

Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Professora titular de Dret Civil, Universitat de Barcelona

SUMARI

I. INTRODUCCIÓ	2
II. ELS SERVEIS SEGONS LA LòGICA DEL MERCAT: EL DRET COMUNITARI PRIMARI I SECUNDARI	2
III. LA LòGICA DEL DRET PRIVAT: ELS DRETS NACIONALS	3
1. La pluralitat de plantejaments	4
2. La coexistència de tipus especials: mandat i dipòsit.....	4
2.1 El mandat.....	4
2.2 El dipòsit	5
IV. UN DRET GENERAL DELS CONTRACTES DE SERVEIS A EUROPA: EL DCFR	6
1. Definició del contracte de prestació d'un servei	6
2. Descripció de models bàsics d'activitat	7
3. Normes generals aplicables al tots els contractes de serveis	7
V. EL CONTRACTE DE SERVEIS EN LA FUTURA REGULACIÓ DEL LLIBRE VIÈ CC CAT.....	8
1. Terminologia	8
2. Continguts	8
3. Zones grises	9

I. INTRODUCCIÓ

A finals de l'any 2009 es va crear una comissió per treballar sobre els contractes de serveis a Catalunya, d'acord amb la pretensió de l'Observatori de Dret Privat d'incorporar la regulació d'aquest contracte en el Llibre VI CC Cat. La Comissió està presidida pel Dr. Josep Ferrer (professor de la UPF) i composta per la Dra. Miriam Anderson (professora UB), el Dr. Carlos Gómez (professor de la UPF) i jo mateixa.

D'acord amb el títol d'aquesta ponència, es tracta de determinar què és o a què li diem contracte de servei i si cal delimitar-ho respecte del contracte d'obra; si algun dels contractes tradicionalment exclosos s'hi haurien d'entendre compresos (dipòsit, mandat); i apuntar alguns criteris que haurien de permetre tipificar com a venda o servei els contractes mixtos. Per fer-ho, cal presentar a grans trets quina és la perspectiva que ofereix el Dret comunitari, els ordenaments jurídics nacionals i, en particular, la regulació innovadora del Projecte acadèmic de Marc Comú de Referència (en endavant en les sigles en anglès, DCFR). Aquest darrer document ofereix una regulació de la que molts ordenaments jurídics estan mancats i, per tant, el seu estudi pot ésser d'utilitat a l'hora de regular aquesta matèria en el Llibre VIè.

II. ELS SERVEIS SEGONS LA LòGICA DEL MERCAT: EL DRET COMUNITARI PRIMARI I SECUNDARI

L'art. 57 TFUE considera que és servei la prestació realitzada a canvi d'una remuneració, sempre que no s'hagin d'aplicar preferentment les disposicions relatives a la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones. És una definició que serveix per a delimitar l'àmbit respectiu de les llibertats comunitàries, però és insuficient per a construir una regulació de Dret privat. El mateix pot dir-se de l'art. 4 Dir. 2006/123, sobre serveis en el mercat interior, segons el qual és servei qualsevol activitat econòmica per compte propi, prestada a canvi d'una remuneració, contemplada en l'art. 50 TCE (= art. 57 TFUE). Tot i que aquesta definició va més enllà que l'anterior, en exclou expressament el contracte de treball ("per compte propi"), només serveix per delimitar l'àmbit d'aplicació de la norma, que no és altre que facilitar l'eliminació d'obstacles per crear un mercat competitiu entre els Estats membres, i la lliure circulació transfronterera dels prestadors de serveis. Una i altra definició tenen en comú que identifiquen l'expressió "prestació d'un servei" amb una activitat econòmica ("a canvi d'una remuneració") sigui quin sigui el sector (*vgr.* l'allotjament, el transport, la restauració, l'espectacle, l'artesania, el finançament, el turisme, el de les professions regulades, l'ensenyament, etc.). Sens dubte, tots aquests sectors d'activitats poden desdoblar-se en tipus contractuals diversos,

però *jurídicament* no existeix una categoria genèrica o un contracte arquetípic de prestació de serveis del qual aquells s'esqueixarien, segons la lògica del Dret privat. Tot el contrari, el Dret comunitari es regeix per la lògica del mercat i, per tant, els “serveis” només existeixen com a categoria econòmica.

Generalment, les directives comunitàries descriuen el servei de forma negativa, per allò que no és: no ho és si l'objecte de la prestació consisteix en el lliurament de béns a canvi d'una remuneració. Això és, és “servei” allò que no és “venda”. Això fa que entre els contractes de serveis s'hi comptin, per exemple, els de cessió de l'ús d'una cosa, com ara l'arrendament d'immobles (art. 3.1 quart guió Dir. 97/7), l'arrendament financer (art. 120 Dir. 2006/48, de 14 de juny, *relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio*), o l'arrendament a distància de béns mobles, com ara un vehicle (que la sentència EasyCar, de 10 de març de 2005, considera inclòs dins del servei de transport). Addicionalment, de vegades es planteja la dificultat de determinar el tipus contractual quan la naturalesa del bé no és corporal o tangible. Vgr. si el client sol·licita en un contracte a distància vídeos, discs i programes informàtics que l'empresari li envia per correu postal en un CD, la naturalesa tangible del producte permetria entendre que estem davant d'una venda de béns. En canvi, si els fitxers informàtics (que també poden contenir vídeos o música) es subministren per via electrònica i es descarreguen en l'ordinador del consumidor, l'art. 2.4 Proposta de Directiva sobre Drets dels Consumidors considera que això és prestació d'un servei. La qüestió pot ser important a l'hora de regular el dret de desistiment (quan n'hi hagi).

La raó d'aquesta ambigüitat en les definicions és que cada directiva amplia o restringeix els conceptes i/o la seva interpretació segons un criteri teleològic, que menysprea la tipologia contractual en benefici de l'eficiència o utilitat de la regulació de determinats àmbits d'activitat comercial segmentats *a priori* i *ad hoc*. D'aquí que “el comerç de béns i serveis” sigui qualificat de servei *tout court* als efectes d'interpretar la Dir. 123/2006. O que, com ja he dit, el contracte de lloguer de vehicles sigui reputat “servei de transport” a l'hora de delimitar l'abast de les excepcions de la Dir. 97/7.

III. LA Lògica DEL DRET PRIVAT: ELS DRETS NACIONALS

Fer una definició precisa del contracte de serveis que agrupi els trets comuns a la regulació prevista en cada ordenament jurídic és complicat, perquè no hi ha una definició del “contracte de servei” que doni cabuda a la multiplicitat de significats que conté, ni que per si mateixa sigui indicativa de la varietat de contractes que hom pot entendre compresos, molts d'ells, d'altra banda, de creació jurisprudencial.

1. La pluralitat de plantejaments

En alguns codis civils la prestació de serveis inclou també l'obra (Portugal) o la inversa (França, Itàlia); o, contràriament, servei i obra són tipus contractuals independents i, en aquest cas, bé mantenint la clàssica denominació de "lloguer" o "arrendament" (Espanya), bé encunyant una nova terminologia (*Dienstvertrag*, *Werkvertrag*) (Alemanya, Àustria).

Són també diferents els criteris que serveixen per a aclarir què s'ha d'entendre en cada cas per "obra" i què per "servei". Alguns ordenaments (Alemanya, Àustria) discriminen en funció de l'"activitat" (*Tätigkeit*) i el "resultat" (*Erfolg*). D'altres ordenaments, en canvi, s'acullen a un criteri diferent, com ara el règim de dependència o independència amb què es du a terme el treball (França). Segons això, és contracte de servei o contracte de treball a l'empresa l'arrendament de treball subordinat; i és contracte d'obra el de treball autònom o independent, sens perjudici que, en aquest darrer cas, s'hagi de procedir a ulteriors distincions, segons que es tracti de realitzar una obra o de prestar un servei (en règim d'independència). En aquest darrer cas, s'ha consolidat una diferència entre obligacions de mitjans i obligacions de resultat que, en la pràctica, fa coincidir el model francès amb el germànic. És així també a Espanya, on la restricció en el CC de l'arrendament de serveis al treball subordinat o dependent ha donat com a resultat la derogació tàcita per la legislació laboral de les normes sobre arrendament de serveis codificades, exactament igual que en el Dret francès. El criteri de l'activitat/resultat ha estat, doncs, clau per a determinar quan la prestació no és una obra (resultat) i, en conseqüència, ha propiciat la creació d'un nou contracte de serveis, dins del qual trobarien acomodament, entre altres, les prestacions dels professionals liberals independents. Però a França, a diferència del que succeeix a Espanya, la prestació del deutor és una obligació de mitjans en un contracte tipificat com d'obra.

2. La coexistència de tipus especials: mandat i dipòsit

2.1 El mandat

La natural gratuïtat del mandat que, en el Dret romà, permetia excloure de la *locatio conductio* els contractes que tenien per objecte una prestació intel·lectual i de prestigi, no és un criteri adequat per determinar quines normes han de regir els serveis dels professionals liberals, tota vegada que, en la majoria de codificacions modernes, es permet la remuneració del mandatari i, com en el dret espanyol, s'introdueix la presumpció d'onerositat pel cas que el mandatari tingui per ocupació "*los servicios de la especie a que se refiere el mandato*" (art. 1711.2 CC esp.). Tal vegada caldria pensar que això darrer inclou tota mena de serveis i, en el que ara interessa, els dels professionals liberals, almenys en la mesura en què no fossin aplicables les normes del contracte d'obra (tipificat pel "resultat"). Aquest enfocament

ment, però, no ha resistit el pas del temps. La conseqüència ha estat l'ampliació de l'àmbit d'aplicació del contracte de serveis, en la definició del qual, per tant, ja no es té en compte el criteri de la dependència o subordinació, que quedaria reservat pel contracte que implica una relació laboral. El resultat és la creació d'un contracte atípic de serveis sobre la molt feble base que encara proporcionaria l'art. 1544 CC.

Altres codificacions, per contra, fidels a la naturalesa gratuïta del mandat (§ 662 BGB) reconduïxen les *artes liberales* al *Dienstvertrag*, sens perjudici que, quan escaigui -això és, quan no hi hagi vincle de subordinació i l'obra o servei consisteixi en una gestió de negocis- s'entenguin aplicables algunes de les normes pròpies del mandat (§ 675 BGB; *vid.* també, § 1151.2 ABGB).

En altres ordenaments jurídics, com el suís o el neerlandès, el legislador ha optat per una concepció molt àmplia del contracte de mandat (art. 394.2 CO suís; art. 7:400 BW) del que se n'esqueixen distintes modalitats contractuals. Un plantejament similar, encara que formalment la presentació sigui una altra, és el del CC portuguès, que ha previst una regulació del contracte de serveis (art. 1154), en què el mandat és un dels tipus (art. 1155). De fet, el principal, tenint en compte que les seves normes s'apliquen supletòriament als contractes de serveis no especialment regulats en el CC (art. 1156) i que aquest només en regula dos: concretament, l'obra i el dipòsit. A Navarra, les normes del contracte de mandat i de gestió de negocis aliens són igualment aplicables al contracte de prestació de serveis (Ley 562), que la llei no defineix (però *vid.* Ley 28, amb especial referència als serveis professionals i dels comerciants) i pel qual no es preveu una regulació concreta.

En el DCFR, el mandat no forma part de la regulació dels contractes de serveis. Queda limitat a actes jurídics (IV D - 1:101) i, en cas de solapament, les normes del mandat són preferents (IV. C - 1: 103, a; IV D - 1:101, 5).

2.2 El dipòsit

En el Dret romà, igual que la *locatio conductio*, el mandat cobria un ampli ventall de situacions, però si consistia en lliurar una cosa per a la seva custòdia, llavors emergia un nou tipus contractual, el real *quoad constitutionem* de dipòsit que, igual que aquell, era també gratuït. A més, es limitava als béns mobles. Són dos requisits que exigeixen encara algunes codificacions modernes (art. 1917 CC fr.), per bé que d'altres han assuaujat el de la gratuïtat (art. 1760 CC esp., art. 1767 CC it, § 969 ABGB, § 689 BGB, art. 7:601 BW) i tampoc no manquen les que admeten el dipòsit de béns immobles (§ 960 ABGB; art. 1185 CC portuguès) o prescindeixen del lliurament de la cosa com a índex del tipus (art. 7:600 BW).

Només el CC portuguès reestructura la presentació sistemàtica tradicional i contempla expressament el dipòsit com un subtipus especial del contracte de serveis

(art. 1155). És ara, també, el plantejament que segueix el DCFR que, addicionalment, converteix el contracte en consensual (IV C - 5:101 a 110) i que, tot i que no admet el dipòsit de béns immobles, l'estén als béns incorporals (IV.C - 5: 101): *vgr.* contracte per emmagatzemar arxius informàtics en un servidor.

IV. UN DRET GENERAL DELS CONTRACTES DE SERVEIS A EUROPA: EL DCFR

El DCFR ofereix una regulació del que podria ésser considerat el Dret dels contractes de serveis a Europa. La perspectiva és innovadora perquè proporciona una regulació autònoma del contracte de prestació de serveis que no es basa directament en cap model nacional (i aquí radica la crítica principal dels seus detractors). En primer lloc, prescindeix de tipificar “contractes d’obra” i “contractes de serveis” com a modalitats distintes i, en el seu lloc, contempla un únic contracte de serveis que pot donar lloc o no a la consecució d’un resultat. En segon lloc, redueix una gran part de les prestacions de serveis a tipus contractuals específics i ho fa present en consideració models d’activitat i no sectors professionals concrets. I, en tercer lloc, estableix unes normes generals en principi aplicables a tots els contractes de serveis i, per tant, també als que no regula expressament (sempre que no estiguin expressament exclosos, com ara el contracte de transport o de serveis financers).

1. Definició del contracte de prestació d’un servei

Lart. IV C - 1.101 a DCFR defineix el contracte de prestació de servei de forma bastant simple, en el que la paraula definida forma part de la definició: “contracte en virtut del qual el prestador de serveis executa un servei per a un client”. Però els comentaris aclareixen la definició: tot el treball que realitza el prestador de serveis en benefici del client que l’hi encarrega, d’acord amb les seves instruccions i necessitats, és contracte de serveis, sense perjudici que aquest treball, exigint o no el lliurament de materials per part del client, doni lloc a un resultat material i tangible (construcció d’una obra nova, moble o immoble); o que aquest resultat sigui de naturalesa immaterial (disseny de l’estructura d’un bé, o la redacció d’un informe o d’un dictamen); o que l’activitat no doni lloc a cap nou bé o entitat (dipòsit de cosa moble, serveis de manteniment d’un bé moble o immoble; tractaments mèdics).

Lonerositat no forma part del tipus perquè s’admeten contractes de serveis gratuïts (IV.C - 1: 101,1 b). Amb tot, les normes del DCFR parteixen de la consideració que el normal serà pactar un preu (IV.C - 1:101,1 a), que es presumeix quan el prestador de serveis sigui un empresari o professional (IV.C - 2:101). Aquesta presumpció

determina que la no fixació inicial del preu no comporti la nul·litat del contracte. En aquest cas, les parts han de sotmetre's a les regles de determinació subsidiària que estableix l'art. II- 9:104 DCFR. La gratuïtat s'ha de pactar expressament i serà tinguda en compte a l'hora d'apreciar la diligència exigible (IV.C - 2:105,4 *d*) o interpretar les expectatives del client en torn al molt o poc raonable que pugui ser esperar un determinat resultat (IV.C - 2:106, 1 *a*) i és una dada que pot coadjuvar a modificar la regulació prevista per a cada contracte en particular.

2. Descripció de models bàsics d'activitat

Es tracta de tipus *funcionals* genèrics, a partir de la descripció d'activitats bàsiques a les que es poden reconduir una pluralitat de contractes pels quals els drets nacionals preveuen disposicions concretes o als que en tot cas s'apliquen les respectives normes (legals, jurisprudencials o redactades en contractes marc) sobre contracte d'obra o de servei. El resultat és un nou "Dret dels serveis", que incorpora elements d'aquests dos grans tipus contractuals genèrics (obra i servei), a base d'eliminar l'especialitat dels tipus socialment considerats (*vgr.* contractes amb arquitectes, metges o assessors financers) i crear-ne d'altres més abstractes que només tenen en compte categories d'activitats. El DCFR dissenya un nombre "manejable" de categories i no és, per tant, exhaustiu. Es regulen, en concret, els següents contractes: construcció (*construction*), treball sobre un bé (*processing*), dipòsit (*storage*), disseny (*disseny*), informació (*information*) i tractaments (*treatment*).

3. Normes generals aplicables al tots els contractes de serveis

El Cap. 2 DCFR estableix els deures de les parts en ordre a una correcta execució del servei. S'apliquen als sis tipus bàsics concretament regulats en la part especial i encara a d'altres no regulats, sempre que no estiguin expressament exclosos de la Part IV.C. Es contemplen, doncs, en abstracte, regles que poden contribuir a guiar la relació contractual de les parts. Es parteix de la idea que la col·laboració prèvia i al llarg de la durada del contracte és inherent al tots els contractes de serveis i que la comunicació continuada entre les parts pot ajudar a prevenir problemes o a solucionar-los a mesura que es vagin presentant. Per això, es regulen una sèrie de deures o pretensions secundàries, la infracció de les quals repercuteix en la valoració final sobre el compliment de la prestació principal.

V. EL CONTRACTE DE SERVEIS EN LA FUTURA REGULACIÓ DEL LLIBRE VIÈ CCCAT.

L'explicació dels epígrafs precedents ha permès destacar algunes idees que poden ser d'utilitat al legislador català a l'hora d'abordar la regulació del contracte de serveis. Algunes qüestions són purament terminològiques, d'altres de continguts i algunes d'elles constitueixen zones grises que exigiran encara prendre algunes decisions de política legislativa i coordinació amb la comissió que treballa actualment sobre el contracte de compravenda.

1. Terminologia

D'entrada sembla clar que cal abandonar la denominació d'arrendament de serveis, encara utilitzada en el CC espanyol. Socialment, el terme apareix en desús, i jurídicament és incorrecte quan l'important ja no és el fet de considerar unitàriament el fet "posar a disposició" d'un altre una cosa o treball a canvi d'un preu, sinó les modalitats concretes en què consisteix la prestació.

2. Continguts

És evident que els serveis als que s'hauria de circumscriure la regulació són el de treball autònom i independent, això és, els contractes que no queden sotmesos al Dret laboral. El pas següent és determinar si s'ha d'adoptar una concepció àmplia del servei que no es limiti a les prestacions de mera activitat o si, tot el contrari, és millor decantar-se per dues modalitats contractuals distintes, això és, d'una banda el contracte d'obra (prestació que dona lloc a un resultat) i, de l'altra, el contracte de servei (prestació de treball en si mateixa considerada), cadascuna d'elles amb una regulació autònoma i independent. El problema d'aquest segon enfocament és que obliga a una definició del contracte d'obra que no sempre serà fàcil, tenint en compte que aquesta no necessàriament ha de limitar-se a la creació de nous béns materials, que els resultats immaterials poden plantejar problemes de delimitació amb els serveis i que l'obra tampoc sempre podrà identificar-se a partir de la seva autonomia quan s'incorpori a una altra cosa.

L'alternativa seria, potser, definir els contractes de serveis de la manera més simple i més àmplia possible, com aquells en què una part s'obliga envers l'altra a desenvolupar una activitat, a canvi o no de remuneració, i, addicionalment, preveure que aquest servei o activitat ha de donar lloc al resultat pactat o a aquell que raonablement pugui esperar el client. Caldria llavors incorporar una nova regla en què es donin criteris per a determinar aquest resultat. Haurà de dependre en cada cas de la determinació d'allò pel qual el deutor es compromet a respondre, a partir de la concreció de les expectatives del creditor. I si aquest no les formula expressament,

caldrà recórrer a un judici de probabilitat, en què les circumstàncies en què ha de dur-se a terme el servei coadjuvaran a establir quines eren aquestes i, per tant, a què s'obligava el deutor: el nivell de risc de la prestació, el preu acordat, la major o menor col·laboració del deutor, etc. No seria sobrer preveure-les com a regles de determinació subsidiària.

La definició del servei s'hauria d'inserir en un capítol de disposicions generals i les normes del Cap. 2 DCFR, amb les degudes adaptacions, poden servir de referència. Probablement, en un segon moment, caldrà abordar la redacció d'una part especial, amb la tipificació d'alguns contractes de serveis en particular. Atès que és impossible abastar la multiplicitat de serveis de la vida diària, de nou l'enfocament funcional adoptat pel DCFR pot ser un model a seguir. L'alternativa és centrar la regulació en els contractes d'algun sector professional concret i, probablement, el de construcció no hauria de quedar exclòs.

3. Zones grises

Es refereixen a la inclusió sistemàtica dels contractes de dipòsit i de mandat en el títol corresponent al contracte de serveis, així com a la delimitació amb la compravenda, quan aquest contracte comporti, addicionalment un servei o el servei consisteixi en la creació d'una obra (contracte de construcció).

Pel que fa al mandat, és evident que aquest pot tenir per objecte la mateixa categoria de prestacions que un contracte de serveis i també que el criteri de la remuneració no és determinant per a delimitar un i altre tipus. Ara bé, si circumscrivim el mandat als actes jurídics realitzats pel mandatari que, *en les seves relacions amb tercers persones*, repercuteixen en l'esfera jurídica patrimonial del mandant, resultaria que determinats serveis professionals es regirien exclusivament per les normes del contracte de serveis (*vgr.* metge, artesà, mecànic) i d'altres, addicionalment i eventual, per les del mandat (*vgr.* advocat, administrador patrimonial, assessor financer). Però, probablement, aquesta conclusió no hauria d'ésser obstacle per a considerar que el contracte de mandat és, també, un contracte de serveis.

Tocant al dipòsit, i vist que l'activitat de custòdia és un servei, no hauria d'existir inconvenient en contemplar-lo dins del mateix títol en què es regulin aquestes contractes. Si és així, la comissió haurà de plantejar-se si és convenient incloure el contracte d'aparcament de vehicle com a modalitat seva, sempre que el cotxe es dipositi en un pàrking tancat, en el que l'entrada i la sortida estiguin impedides per barreres i al que només es pugui accedir prèvia presentació del tiquet corresponent, tal i com preveuen els comentaris al DCFR (i, a Espanya, la L. 40/2002, de 14 de novembre, *reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos*).

I, finalment, la tercera qüestió és: cal incorporar normes sobre delimitació amb la compravenda quan es reguli el contracte de serveis? Si és que sí, encara caldria dis-

tingir en funció del tipus de serveis: *vgr.* venda i posterior instal·lació del bé; o venda d'un bé prèviament construït. La distinció és important, si la responsabilitat i/o la distribució dels riscos del venedor i el constructor són distintes. En el dret comparat s'utilitzen, entre altres, tres criteris: el de l'aportació de materials, el del treball que cal esmerçar en la producció del bé, el de l'existència o no d'instruccions del client. Cal considerar també la hipòtesis d'un contracte mixt, en el que a l'obligació de fer se li apliquin les normes del contracte de serveis i a la de donar les pròpies de la manca de conformitat amb el contracte de l'objecte resultant, segons les regles de la compravenda. És l'opció per la que es decanten els comentaris al DCFR, però cal tenir en compte que aquesta remissió només és pertinent en el cas de construcció de béns mobles que s'han de produir o manufacturar (IV.A - 1: 102).