectos de construcción y el incumplimiento del contrato. La jurisprudencia no dice todavía claramente el concepto moderno de *conformidad de la prestación* con el contrato. Pero esta idea se averigua con facilidad entre líneas de los argumentos de las sentencias. En todo ello ha influido de forma decisiva el criterio doctrinal que ha aportado unas construcciones de gran valor que han dado una base más firme a las tendencias de la jurisprudencia. Y buena parte de estos logros han sido aprendidos finalmente por la Ley de Ordenación de la Edificación.

Este desarrollo tan espectacular de la responsabilidad por incumplimiento en el contrato de obra ha planteado el problema de distinguir la responsabilidad del prestador de servicios que meramente compromete una actividad con diligencia. Los primeros trazos de la jurisprudencia sobre esta distinción fueron especialmente significativos en el ámbito de las actividades contractuales de los médicos. Los argumentos de las sentencias dejan ver el empeño en

señalar que el médico no está obligado a la curación del enfermo y sólo responde de los daños ocasionados por culpa.

La distinción entre las obligaciones de resultado y de medios ha tenido mucha importancia y ha servido de base para justificar las características de cada contrato. Se ha dicho que el contrato de obra tiene por objeto la prestación de un resultado y el contrato de servicios consiste en la prestación de una actividad con diligencia. El contenido de las respectivas obligaciones ha influido asimismo en la responsabilidad por incumplimiento. El contrato de obra ha sido distinguido con una responsabilidad prácticamente objetiva por incumplimiento de la obligación de resultado y el contrato de servicios ha seguido anclado en la idea tradicional de responsabilidad por culpa con fundamento en el artículo 1104 CC. Debemos precisar que los discursos de la jurisprudencia y la doctrina reflejan también cierta influencia de las construcciones sobre el concepto de prestación desde una doble perspectiva: el comportamiento debido por el deudor (*Leistungshandlung*) y la satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*)². Esta influencia ha ocurrido con mucha sutileza y un examen superficial puede restarle importancia. Contemplada, sin embargo, con una reflexión más profunda es indiscutible que ha sido una referencia principal para modernizar el concepto de incumplimiento desde la perspectiva del interés del acreedor.

Otra cosa distinta ocurre con las consecuencias prácticas de las construcciones jurídicas. Los conceptos no funcionan con la misma claridad en todos los casos y con frecuencia el intérprete tiene problemas para decidir si el contrato que han realizado las partes tiene por objeto una obligación de medios o de resultado. Desde luego existen supuestos característicos que son fáciles de decidir. Nadie dudará de la calificación de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio o sobre el contrato de tratamiento médico de un enfermo terminal. No obstante, en una economía tan compleja como la actual, las prestaciones de hacer pueden tener contenidos muy variados. Ocurre una evolución constante de las actividades profesionales y de los contratos que complica mucho la distinción de la que nos estamos ocupando. El criterio judicial ha valorado con pragmatismo las circunstancias que normalmente justifican la contratación de una obra o de un servicio, *lo más propio de cada contrato*, y ha decidido los casos dudosos con estos indicios objetivos. Por otra parte, la jurisprudencia ha evolucionado al ritmo de los tiempos y ha distinguido en cada ámbito econó-

² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil-Las relaciones obligatorias-II*, Madrid, 1993, pp. 235 y ss.

mico y profesional modalidades características de contratación que tienen un sello propio. Ocurre como si el criterio judicial estuviese considerando una categoría general de las prestaciones de hacer que se realizan a cambio de precio y, a continuación, esta categoría general se va distinguiendo y concretando en distintos modelos de contratación según las características peculiares de cada tipo de actividad o profesión. Los usos de la práctica han marcado el ritmo de esta evolución. Por lo demás, la jurisprudencia ha aplicado las reglas generales de los contratos.

Con estas explicaciones hemos querido resumir, a modo de introducción, los aspectos más importantes que vamos a desarrollar a continuación. Hemos señalado, en particular, las escasas referencias que ofrece el Código civil para solucionar los problemas de la práctica y el esfuerzo tan intenso que han realizado la jurisprudencia y la doctrina para remediar estas carencias de la regulación legal. Algunas leyes especiales han reformado sectores particulares de la contratación. Pero evidentemente todo ello no es suficiente y parece necesaria con cierta urgencia una reforma del Código civil que modernice el orden general de los contratos de obras y servicios. En este trabajo vamos a tratar de analizar con cierto detenimiento las cuestiones que hemos planteado para comprender mejor en qué sentido y con qué bases conceptuales deben ocurrir los cambios legales. Las referencias de Derecho comparado son muy valiosas para esta tarea y enseñan criterios a seguir. Vamos a considerar especialmente las explicaciones que el profesor Reiner Schulze ha realizado sobre la distinción de los contratos de obras y de servicios en el Derecho alemán en el marco de una Acción Integrada entre las Universidades de Münster y Granada.

II. LA DISTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER EN OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA IDEA DE OBRA COMO LA PRESTACIÓN DEBIDA DE UN RESULTADO

La definición legal de los contratos de obras y servicios en el Derecho español es bastante simple. El artículo 1544 CC sólo dice que el *arrendamiento a cambio de precio* puede consistir en dos prestaciones distintas: *ejecutar una obra* o *prestar un servicio*. A partir de estos datos esenciales, la doctrina ha realizado una interpretación de la idea de obra como el resultado que debe realizar el deu-

dor para satisfacer el interés del acreedor. Con este trazo ha quedado marcada la distinción entre los contratos de obras y de servicios.

Es claro y mayoritariamente admitido que el contratista asume una *obligación de resultado* que puede consistir en la ejecución o la transformación de una cosa mueble o inmueble y asimismo en la ejecución de una obra inmaterial. Para el cumplimiento de esta obligación no basta que el contratista despliegue una actividad con diligencia según la idea general del artículo 1104 CC, sino que debe realizar el resultado según el contrato³. El significado del contrato de obra también ha sido señalado en relación con una distribución característica del riesgo por caso fortuito. Una consecuencia directa es que el contratista *no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada* (art. 1590 CC)⁴. El contratista asume el resultado a riesgo y ventura. Este orden, sin embargo, no es definitivo para decidir la distinción que nos ocupa. Cabe que el comitente asuma en el contrato el pago del precio, aunque no haya recibido la obra.

También es algo ampliamente conocido y aceptado que el contrato que tiene por objeto un servicio consiste en la prestación de una actividad con la diligencia que exija *la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias del caso concreto* (art. 1104 CC). En este sentido se habla de una *obligación de medios o de diligencia*⁵.

El significado de la distinción que hemos explicado se puede justificar desde las bases más elementales de la teoría general de las relaciones obligatorias. En realidad sólo se refiere a dos formas distintas de configurar el contenido de la prestación debida⁶. Hay que precisar, sin embargo, que la diligencia que se exige a los profesionales es muy estricta y muchas veces actuar con diligencia significa también realizar determinadas actividades accesorias o complementarios que en sí mismas consideradas constituyen tam-

³ ROVIRA SUEIRO, *Tratado de Contratos-III*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2009, p. 3325.

⁴ Sobre la distribución de los riesgos en el contrato de obra, SALVADOR CODERCH, «Comentario del art. 1588 CC», en *Comentarios al Código civil-Ministerio de Justicia-II*, Madrid, 1991, p. 1186; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil-IV: las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 288; Orti Vallejo, «La responsabilidad civil en la edificación», en *Tratado de Responsabilidad Civil-II*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1141.

⁵ BUSTO LAGO, *Tratado de Contratos-III*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2009, p. 2875.

⁶ En la doctrina española, sobre la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, puede consultarse, entre otros, JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 7 y ss.; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 652 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993; SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios y de ejecución de obra. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997.

bién «resultados». Seguramente el abogado para cumplir la obligación de actuar con diligencia en la asistencia y asesoramiento de su cliente tiene que realizar un dictamen o un informe jurídico. Podría pensarse que este planteamiento cuestiona las bases más esenciales de la distinción entre los contratos de obras y de servicios. Este punto de vista debe ser precisado en el siguiente sentido. El concepto jurídico de resultado debe ser valorado como la finalidad concreta y determinada que constituye el objeto del contrato de obra y que debe realizar el deudor para satisfacer el interés del cliente. Esto es lo que expresa la palabra *Erfolg* que significa el éxito o el resultado concreto de una actividad (§ 631 BGB). En un sentido opuesto la categoría de las obligaciones de medios ha sido utilizada para distinguir *lo que no forma parte del contrato de servicios*. Ciertamente el cliente siempre está interesado en poder lograr o realizar determinado objetivo o finalidad que, en ocasiones, se denomina el interés primario del acreedor que subyace en la constitución de la relación contractual. Pero la realización de este objetivo o finalidad *no es objeto de la prestación de actividad*. No se incluye en el programa de prestación. De todas maneras, cabe pensar que el interés del acreedor influye en la prestación de un servicio desde otra perspectiva jurídica. Cabe pensar que, si el deudor *conoce o debería razonablemente conocer* en el momento de contratar qué es lo que quiere obtener o realizar el cliente mediante el servicio que ha encargado, la diligencia en el cumplimiento del servicio está determinada por esta base de conocimientos. Es decir, el deudor realiza el contrato sabiendo las expectativas del cliente y por ello asume los cuidados y los esfuerzos especiales que tenga que realizar para facilitar o propiciar de la mejor manera la realización efectiva de las finalidades y objetivos que persigue el cliente. Lo mismo ocurre si el cliente informa o da explicaciones al respecto antes de celebrar el contrato. La información pre-contractual también determina la diligencia que tiene que prestar el deudor. En este sentido cabe considerar la prestación del servicio desde la perspectiva del interés del acreedor.

La jurisprudencia ha considerado asimismo estas ideas y las obligaciones de resultado y de medios han marcado la línea de distinción entre los contratos de obras y de servicios en la práctica judicial:

STS de 29 de mayo de 1987: *El contrato que realiza el arquitecto con su cliente merece la calificación de contrato de servicios cuando lo convenido fuere la prestación de una actividad en sí mismo considerada, con independencia del resultado; mientras que si lo pactado es fundamentalmente un resultado, nos hallamos*

en presencia de un arrendamiento de obra, siendo ésta la calificación jurídica que corresponde cuando lo encargado al arquitecto fue la realización de un proyecto de edificación, en cuanto su objeto viene constituido por el resultado concreto prometido por el profesional (STS de 16 de junio de 1982, 29 de septiembre de 1983, 29 de junio de 1984, 29 de mayo de 1987).

STS de 25 de abril de 1994: Que a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como arrendamientos de servicios y no de obra, en razón a que, tanto la naturaleza moral del hombre como los niveles a que llega la ciencia médica-insuficiente para la curación de determinadas enfermedades, y, finalmente, la circunstancias de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone al medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, pueden no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra que obliga a la consecución de un resultado –el de curación del paciente– que, en muchos casos, ni puede ni podrá conseguirlo, dada la naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamientos de servicios a lo único que obliga es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, una llamada obligación de medios.

Las tendencias doctrinales y jurisprudenciales han influido asimismo en las tendencias legislativas. La iniciativa de reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y de obras –Proyecto de Ley 123/00004-BOCG, 12 de abril de 1994– consideró de forma principal la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. La Exposición de Motivos explica que *la reforma contiene un concepto de cada uno de estos contratos, para el cual se utiliza la distinción –ya firmemente consagrada en la doctrina y la jurisprudencia, entre las obligaciones de actividad, también llamadas de medios o de diligencia, y las obligaciones de resultado. En el contrato de servicios se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que en el contrato de obra se asume la obligación de producir un resultado–*. Estas ideas están desarrolladas en la regulación del Proyecto con distinciones muy parecidas: en el contrato de servicios, *una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad en sí misma considerada y no por su resultado* (art. 1583) y, en el contrato de obra, *el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida, o, en su defecto, de la que resulte de los usos. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes* (art. 1588).

El Proyecto no pasó finalmente del trámite de las enmiendas. Aconteció que, por las mismas fechas, determinados sectores profesionales y de la administración habían propuesto una reforma particular del sector de la edificación⁷. Lo especial tuvo más peso que lo general. Finalmente, fue tramitada y aprobada la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. Pero esta regulación especial no es suficiente y sigue siendo importante realizar con cierta urgencia la reforma del Código civil que ha quedado pendiente. Es necesaria una regulación que establezca sobre una base más firme el orden general de los contratos de obras y de servicios. Es muy probable que la reforma que está por hacer siga el trazo que ya ha sido marcado por la jurisprudencia y la doctrina. La obligación de realizar un resultado en contraste con la obligación de realizar un servicio con diligencia será seguramente una referencia principal para los cambios legales.

En comparación con esta perspectiva del Derecho español es interesante considerar las particularidades del Derecho alemán en esta materia. Siguiendo las explicaciones del profesor Schulze pueden considerarse los siguientes aspectos fundamentales:

El punto de partida para distinguir estos contratos fue señalado claramente en el Código civil alemán (1900)⁸. Puede considerarse la diferencia de trato que se estableció entre el arrendamiento de cosas (Miete-Libro II-Sección VII-Título III-§ 535-597), el contrato de servicios (Dienstvertrag- Libro II-Sección VII-Título VI-§ 611-630) y el contrato de obra (Werkvertrag Libro II-Sección VII-Título VII-§ 631-651). En particular hay una referencia legal bastante clara sobre la idea de resultado en el § 631 BGB: *Pueden ser objeto del contrato de obra tanto la producción o modificación de una cosa como otro resultado a obtener mediante el trabajo o una prestación de servicios*. El sustantivo *Erfolg* expresa la idea de resultado como la consecuencia o el éxito de la prestación de hacer y asimismo existe una referencia genérica a *otros resultados* que permite considerar la realización de todo tipo de obras.

Esta base legal ha facilitado en el Derecho alemán un criterio general bastante firme sobre el contrato de obra. La doctrina y la jurisprudencia han mantenido con un criterio mayoritario que la prestación debida, aquello que el deudor debe realizar y aquello que el acreedor está facultado para reclamar, consiste en un resultado concreto y determinado: la ejecución o la transformación de una cosa mueble o inmueble y asimismo una obra intelectual. En cuan-

⁷ DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 376.

⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

to al criterio de imputación del riesgo, se dirá que el contratista pierde la pretensión dirigida a la contraprestación cuando, por causa no imputable a ninguna de la partes, el resultado es imposible. Esta distribución del riesgo no constituye una característica esencial del contrato de obra ya que puede regularse de otra manera por acuerdo de las partes sin que se altere la esencia del contrato.

Por otra parte, la definición legal del contrato de servicios es bastante abierta. El § 611 BGB se refiere genéricamente a la obligación de prestar *toda clase* de servicios. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado esta idea con la cláusula general del § 242 BGB sobre la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y ha tomado forma la obligación del deudor de actuar con la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias del caso concreto para propiciar de la mejor manera la finalidad que el cliente pretende obtener con el encargo que ha realizado. Por otra parte hay que señalar que en el BGB existe una regulación del contrato de servicios mucho más desarrollada que en el Derecho español (§ 607-630 BGB). Por ello ha sido muy importante en la práctica de los tribunales alemanes determinar qué tipo de obligación ha asumido el deudor, de realizar una obra o la prestación de un servicio con diligencia, porque esta distinción significa asimismo unas diferencias muy marcadas en el régimen jurídico.

Hemos podido comprobar que la distinción esencial entre los contratos de obras y de servicios coincide prácticamente en los ordenamientos español y alemán. La línea de separación está claramente marcada por la idea de resultado. Este punto de encuentro puede propiciar la armonización del Derecho privado europeo. Desde esta perspectiva, cabe considerar el Proyecto sobre el Marco Común de Referencia –*Draft Common Frame of Reference* (DCFR)– que se decide por un concepto general sobre el contrato de servicios como categoría común de las obligaciones de hacer (*Service contracts-Dienstleistungsvertrag*) y establece unas disposiciones de carácter general para todas las obligaciones de hacer (Book IV-Part C-Services). A ello se añade la distinción fundamental entre la obligación de realizar una actividad con la habilidad y el cuidado que razonablemente el deudor pueda prestar en las circunstancias concretas y de conformidad con la *lex artis* (2: 105: *obligation of skill and care*) y la obligación de hacer que tiene por objeto obtener un resultado concreto y determinado (2: 106: *Obligations to achieve result*). La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado ha sido considerada como una referencia principal del DCFR para distinguir y desarrollar los contratos par-

ticulares que están regulados en los siguientes capítulos de la parte especial: *construction-processing-storage-design-information and advice-treatment*. Cabe señalar en particular el régimen del contrato de edificación (*construction: Book IV-part C-Chapter 3-3:101-3: 10 8*). El artículo 3:104 establece que el contratista debe realizar la estructura de la obra de conformidad con el contrato. Los comentaristas del DCFR han explicado que esta regla es una aplicación directa del concepto general sobre las obligaciones de resultado (*obligations to achieve result IV.C.-2:106*). Por otra parte, cabe considerar el contrato de tratamiento médico del paciente (*Treatment: Book IV.Part C.Chapter 8*). El médico se compromete a la prestación de un servicio con diligencia (8: 101) y debe actuar con la habilidad y el cuidado que las reglas de la profesión exigen en el caso concreto (8: 104). Los comentaristas del DCFR han aclarado que esta regla es una aplicación particular del concepto general sobre las obligaciones de medios (*obligations of skill and care-IV.C.-2:105*) y, siguiendo el orden simétrico de las distinciones clásicas, han señalado también las diferencias de régimen jurídico con las obligaciones que tienen por objeto un resultado⁹.

Todo ello pone de manifiesto que la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante desde las perspectivas de futuro del Derecho europeo de los contratos.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

El Código civil no establece un régimen especial de responsabilidad del contratista por incumplimiento de la obligación de realizar la obra. No existe más que la regla del artículo 1591 CC sobre la responsabilidad decenal por ruina del edificio. El Código civil tampoco tiene normas que regulen de forma característica la responsabilidad por incumplimiento de la prestación de un servicio. La jurisprudencia y la doctrina han realizado un esfuerzo muy importante para solucionar los problemas de la práctica mediante la interpretación sistemática de las reglas generales sobre el incum-

⁹ *It is possible that the service provider is not only under an obligation to carry out the service with due care and skill, but also under an obligation to achieve the result stated or envisaged by the client. If that is the case, and if the result is not achieved, it is in the client's interest to invoke the non-performance the latter obligation. The burden of proof imposed on the client will then be limited. The obligation to achieve a particular result will, however, not be imposed on every service provider in every situation. If it is not imposed, this might cause the client to invoke the non-performance of an obligation of the service provider under paragraph 1-4 of the article 2: 105: obligation of skill and care. Vid. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), vol. 2, Munich, 2009, pp. 1649-1650.*

plimiento de las obligaciones y el conjunto de razones o fundamentos sobre las cuales están inspiradas. El diferente modo de configurar la prestación debida, de medios o de resultado, ha determinado también el diverso modo de configurar el incumplimiento y el contenido de la carga de la prueba para justificar la responsabilidad por incumplimiento.

2.1 La responsabilidad por incumplimiento del resultado

La regulación del contrato de obra no tiene reglas específicas sobre los presupuestos y los límites de la responsabilidad del contratista por incumplimiento del contrato y por ello rigen las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones. Evidentemente si el contratista no realiza la obra, existe incumplimiento (arts. 1098-1182-1101-1105-1124 CC). Asimismo si el contratista entrega una obra distinta (*aliud pro alio*) o de menor cantidad.

En lo demás, en relación con el problema principal que se presenta en la práctica sobre los defectos de construcción que se manifiestan una vez que ésta ha sido ejecutada y recibida (*vicios o defectos ocultos*), el criterio judicial ha decidido también normalmente la responsabilidad del deudor por incumplimiento del contrato¹⁰. Hay que aclarar que, en el ámbito de las obras inmobiliarias, la jurisprudencia ha mantenido un doble juego. En algunos casos, el criterio judicial ha considerado las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones en el sentido que hemos explicado. Sin embargo, la mayoría de los casos que se deciden en los tribunales se han resuelto con fundamento en el artículo 1591 CC. Se podría decir que el criterio judicial ha estirado tanto el significado de esta norma que prácticamente la responsabilidad por ruina del edificio ha funcionado como una responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra¹¹. El *cumplimiento defectuoso* aparece normalmente envuelto en la idea de *ruina funcional*. Todo ello ha sucedido de una manera muy particular.

La idea de ruina ha servido de cajón de sastre en el que caben prácticamente todos los defectos de construcción que son originarios –que existen en el momento de la entrega– y se manifiestan en el plazo decenal de garantía establecido en el artículo 1591 CC. La idea de garantía está relacionada con una presunción característica

¹⁰ ABRIL CAMPOY, «Comentario del art. 1591 CC», *Jurisprudencia Civil Comentada-III*, dir. Pasquau Liaño, 2.ª ed., Granada, 2009, p. 3240.

¹¹ ESTRUCH ESTRUCH, *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 64 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial-IV: Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 393.

en relación con la prueba del defecto. El criterio judicial ha considerado que los defectos de construcción que se manifiestan en el plazo de garantía son originarios. También merece una referencia especial la jerarquía que ha establecido la jurisprudencia entre los remedios por incumplimiento. En primer lugar se decide la reparación de los defectos. De esta manera, si el cumplimiento no ocurre a la primera, ocurre a la segunda, para satisfacer *in natura* el interés del acreedor¹². Sólo si la reparación es difícil o imposible se decide la indemnización por la merma de utilidad (piscina que no tiene las dimensiones convenidas) o, en su caso, la resolución del contrato¹³. Sin embargo, en el Código civil no existe una regulación especial de la imposibilidad económica ni de la excesiva onerosidad de la prestación. Ni tampoco existe una doctrina jurisprudencial clara. Por ello la vía ha sido acudir al concepto de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y la consecuencia ha sido considerar que, en determinadas circunstancias, es contrario a la buena fe exigir el cumplimiento exacto (art. 1258 CC).

La doctrina y la jurisprudencia han considerado con un criterio mayoritario que el sistema de responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra sigue anclado en tradición de la responsabilidad por culpa, pero se inclinan por admitir una distribución característica de la carga de la prueba que tenga que hacerse. Si el demandante demuestra el incumplimiento del contrato de obra, se presume que ello ha sido debido a culpa del contratista. Se produce de esta manera una inversión de la prueba de la culpa, de manera que tiene que ser el contratista que pretende ser exonerado de responsabilidad quien tenga que probar el empleo de la diligencia que presta.

Para comprender realmente qué ha ocurrido en la responsabilidad por los defectos de construcción hay que considerar el criterio de la jurisprudencia sobre la diligencia exigible en el cumplimiento de la obligación. El contratista debe realizar unas medidas y cuidados extremos para realizar el resultado que exige el contrato. De esta manera, con una referencia tan estricta sobre la diligencia, el deudor casi nunca consigue demostrar que ha actuado de la forma adecuada. El criterio judicial encuentra con facilidad en casi todos

¹² El Proyecto de Ley 121/000043 (BOCG, 12 de abril de 1994) que pretendía modificar la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra contemplaba una solución bien distinta y establecía la posibilidad de que, ante la existencia de vicios o defectos de los que debe responder el contratista, el comitente pudiese optar *entre rebajar una cantidad proporcional del precio o exigir que aquéllos sean corregidos por el contratista; en este caso, y si no los corrige en el plazo prudencial, después de haber sido requerido, o si la reparación no admite demora, podrá hacerlo el comitente con cargo al contratista* (art. 1594).

¹³ ESTRUCH ESTRUCH, *op. cit.*, pp. 423-451.

los casos un error, falta o culpa que, aunque sea muy leve, impide la prueba liberatoria de la responsabilidad. Cabría pensar, incluso, que el criterio judicial actúa a veces con un pensamiento aprendido que decide primero una relación intuitiva entre los defectos de construcción y la responsabilidad del contratista. Ocurre como si existiese una sospecha automática de responsabilidad cada vez que la obra tiene defectos¹⁴. A continuación este criterio se reviste con una referencia formal y abstracta sobre la culpa del deudor que, en realidad, es paja de relleno que no aporta nada a la razón de decidir y sólo sirve para que el criterio de la responsabilidad ocurra de manera pacífica, sin levantar sospechas de modernidad.

Bastaría con seguir un poco más por este camino que ha abierto la jurisprudencia y podríamos justificar directamente la responsabilidad por incumplimiento del resultado. Cabe pensar que los defectos que son originarios –que estaban latentes en el momento de la entrega– están relacionados normalmente con el proceso de construcción que el contratista debe organizar y controlar. O dicho lo mismo con otras palabras, el cumplimiento del resultado que exige el contrato es por cuenta del contratista y si ocurren fallos, vicios o defectos de construcción que enturbian la prestación, este problema computa automáticamente en la cuenta de la responsabilidad del contratista como un riesgo característico asumido en el lote del contrato¹⁵. Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí, para exonerarse de la responsabilidad, el contratista tendría que probar que el daño en la obra ha ocurrido por causas que son ajenas por completo al proceso de construcción o de realización de la obra.

La prueba de la exoneración de responsabilidad como carga del deudor es la misma regla que en línea de principio rige en el proceso civil: el demandante tiene la carga de probar los hechos que, según las normas aplicables, son constitutivos de las pretensiones de la demanda y el demandado tiene que probar los hechos que *impiden, extinguen o enervan* la eficacia jurídica de aquellos otros (art. 217 Ley Enjuiciamiento Civil). Esta regla interpretada en relación con los criterios de responsabilidad que hemos explicado permite considerar que el comitente tiene una situación muy ventajosa en el proceso para defender sus derechos y obtener los remedios característicos por incumplimiento: simplemente tiene que demostrar que el resultado no es conforme con el contrato y, de esta manera, con la referencia de un hecho objetivo –sin necesidad de

¹⁴ Con muchas referencias en detalle sobre la jurisprudencia puede consultarse ESTRUCH Y ESTRUCH, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

¹⁵ ORTI VALLEJO, «La responsabilidad civil en la edificación», en *Tratado de Responsabilidad civil-II*, coord. Reglero Campos, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1140-1141.

valoraciones subjetivas y difíciles de concretar sobre la culpa del deudor—, el sistema de responsabilidad empieza a funcionar a su favor. Y, para detener esta inercia, el contratista tiene que probar el hecho que ocasiona la imposibilidad de la prestación y el carácter extraño a su círculo o ámbito de control (hecho impeditivo de la responsabilidad).

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, ha establecido precisamente un sistema de responsabilidad de estas características: los agentes de la edificación responden por los daños materiales en el edificio ocasionados por los defectos de construcción que se manifiestan en los plazos de garantía establecidos en la Ley. *Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de edificación, si se prueba que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño* (art. 17 LOE).

Finalmente, para terminar de comprender esta evolución del contrato de obra, cabe considerar que la relación que ha establecido la jurisprudencia entre el cumplimiento defectuoso de la obra y la responsabilidad por incumplimiento está muy próxima a la idea de *conformidad de los productos con el contrato* que actualmente sostiene la estructura de la venta de bienes de consumo¹⁶. Más concretamente cabe pensar que el punto de encuentro es la prestación debida (*Leistung*) pensada desde una doble perspectiva: el comportamiento debido por el deudor (*Leistungshandlung*) y la satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*)¹⁷. Evidente-

¹⁶ La noción de conformidad del bien con el contrato proviene del *common law* y siguiendo esta tradición se ha producido un desarrollo importante del concepto en el Derecho internacional: el art. 35 del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías (CV) marcó un momento muy importante en el proceso de modernización del contrato de compraventa. La tradición romanista sobre los vicios ocultos fue sustituida por el concepto de conformidad de los bienes de tradición anglosajona. El art. 2.1 de la Directiva 1999/44/CE ha considerado asimismo el concepto de conformidad como base de la estructura de la venta de bienes de consumo. Precisamente la necesidad de transponer esta Directiva proporcionó al Gobierno alemán la oportunidad de llevar a cabo una reforma más profunda de la regulación del contrato de compraventa y muchas de las soluciones particulares se han regularizado como el Derecho general obligaciones y contratos. El Derecho español también ha transpuesto la Directiva. Primero fue la Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y después esta ley fue incorporada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (2007). Concretamente el art. 116 TRLGCU desarrolla el concepto de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa. Seguramente este concepto va a influir también de manera importante en el proceso de reforma del Código civil español en materia de obligaciones y contratos. Para un completo análisis sobre la transposición de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo en los Estados miembros de la Unión Europea, puede consultarse MANSEL, «Kaufrechtsreform in Europa und die Domagatik des deutschen Leistungstörungsrechts», (2004), 204 *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 408 y ss.

¹⁷ DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 244.

mente, si la obra tiene defectos, no se cumple el resultado según el contrato (falta de conformidad de la prestación) y existe incumplimiento desde la perspectiva del interés del acreedor.

La jurisprudencia más reciente ha generalizado el criterio sobre el cumplimiento defectuoso también en relación con las obras muebles y las obras inmateriales¹⁸. Esta tendencia de la práctica ha sido considerada asimismo por la doctrina¹⁹. Hay que precisar que para justificar la responsabilidad por cumplimiento defectuoso rigen las reglas generales de las obligaciones. No existe un plazo especial de garantía y el comitente tiene que demostrar que los defectos son originarios –que existían en el momento de la entrega, aunque se manifiestan con posterioridad–. El plazo de prescripción de la acción es de 15 años según la regla general de las obligaciones personales (art. 164 CC).

En el ámbito de la realización de obras muebles hay que considerar un orden especial si el comitente es un consumidor y existe un *contrato de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse*. El artículo 115 TRLGDCU incluye este supuesto en el ámbito de aplicación de la regulación de las ventas de bienes de consumo²⁰. Este orden permite justificar el concepto de conformidad de la prestación y los remedios característicos por incumplimiento también en relación con los defectos de construcción (arts. 114-127 TRLGCU).

En fin, si se analizan despacio las tendencias de la doctrina y de la jurisprudencia, se pueden descubrir ciertos indicios de modernización de la responsabilidad por incumplimiento en el contrato de obra. Las leyes especiales que hemos mencionado establecen tam-

¹⁸ Existe una jurisprudencia significativa en todos los ámbitos económicos y profesionales: los tribunales han considerado que el contrato que tiene por objeto la reparación de un vehículo es un contrato de obra que obliga a realizar el resultado concreto de la reparación: si el deudor no realiza adecuadamente esta prestación, existe cumplimiento defectuoso y el acreedor puede exigir los remedios característicos por incumplimiento (SAP Teruel de 20 de febrero de 2007 AC/2007/1275). El contrato es también de obra si el deudor se obliga a cambio de precio a realizar un programa de ordenador con las utilidades y funciones concretas según el encargo que ha realizado el cliente. Los defectos de funcionamiento del programa han sido considerados cumplimiento defectuoso y el cliente ha obtenido los remedios característicos por incumplimiento (STS de 17 de mayo de 2003 RJ 72003/3817). El contrato de realizar una maquinaria por encargo a cambio de precio, según las necesidades del cliente que se especifican expresamente en el contrato, ha sido considerado un contrato de obra. Hay que considerar el incumplimiento si la máquina tiene defectos o vicios y el resultado no es conforme con el contrato (STS de 13 de diciembre de 2002 RJ/2003/375: máquinas de fábrica de algodón-Togo). Por el contrario el criterio judicial ha considerado que el contrato que tiene por objeto la fabricación de una maquinaria según un modelo estándar de referencia que ofrece la empresa (modelo MF-H-5000) es un contrato de compraventa (STS de 5 de junio de 2008 RJ/2008/3210).

¹⁹ Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 670.

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

bién pequeñas avanzadillas de la regulación legal en ámbitos particulares de la contratación de obras. Sin embargo, un pensamiento coherente y sistemático lleva necesariamente a una reforma del Código civil que establezca un concepto general del incumplimiento que comprenda normalmente el supuesto de cumplimiento defectuoso. También es necesaria una regulación del contrato de obra que considere las particularidades de la responsabilidad por los defectos de construcción y que sirva de referencia para explicar y desarrollar las leyes especiales sobre la materia. Y todo ello debe ocurrir con cierta urgencia para liberar a los jueces de la pesada tarea que llevan realizando durante mucho tiempo que prácticamente se ha convertido en el arte de remediar las carencias del Código civil escribiendo sentencias.

2.2 La responsabilidad por culpa en los contratos de servicios

El criterio judicial ha decidido reiteradamente que el deudor que compromete la prestación de un servicio responde por culpa. Esta regla es, en realidad, una consecuencia de la naturaleza de la obligación que debe realizar el deudor para cumplir. El modo de configurar la prestación decide también la forma de considerar el incumplimiento. El deudor está obligado a realizar una actividad con diligencia. El envés de esta idea significa que la violación de la regla de diligencia es incumplimiento de la obligación. Por lo demás, rige la regla general de la distribución de la carga probatoria de las obligaciones contractuales y el acreedor demandante tiene que probar el incumplimiento como presupuesto de la responsabilidad contractual. La particularidad de la responsabilidad ocurre porque la prueba del incumplimiento significa justamente la prueba de la culpa. En este sentido se habla de responsabilidad por culpa con fundamento en la regla general del artículo 1104 CC.

La jurisprudencia sobre la materia ha sido especialmente significativa en el ámbito de las prestaciones contractuales de los médicos.

STS de 25 de junio de 2003 R. 4261: *La obligación médica, según reiterada doctrina de esta Sala, se concreta en proporcionar al enfermo los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada lex artis ad hoc, es decir, tomando en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar. Asimismo, que la obligación contractual o extracontractual del médico es una obligación de medios y en la valoración de su conducta queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba de la culpa, estando a*

*cargo del paciente o familiares la prueba de la culpa y la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer y probar la culpa del demandado*²¹.

El criterio judicial sobre la responsabilidad por culpa ha sido general en todos los ámbitos de la contratación de servicios profesionales²². Los abogados, los arquitectos y en general los profesionales que comprometen la prestación de un servicio responden por culpa. El criterio de la doctrina se ha desarrollado en el mismo sentido y se han repetido las mismas ideas sobre la responsabilidad por culpa.

La valoración subjetiva del comportamiento del deudor en términos de culpa significa normalmente una dificultad mayor que la consideración objetiva sobre el incumplimiento de un resultado y desde esta perspectiva existe una particularidad importante de orden práctico que distingue el contrato de servicios en relación con el contrato de obra.

2.3 La responsabilidad por incumplimiento en el Derecho alemán

Para comprender el orden jurídico de las prestaciones de hacer en el Derecho alemán hay que tener en cuenta, en primer lugar, el trato distinguido que mereció el contrato de obra en la codificación alemana (1900). Hay que destacar, en particular, la intuición del legislador alemán para considerar el problema de los vicios o defectos ocultos de las obras como un supuesto característico de incumplimiento del contrato que aparece diferenciado en el trato del régimen de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa²³. Más concretamente, hay que destacar que el comi-

²¹ También, entre otras muchas, las SSTS de 12 de marzo de 1999-RJ 1999/2252, de 13 de abril 1999-RJ 1999/2611, de 14 de abril 1999-RJ 1999/2615.

²² NAVARRO FERNÁNDEZ/ALONSO PÉREZ, «Comentario de los arts. 1584-1587 CC», *Jurisprudencia Civil Comentada Código Civil-III*, 2.ª ed., dir. Pasquau Liaño, Granada, 2009, pp. 3198 y ss.

²³ Como se sabe el codificador alemán arrastró la tradición romanista sobre la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa y generalizó un orden pensado históricamente para la venta de esclavos y ganado para todo tipo de ventas (§ 459 ss BGB). Evidentemente un régimen de estas características no ofrecía respuestas adecuadas para organizar el problema de los vicios o defectos ocultos en las ventas que tenían por objeto cosas genéricas y el vendedor no disponía de una segunda oportunidad de ganarse el precio de adquisición eliminando o corrigiendo el vicio. Para males mayores el comprador tampoco estaba suficientemente protegido con la responsabilidad por vicios ocultos: por una parte, sólo podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios en casos muy particulares cuando el objeto vendido no tenía las cualidades prometidas o bien cuando el vendedor había ocultado dolosamente la existencia del vicio (§ 463 BGB versión anterior a la reforma de 2001). Por otra parte, estaba la limitación temporal de las pretensiones sobre

tente tenía derecho a reclamar el cumplimiento *in natura*, es decir, la reparación o la corrección del defecto (§ 633-II BGB). Esta decisión legislativa debe entenderse en relación con el argumento sobre las posibilidades del contratista de controlar el problema del incumplimiento porque tiene normalmente la habilidad y los instrumentos necesarios para reparar los defectos.

La Ley de Modernización del Derecho de obligaciones (2001) ha desarrollado asimismo algunos aspectos esenciales del contrato de obra²⁴. El concepto de vicios ocultos se ha desdoblado para tratar el problema desde todas las perspectivas jurídicas. El concepto de vicios materiales se describe como el envés del cumplimiento del resultado de conformidad con el contrato: *la obra está libre de vicios materiales si ésta posee las cualidades convenidas o, en otro caso, es idónea para lo previsto en el contrato y de no ser así es idónea para el uso habitual* (§ 633-II BGB). El legislador ha considerado también una ficción jurídica y *la realización de una cosa distinta a la encargada o de menor cantidad* se ha considerado como un vicio material (§ 633-II BGB). Ocurre como si se quisiera considerar un concepto amplio de incumplimiento por falta de conformidad de la prestación y todo ello se ha regulado bajo la idea de vicio material. Por otra parte, se establece una definición novedosa de los vicios jurídicos: *La obra está libre de vicios jurídicos si un tercero no puede hacer valer frente al comitente derecho alguno sobre la obra o únicamente los derechos que derivan del contrato* (§ 633 III BGB).

La Ley de Modernización del Derecho de obligaciones ha reformado también de forma esencial la parte general del Código civil en materia de obligaciones y contratos. Una de las novedades más significativas de la reforma ha sido un concepto general de incumplimiento por lesión del deber (§ 280 ss. BGB). Esto significa que el régimen general de los contratos y el régimen especial del contrato de obra están ahora más cerca entre sí. Ello va a facilitar seguramente la tarea de explicar y desarrollar el régimen de la responsabilidad por los defectos de construcción. De todas maneras,

vicios ocultos: seis meses, si se trataba de bienes muebles; y un año, para los bienes inmuebles (§ 477 versión anterior a la reforma de 2001). El *dies a quo* quedaba fijado en el momento de la entrega (bienes muebles) o de la transmisión (bienes inmuebles) y por ello ocurría con frecuencia que cuando el defecto se manifestaba el comprador normalmente ya no tenía acción para reclamar. Todas estas cuestiones fueron problemáticas y el criterio judicial ha tenido que forzar en muchos casos el sentido de las normas legales para alcanzar una solución más práctica sobre la responsabilidad por incumplimiento. La Ley de Modernización del Derecho de obligaciones ha realizado una reforma muy profunda del contrato de compraventa y la tradición anterior ha sido sustituida por un modelo basado en el principio de conformidad de la prestación.

²⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts de 26 de noviembre de 2001, BT Drucks. 14/6040.

el interés del comitente está especialmente protegido por remedios adicionales por incumplimiento como la minoración del precio y la autoejecución (§ 637-638 BGB).

Para comprender con más detenimiento el régimen de responsabilidad en el contrato de obra debemos aprender también la importancia que tiene en el Derecho alemán la relación sistemática entre los parágrafos 241 y 362 BGB y considerar de igual manera el desarrollo característico del concepto de prestación (*Leistung*) desde una doble perspectiva: el comportamiento debido por el deudor (*Leistungshandlung*) y la satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*). Estas ideas significan una modernización del derecho de crédito. La tesis tradicional había considerado fundamentalmente el derecho del acreedor a obtener un comportamiento del deudor. Esta perspectiva recibió los embates de una corriente de pensamiento que puso de relieve cómo del derecho de crédito no consiste propiamente en que el deudor adopte un comportamiento, sino en que el interés del acreedor se vea satisfecho en relación con este comportamiento²⁵. Ello ha permitido aprender de mejor manera el significado de otros aspectos importantes del régimen jurídico de las relaciones obligatorias como la finalización de la obra en lugar de la recepción (§ 646 BGB) o el supuesto de la imposibilidad de cumplir que ha sido considerada como una imposibilidad de realizar el interés del acreedor a través del comportamiento del deudor (§ 275 BGB). Asimismo la doble perspectiva de la prestación ha permitido comprender las reglas sobre el lugar y el tiempo de cumplimiento desde la perspectiva del interés del acreedor y de satisfacción de sus expectativas contractuales (§ 269-271 BGB).

Por otra parte, en los contratos de servicios, el deudor cumple si realiza la prestación de hacer de forma diligente. El cliente contrata normalmente la prestación de un servicio para realizar unos intereses particulares. Pero estos intereses no son objeto de la prestación debida, no se comprometen en el contrato. El deudor cumple si realiza la actividad en sí misma considerada con la diligencia adecuada. La jurisprudencia ha desarrollado estas ideas desde dos perspectivas distintas. Como criterio básico ha considerado el comportamiento que debe realizar el deudor para cumplir. Además de ello, la medida de la diligencia ha sido valorada con mucho rigor y de forma muy profesional para facilitar que el cliente realice tanto mejor la finalidad que subyace en la contratación del servicio. En este sentido cabe considerar un modelo finalista de la diligencia

²⁵ WIAECKER, «Leistungshandlungen und Leistungserfolg in Bürgerlichen Schuldrecht», en *Festschrift für Hans Karl Nipperdey*, I, 1965, pp. 783-812.

según el encargo que ha realizado el cliente. Más concretamente el § 242 BGB ha permitido elevar el estándar de la diligencia *según las exigencias de la buena fe* en el sentido que hemos explicado.

III. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA Y SERVICIOS

1. EL RELATIVISMO DE LA DISTINCIÓN ENTRE LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO Y DE MEDIOS

La distinción entre las obligaciones de resultado y de medios no ocurre siempre con la misma facilidad en todos los casos. No hay problema alguno si el contrato establece de forma expresa que el profesional se obliga a realizar un resultado y además este resultado está suficientemente determinado. Pero con frecuencia el contrato no dice claramente esta obligación o no expresa claramente qué tipo de resultado debe realizar el deudor para cumplir. Las prestaciones de hacer pueden ser muy variadas y tienen una elasticidad especial para adaptarse a las exigencias características de cada sector económico y de la contratación de servicios. Una misma actividad profesional puede significar, en unos casos, una obligación de medios y, en otras circunstancias, una obligación de resultado. No debe extrañar por ello que la cuestión fundamental que se discute en los procesos judiciales que tienen por objeto las prestaciones de hacer es precisamente la naturaleza de la obligación que debe realizar el profesional para cumplir. Se trata, en definitiva, de un problema de interpretación de la voluntad de las partes. El control de la realización del resultado constituye un indicio o criterio de interpretación muy importante para distinguir la naturaleza de la obligación.

El cliente que contrata una prestación de hacer por encargo espera obtener normalmente una finalidad o utilidad como resultado de esta prestación. Las posibilidades del deudor para obtener este resultado no son las mismas en todos los casos y depende de un número importante de factores que tiene que controlar y organizar. En este sentido parece razonable considerar por tendencia la obligación de realizar un resultado concreto y determinado si el deudor puede controlar normalmente con su organización profesional o empresarial otros resultados de las mismas características o similares. En este mismo orden de ideas la dificultad que tiene el deudor de realizar el resultado constituye un indicio en sentido contrario para considerar una obligación de medios o de diligencia.

El criterio debe ser el mismo si el resultado depende de circunstancias ajenas a la esfera de actuación y organización del deudor. Para expresar esta idea el criterio judicial hace referencia con frecuencia a la *aleatoriedad del resultado* y decide con este criterio que la obligación que asume el médico es una obligación de medios o de diligencia: *en cuanto dada la naturaleza humana y los límites de la Medicina no siempre se consigue de modo pleno la curación o recuperación del paciente*²⁶. En un sentido similar parece razonable considerar por tendencia una obligación de medios si la obtención del resultado depende de forma esencial de la participación activa del propio cliente que ha realizado el encargo²⁷. En este caso se podría decir que el cliente controla los riesgos del resultado.

Estos criterios de interpretación tienen pleno sentido desde el punto de vista del análisis económico del contrato. La decisión de contratar consiste en esencia en un cálculo de los costes y los beneficios en relación con los riesgos de la actividad de cumplimiento. En este sentido cabe entender que el deudor no tiene razones para asumir la obligación de realizar un resultado si no puede «controlar» normalmente la realización efectiva del mismo. Estas ideas también tienen sentido desde la perspectiva del aseguramiento de las actividades. El deudor no puede «comprar» un seguro a precio competitivo si no puede controlar el riesgo asegurado.

Algo muy parecido se puede decir desde la perspectiva del cliente en relación con las expectativas que pudiera tener en el momento de contratar de obtener un resultado concreto. También en este caso las expectativas del cliente están en relación con el control que el profesional puede ejercer *razonablemente* sobre la realización del resultado.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se complica todavía más en la práctica cuando el cumplimiento exige actividades muy variadas, incluso, resultados relativos para realizar plenamente la diligencia exigible. En estos casos hablamos de *resultados relativos* porque la finalidad o interés principal que el cliente pretender obtener con la prestación del servicio no está en juego en la obligación de diligencia. La actividad de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de un paciente exige en muchos casos realizar una radiografía o un análisis de sangre que pueden consi-

²⁶ Sobre la aleatoriedad del resultado de la prestación, más ampliamente, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, Madrid, 1988, pp. 73 y ss.; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 651 y ss.; JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho civil*, 1991, pp. 5 y ss.

²⁷ CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, Valencia, 2001, pp. 122.

derarse resultados de una actividad. Pero todavía hay que precisar este criterio y considerar que, en este tipo de relaciones jurídicas, la finalidad o resultado principal que persigue el paciente es la curación de la enfermedad. La realización efectiva de este resultado principal no puede ser controlado de forma definitiva por el profesional y por lo mismo hay que entender que la obligación que asume el profesional es de medios o de diligencia. En la práctica hay que poner especial cuidado para distinguir el objeto principal del contrato en las circunstancias del caso concreto en el sentido que hemos explicado sobre el control de los riesgos de las actividades económicas. La idea de obligación de resultado ha servido para justificar los riesgos de la actividad de cumplimiento de las prestaciones de hacer que están dentro del contrato en el lote de la prestación debida y la idea de obligación de medios o de diligencia para excluir del contrato aquellos riesgos de la prestación de hacer que el deudor no puede *normalmente* controlar y corren por cuenta del cliente.

Por otra parte, las diferencias de régimen jurídico entre las obligaciones de medios y de resultado tampoco son definitivas como si realmente existiesen dos sistemas totalmente distintos de responsabilidad por incumplimiento. Se pueden considerar algunos puntos de vista que moderan significativamente el alcance absoluto de la distinción y en particular existen algunos indicios bastante claros de una avanzadilla de las obligaciones de medios hacia el lado de las obligaciones de resultado.

Prácticamente se puede hablar de una tendencia a objetivar la responsabilidad por culpa. El criterio judicial valora de forma muy estricta las obligaciones profesionales y el deudor, para cumplir, debe realizar todas las medidas y cuidados que exija la naturaleza de la obligación en las circunstancias del caso concreto *hasta el agotamiento de la diligencia*. Este criterio de valoración significa una responsabilidad por culpa muy rigurosa. La prueba del error o de la falta más leve en la actividad de cumplimiento justifica la responsabilidad del deudor. Se podría hablar de *culpa profesional* para señalar este punto de vista. Incluso, en determinados ámbitos profesionales, la jurisprudencia ha decidido la inversión de la prueba de la culpa si el daño es tan desproporcionado que habla por sí mismo de la existencia de culpa. De esta manera la carga de la prueba se desplaza hacia el demandado que, para exonerarse de responsabilidad, tiene que probar que el daño ha sido debido a una circunstancia distinta de la inobservancia de la *lex artis*, es decir, tiene que identificar otra causa²⁸.

²⁸ STS de 17 de junio de 1989 RJ 1989/4696.

Si sumamos tendencias y consideramos conjuntamente la inversión de la prueba de la culpa y la tendencia a considerar de forma muy estricta la diligencia exigible en el cumplimiento de los servicios, obtenemos una responsabilidad muy reforzada que prácticamente funciona como una obligación de resultado: los daños y perjuicios que reclama el acreedor deciden la responsabilidad del deudor y difícilmente ocurre la prueba liberatoria de responsabilidad porque el listón de la diligencia se ha colocado bien alto.

La evolución de los criterios de la responsabilidad se manifiesta también en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. El artículo 148 TRLGDCU²⁹ establece una responsabilidad objetiva en relación con determinadas prestaciones de servicios que exigen obligaciones características de prevención y control de los riesgos de las actividades profesionales para la seguridad de los usuarios. El nivel de la seguridad exigible se coloca bien alto en la práctica jurídica y por tendencia el prestador del servicio asume directamente los daños que sufre el usuario en el ámbito de la actividad profesional. Se podría decir que la jurisprudencia distingue daños típicos o normalmente vinculados con la actividad profesional y el daño habla por sí mismo del incumplimiento de los niveles de seguridad que exige la naturaleza del servicio.

El régimen de responsabilidad en el contrato de obra se puede pensar también de dos formas distintas. Cabe entender una responsabilidad con inversión de la prueba de la culpa y el contratista puede exonerarse de responsabilidad si prueba que ha actuado con diligencia. Desde esta perspectiva habría que decir que la responsabilidad sigue anclada en la idea tradicional de culpa. O cabe entender que el deudor responde directamente de los riesgos relacionados con el cumplimiento de la obligación y sólo se exonera de responsabilidad si demuestra que los daños que reclama el acreedor han sido ocasionados por un evento que es ajeno por completo a la actividad de cumplimiento o de realización de la obra. Desde este punto de vista la responsabilidad funciona con criterios objetivos. En esencia este punto de vista consiste en una distribución de la responsabilidad: los riesgos característicos relacionados con el cumplimiento de la obligación deciden la responsabilidad del contratista y los eventos dañosos que pudieran llamarse *cause étrangère* son liberatorios de la responsabilidad. De todos modos hay que precisar que las diferencias entre una y otra justificación de la responsabilidad del deudor son más aparentes que reales. A medida

²⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («BOE» de 30 de noviembre de 2007).

que el criterio judicial sobre la diligencia se hace más riguroso se van acortando las distancias de orden práctico con el criterio de la responsabilidad objetiva. Todo es cuestión de estirar convenientemente la medida de la diligencia exigible y la responsabilidad por culpa puede coincidir prácticamente con los riesgos característicos de la actividad de cumplimiento

Estos planteamientos ponen de relieve que la justificación dogmática de la distinción entre las obligaciones de medios y resultado es más endeble de lo que a primera vista puede parecer. En esta línea de pensamiento se han propuesto conceptos intermedios de las obligaciones de hacer. Se habla de *obligaciones de medios reforzadas* y de *obligaciones de resultado atenuadas* para los casos en que existe inversión de la prueba de la culpa y los contratos de obras y de servicios llegan a un punto común en la responsabilidad por incumplimiento³⁰.

2. LAS NUEVAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

Para entender lo que ocurre en la realidad hay que considerar la diversidad de los contratos que van surgiendo en la práctica. Los modelos tradicionales de las obligaciones de hacer van adquiriendo matices peculiares según las cambiantes necesidades económicas. En algunos casos el criterio judicial ha considerado versiones modernas de los contratos de obras y servicios. Por ejemplo, el contrato de cirugía estética ha sido considerado un contrato de obra con características peculiares. En otros casos, los tribunales han seguido un criterio más flexible sobre los contratos atípicos que adquieren un significado propio por una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social. En estos casos, no importa tanto la calificación tradicional del contrato, de obra o de un servicio, y lo más relevante es decidir las particularidades que distinguen un modelo de contrato que se repite en la práctica. Ocurre como si se estuviese considerando una categoría muy amplia que tiene por objeto las prestaciones de hacer a cambio de una remuneración y después esta categoría general se va diversificando en grupos de contratos cada uno de ellos con un sello propio. De esta manera se puede hablar de tipicidad social para hacer referencia a los contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la realidad social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

³⁰ TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999.

La cuestión principal que se discute en la práctica judicial es la naturaleza de la obligación que está en juego: si el profesional está obligado a realizar un resultado concreto o meramente está obligado a prestar una actividad con diligencia. Por otra parte, el contrato puede tener por objeto una prestación de hacer de tracto sucesivo o de tracto único³¹. Estos criterios deben adaptarse a las peculiaridades de cada sector económico y profesional. Es frecuente que la prestación de un servicio se contrate para un plazo de tiempo determinado o por tiempo indefinido³². La prestación de una obra consiste normalmente en una prestación de tracto único. Pero estos criterios no son definitivos y se conocen variantes según los usos sociales. Determinados servicios se suelen contratar para una prestación de tracto único (una sesión de masajes o de peluquería y la asistencia jurídica para un asunto concreto) y determinadas obras se contratan para resultados continuados en el tiempo.

La retribución o el precio de los servicios se suele determinar por unidades de tiempo. Pero a veces el servicio se contrata a tanto alzado o por comisión en relación con los beneficios económicos obtenidos por el cliente con la utilidad del servicio. Las partes contratantes pueden, incluso, decidir la combinación de varias modalidades de pago al mismo tiempo. Algo parecido ocurre en relación con la contratación de una obra y, aunque es bastante usual el precio a tanto alzado, se conocen otras prácticas como la determinación del precio por unidades de tiempo, el precio fraccionado por entregas parciales o la fijación del precio por *administración o economía* y la retribución se fija en un porcentaje del presupuesto total de la obra.

Se ha señalado que el contratista puede decidir normalmente con mucha independencia la forma de organizar el cumplimiento de la prestación debida³³. Incluso puede subcontratar la ejecución de la obra con otra empresa que actúa con independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad contractual por hecho ajeno (art. 1596 CC). Es preciso tener en cuenta que este criterio de interpretación es relativo y actualmente ocurre una tendencia generalizada hacia la especialización de las actividades profesionales. Las prestaciones de hacer requieren con carácter general una actividad muy cualificada y los servicios y las obras se realizan de igual

³¹ ÁLBACAR LÓPEZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. V, p. 1146.

³² BUSTO LAGO, «El contrato de arrendamiento de servicios», en *Tratado de Contratos*, T. III, director Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2009, pp. 2904.

³³ Gete Alonso y Calera ha defendido esta opinión. Entiende que en el contrato de arrendamientos de servicios la actividad aparece planificada por el cliente y el prestador del servicio es un mero auxiliar que ejecuta una actividad ajena; en cambio, el contratista de una obra actúa con plena independencia técnica (*Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1978).

manera con una independencia profesional muy parecida³⁴. Por otra parte, en tiempos anteriores, el cliente contrataba normalmente un servicio *intuitu personae*. Actualmente las cosas han cambiado. Lo que espera el cliente es la prestación de un servicio con diligencia y tiene mucha menos importancia quién ejecuta personalmente la actividad. Es bastante frecuente el ejercicio colectivo de las profesiones³⁵. Asimismo el deudor de una prestación de servicios utiliza normalmente auxiliares en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

Todos estos elementos que hemos mencionado se combinan después en la práctica de distintas maneras según las exigencias económicas de cada sector económico y profesional. Van surgiendo así nuevos modelos de contratación que tienen un sello propio. Ha ocurrido que la regulación legal de los contratos de obras y de servicios no ha ofrecido soluciones adecuadas a los problemas de orden práctico y los usos de la práctica han marcado el ritmo de la contratación de las prestaciones de hacer. Y, por lo demás, rigen las reglas generales de las obligaciones y contratos.

3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES: LAS OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES

Si se analiza la jurisprudencia sobre los contratos de obras y de servicios se puede comprender que el criterio judicial ha decidido una relación más estrecha de cooperación entre las partes contratantes. El instrumento para realizar esta razón ha sido fundamentalmente la integración del contrato con deberes de información con fundamento en el artículo 1258 CC. Se plantea, en realidad, un problema sobre la distribución de los riesgos de la información. En este sentido la tendencia de la práctica ha sido decidir que cada parte contratante tiene a su cargo el deber de informar de aquellos hechos que conoce o puede razonablemente conocer y que influyen de manera decisiva en los intereses de la otra parte. Estos deberes de información están justificados tanto en la fase preliminar para que el contrato ocurra sobre una base más realista como en la fase de ejecución de la prestación para que las partes puedan realizar las modificaciones del contrato pertinentes según la información que reciben.

³⁴ VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, Granada, 2005, p. 80.

³⁵ *Ad exemplum* pueden consultarse los artículos 27-29 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, Estatuto General de la Abogacía.

Este proceso ha ocurrido como un desarrollo general en todos los ámbitos económicos y profesionales para favorecer la eficacia de los contratos. Lo que está en juego es que el intercambio de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra a cambio de un precio ocurra de la mejor manera para satisfacer «efectivamente» las expectativas de las partes contratantes y no se desperdicien esfuerzos que serían lastres negativos de la lógica del contrato.

Hay que aclarar que el criterio judicial ha sido especialmente estricto en relación con los profesionales y a la par que se ha acentuando el rigor de la diligencia exigible en el cumplimiento del servicio se han desarrollando los deberes de información sobre los riesgos de la contratación que influyen en los intereses del cliente. En este sentido se ha producido un mestizaje característico entre la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y el criterio de la diligencia profesional (arts. 1258 y 1104 CC).

Finalmente hay que precisar que buena parte de los logros de la jurisprudencia en esta materia han sido aprendidos en ámbitos particulares de la regulación legal de los servicios profesionales³⁶.

4. LOS GRUPOS DE CONTRATOS EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS ECONÓMICOS Y PROFESIONALES

a) Contratación de servicios médicos: Existe una doctrina jurisprudencial de mucha tradición en relación con la prestación de los servicios médicos y las sentencias repiten, casi a modo de estribillo, el mismo discurso: *dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, ésta no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica* (STS de 12 de febrero de 1990 R. 677). La relación entre el médico y el paciente debe ser considerada por tendencia un contrato de servicios³⁷. Hay que aclarar que la jurisprudencia ha desarrollado un criterio muy estricto sobre la diligencia exigible a los profesionales de la medicina. El médico no solamente tiene que realizar la asistencia médica en sí misma considerada según la *lex artis*. Además de ello, tiene el deber de informar al paciente de forma exhaustiva sobre el diagnóstico, los

³⁶ Ley 41/2002, de 14 noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*; Real Decreto 658/2001, de 22 junio, Estatuto General de la Abogacía.

³⁷ Sobre la jurisprudencia sobre la materia puede consultarse, NAVARRO FERNÁNDEZ y ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 3212 y ss.

diferentes tratamientos que son posibles y los riesgos característicos de cada tratamiento y también sobre el material o instrumentos que hay que emplear para realizar el tratamiento. Estos deberes de información han sido definidos, incluso, en normas legales³⁸. Y, a mayores, el médico también debe realizar una diligencia especial para mantener en buenas condiciones la salud general del paciente y asimismo prevenir las recaídas de la enfermedad³⁹.

El punto de vista general sobre el contrato de servicios entre el médico y el paciente tiene excepciones particulares en relación con determinadas prestaciones médicas que, por sus particularidades, han sido consideradas de forma más estricta y se ha interpretado que el médico está obligado a obtener un resultado concreto para cumplir el contrato. Así, por ejemplo, en relación con la cirugía estética o el tratamiento de odontología para la implantación de prótesis dentarias, se ha considerado que el médico debe realizar el resultado particular que ha sido contratado (SSTS de 11 de febrero de 1997, R. 940, de 24 de septiembre de 1999, R. 7272, de 5 de diciembre de 2006, R. 232]. En algunos casos, la jurisprudencia ha decidido un contrato médico a medio camino entre la obtención de un resultado y la prestación de una actividad con diligencia. Como ejemplo de esta tendencia cabe mencionar la operación de vasectomía que ha sido valorada por la jurisprudencia como una obligación de resultado con características particulares. Se podría decir que es una obligación de resultado rebajada de grado porque se ha tenido en cuenta que existe siempre un margen de riesgos que el médico no puede controlar y, después de la operación de vasectomía, puede ocurrir una *recanalización espontánea del conducto* (STS de 29 de octubre de 2004 R. 7218). En este caso no importa tanto la calificación del contrato, de obra o de un servicio, y ocurre más bien un criterio que incide sobre las características particulares de la prestación que es objeto del contrato.

b) Contratación de los servicios de un abogado: la tendencia general ha sido considerar la relación entre el abogado y su cliente como un contrato de servicios profesionales: el abogado está obligado a prestar asesoramiento o asistencia jurídica a su cliente y debe actuar con la diligencia exigible en las circunstancias del caso

³⁸ Ley 41/2002, de 14 noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

³⁹ Sobre los criterios de la diligencia exigible según la *lex artis* pueden consultarse las siguientes referencias jurisprudenciales que dicen claramente los deberes de cuidado y asistencia médica y asimismo los deberes de información: STS de 25 de abril de 1994 R. 3073, comentada por LLAMAS POMBO: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 36-año 1994, pp. 1011 y ss. En el mismo sentido SSTS de 11 de febrero de 1997 R. 940-7 de mayo de 1997 R. 3874. También cabe señalar las consideraciones de la STS de 5 de diciembre de 2006 R. 2007/232 sobre los deberes morales para el bienestar psicológico del paciente.

concreto (SSTS de 9 de mayo de 2005 R. 4682, 23 de marzo de 2007 R. 1542 y 16 de abril de 2008 R. 4357). El criterio judicial exige una diligencia profesional muy estricta y el abogado debe conocer completamente todas las perspectivas jurídicas del problema para realizar cumplidamente el asesoramiento o la defensa judicial de su cliente. La *lex artis* exige lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales y los indispensables conocimientos de la ley. Asimismo cabe considerar el deber de guardar secreto⁴⁰. El Estatuto de la Abogacía dice claramente estos criterios sobre la diligencia del abogado *en el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y guardando el secreto profesional, atendiendo a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica del asunto*⁴¹. El abogado también está obligado a informar al cliente sobre los pros y los contras del proceso judicial, y, en particular, ha de explicar los costes económicos del proceso, la gravedad de la situación y las probabilidades de éxito o fracaso de la reclamación judicial, según las exigencias de la buena fe en las relaciones contractuales (art. 1258 CC). Sin embargo, en términos generales, el abogado no está obligado a obtener un resultado que sea ventajoso para los intereses del cliente. Cumple si realiza la actividad de asesoramiento y defensa jurídica del cliente con la diligencia adecuada. En este sentido, el criterio judicial ha señalado reiteradamente que *la obligación esencial del asesoramiento jurídico es una obligación de actividad o de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de una forma correcta* (STS de 8 de agosto de 2000 R. 3372).

Este criterio evidentemente no es absoluto en la jurisprudencia. Algunas relaciones características entre el abogado y su cliente tienen por objeto la obtención de un resultado concreto y desde este punto de vista hay que considerar un contrato de obra: así, por ejemplo, si el objeto del contrato consiste en realizar un dictamen jurídico o los estatutos de una sociedad o la redacción de un *contrato* (SSTS de 31 de mayo de 1991 R. 3954 y de 28 de enero de 1998 R. 357).

⁴⁰ El modelo de diligencia exigible en la práctica de la abogacía se puede aprender en las SSTS de 14 de mayo de 1999 R. 3106, 13 de mayo de 1999 R. 6148, 8 de febrero de 2000 R. 842, 12 de diciembre de 2003 R. 9285, 9 de julio de 2004 R. 5121, 14 de diciembre de 2005 R. 2006/1225 y 23 de mayo de 2006 R. 5827. Para un análisis exhaustivo sobre la jurisprudencia en la materia puede consultarse NAVARRO FERNÁNDEZ/ALONSO PÉREZ, «comentarios de los artículos 1584-1587 CC», *Jurisprudencia civil Comentada-III*, dir. Pasquau Liaño, 2.ª ed., 2009, pp. 3198 y ss.

⁴¹ Al respecto, *sobre los derechos y deberes de los abogados en relación con las partes*, pueden consultarse los artículos 42-43 –Real Decreto 658/2001, de 22 junio, Estatuto General de la Abogacía.

La relación obligatoria entre el procurador y el cliente ha sido considerada normalmente como un contrato de servicios profesional. El cumplimiento del servicio debe ajustarse a la diligencia razonablemente exigible según su naturaleza y las circunstancias del caso concreto. La responsabilidad del profesional está justificada por culpa o negligencia (STS de 12 de mayo de 2009 R. 2919).

c) Contratos de arquitectura: Las relaciones entre un arquitecto y su cliente han sido consideradas como un contrato de obra o un contrato de servicios dependiendo de la modalidad de la prestación que, en cada caso, es objeto del contrato. Si el arquitecto se compromete a realizar un proyecto, la tendencia general ha sido evidentemente decidir un contrato de obra en relación con la obligación de obtener un resultado determinado (SSTS de 29 de junio de 1984 R. 3441, 23 de marzo de 1995 R. 2395 y 2 de marzo de 2007 R. 1763). Por otra parte, si el arquitecto se compromete a la dirección y control de la ejecución de una obra, las relaciones profesionales con el cliente se han considerado normalmente, por tendencia, un contrato de servicios (SSTS de 5 de diciembre de 1986 R. 7441 y 18 de mayo de 2007 R. 3116). Sin embargo no existe un criterio uniforme y algunas sentencias han considerado que el contrato de dirección es un contrato de obra (28 de junio de 1995 R. 5314 y 2 de octubre de 1995 R. 6975). Las relaciones entre el profesional y el cliente son a veces muy complejas y tienen por objeto la ejecución de una serie de proyectos y también la dirección de obra. En este sentido, cabría considerar un contrato complejo: *de obra y de realizar un servicio profesional*, al mismo tiempo.

d) La jurisprudencia ha considerado que el contrato de aparcamientos de vehículos en lugares públicos por tiempo determinado a cambio de precio es un contrato atípico que participa de las características de diferentes contratos. Cabe considerar que es un contrato relacionado con el arrendamiento de cosas, el depósito y la prestación de un servicio de seguridad. Para distinguir el objeto de la obligación de seguridad ha sido valorada fundamentalmente la tipicidad social que indica una obligación de custodia y de vigilancia y ello ha propiciado el criterio de la responsabilidad por culpa. Hay que precisar que la diligencia que debe prestar el deudor en la actividad de vigilancia de los vehículos ha sido valorada de forma muy estricta. Desde este punto de vista, la responsabilidad por incumplimiento de los deberes de vigilancia ocurre con mucha facilidad. El criterio judicial aprecia en casi todos los casos una culpa, una falta o un error del deudor que, por muy leve que sea, justifica la responsabilidad por el robo o por los daños en el vehículo. Siguiendo sólo un poco más por esta misma vía, cabría

considerar una responsabilidad objetiva a modo de garantía de la restitución del vehículos sin daños (SSAP de Madrid de 5 de febrero de 2000, AC. 850, de Barcelona de 22 de abril de 2002, AC. 1137). Las tendencias que se han desarrollado en la práctica han sido aprendidas por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, *reguladora del contrato de aparcamientos de vehículos*.

e) El contrato de hospedaje se ha desarrollado en la práctica jurídica en relación con dos obligaciones características a cargo del empresario hotelero: por una parte, la cesión del uso de una habitación que es una prestación típica del arrendamiento de cosas y, por otra parte, la obligación de custodia de los objetos que el cliente introduce en el hotel que modernamente puede ser considerada como la prestación de un servicio de seguridad. Las medidas de vigilancia y de control que debe realizar el empresario para la custodia de las pertenencias del cliente se consideran con mucho rigor y el nivel de la diligencia exigible se ha colocado también muy alto siguiendo la tendencia general que ocurre en el ejercicio de las actividades profesionales. En este sentido, la jurisprudencia decide con mucha facilidad la responsabilidad por culpa y prácticamente los daños en las pertenencias de los clientes que ocurren en el ámbito del hotel corren por cuenta y riesgo del empresario (SSTS de 10 de julio de 1989 R. 5419 y 15 de marzo de 1990 R. 1696).

f) El contrato de vigilancia de las instalaciones de una obra en construcción ha sido calificado como un contrato de servicios que tiene por objeto *labores de vigilancia y seguridad*. El criterio judicial exige una diligencia profesional estricta en el cumplimiento de las tareas de vigilancia y, más concretamente, el vigilante tiene bajo su responsabilidad la adecuación de servicio que debe prestar en relación con los bienes protegidos, teniendo en cuenta los riesgos a cubrir. En este sentido se decide la responsabilidad por culpa en relación con los daños que ocasiona un incendio que ocurre en una obra en construcción porque el vigilante no adoptó los cuidados ni las medidas de seguridad que eran exigibles en las circunstancias del caso concreto (STS de 17 de marzo de 2011 R. 2883).

g) El contrato de limpieza ha sido calificado como un *contrato* con relaciones jurídicas complejas. Este criterio quiere expresar la idea de un contrato con un sello propio que no se corresponde con la distinción clásica entre la contratación de una obra o un servicio. En este sentido el criterio judicial distingue con especial cuidado el objeto característico de este contrato que es la puesta a disposición de personal, máquinas y materiales para la limpieza (STS de 14 de febrero de 2011 R. 443).