

Què esperem d'una nova regulació dels serveis?

YAGO CUESTA
Advocat

SUMARI

I. ESTAT ACTUAL DE LA REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE SERVEIS.....	2
II. ELEMENTS A TENIR EN COMPTE EN UNA EVENTUAL REGULACIÓ DE LA PRESTACIÓ DE SERVEIS EN EL MARC DEL CCC.....	5

Aquestes línies pretenen ser una petita aportació des del món de la pràctica jurídica a la futura regulació del contracte de serveis en el marc del procés d'elaboració del Codi Civil de Catalunya ("CCC") i, en concret, del seu llibre sisè, predestinat pel legislador català a regular les obligacions i contractes a partir de l'actual llibre quart del Text Refós de la Compilació de Dret Civil de Catalunya¹. A tal efecte, donaré, en primer lloc, unes breus pinzellades sobre quina és, des del meu punt de vista (centrat, bàsicament, en la redacció i negociació de contractes de serveis) l'estat actual de la qüestió per tal de suggerir, en una segona part, alguns elements que, al meu entendre, hauria de contenir (o, més precisament, hauria de tenir en compte) una eventual regulació de la relació de prestació de serveis en l'àmbit del CCC².

¹ Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol.

² Les opinions contingudes en aquest escrit només reflecteixen el parer del seu autor i no vinculen en cap cas a la firma *Garrigues Abogados y Asesores Tributarios* ni representen cap presa de posició per part de l'esmentada entitat sobre les qüestions plantejades.

I. ESTAT ACTUAL DE LA REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE SERVEIS

La primera dada que destaca a l'hora d'encarar aquest tema és la manca de regulació actual de la prestació de serveis en el dret civil català i, alhora, la insuficient regulació del contracte de serveis (o, més, exactament, del contracte d'arrendament de serveis) en el Codi Civil espanyol ("CC"), certament més centrat en el trànsit de coses (obligacions de "donar") que en la prestació de serveis (obligacions de "fer"). En efecte, la minsa atenció que el CC dedica a l'arrendament de serveis no va, de fet, més enllà de la seva definició a l'article 1.544³ i de l'enumeració que l'article 1.583 fa de les modalitats temporals de l'arrendament de serveis de criats i treballadors assalariats⁴, convertint-lo en la pràctica en un contracte "*quasi atípic*"⁵ o en un contracte "*nomenat*"⁶ però atípic pel que fa a la seva regulació.

Aquesta manca de regulació general en l'àmbit del dret privat (civil i mercantil), unida a l'increment quantitatiu i qualitatiu dels serveis en el món actual (tant pel que fa a la diversitat d'activitats com a llur nivell de sofisticació), fan que, en la pràctica, tingui un paper essencial el principi d'autonomia de la voluntat (llibertat de pacte) entre les parts, emparats pel CC (article 1.255) i (encara amb més força) pel CCC (a través del principi de la llibertat civil establert a l'article 111-6). Així doncs, ja sigui en la redacció i negociació de contractes "a mida" amb clients d'especial importància (com ara, per exemple, per al desenvolupament de projectes de *software ad hoc*) o a l'hora de preparar condicions generals de contractació que el prestador de serveis predisposa amb caràcter general als seus potencials clients (per exemple, per a prestar serveis de càtering o de màrqueting), la tendència és utilitzar fins allà on resulti legalment possible el principi de l'autonomia de la voluntat de les parts (o de la voluntat de la part predisposant, en el segon dels casos esmentats) per tal de trobar solucions creatives que s'ajustin a les necessitats concretes del servei i intentin regular totes les qüestions previsibles *ex ante*. Es tracta, doncs, de contractes molt exhaustius i casuístics, que normalment deixen molt poc marge a l'aplicació (ja sigui directa o per analogia) d'un règim legal, com hem vist, bastant magre i incert.

³ "En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

⁴ "Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por tiempo cierto, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo".

⁵ En aquest sentit, VAQUERO PINTO, MARÍA JOSÉ, "Contratos de Servicios", a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (Dir), *Contratos Mercantiles*, Vol. I, Thomson - Aranzadi, 3^a edició, 2007, pp. 657-711.

⁶ En aquest sentit, NAVAS NAVARRO, SUSANA, "Catering: sus formas contractuales", Tirant Lo Blanch, Colección Privado, València, 1998.

Anant un pas més enllà, si volem aplicar la dogmàtica a les solucions assolides en la pràctica, ens trobarem amb contractes de serveis majoritàriament atípics (difícilment reductibles, en tot cas, al “tipus” de l’arrendament de serveis) i, molt sovint, mixtes (aiguabarreig d’arrendament de serveis, arrendament d’obra, mandat i d’altres).

A títol d’exemple, en un contracte de prestació de serveis de restauració col·lectiva o càtering poden congregar fàcilment elements de: (a) l’arrendament d’obra (encara que atípic, pel seu caràcter aquí periòdic), on el resultat de l’activitat a lliurar són els àpats; (b) el subministrament (en aquest cas, de menjars); (c) l’arrendament de serveis (consistents en la distribució dels menjars dins de les instal·lacions del client i en la neteja de les mateixes); i (d) el comodat (en forma de cessió a títol gratuït per part del client al contractista de l’ús de les cuines i equipament propietat del primer necessari per a la correcta realització de l’activitat que constitueix l’objecte del contracte).

Ara bé, la parquedat de la regulació civil (i també mercantil) general, contrasta amb la proliferació d’una normativa sectorial (en línia amb la multiplicació i sofisticació creixent dels serveis), sovint de caràcter imperatiu, que limita l’àmbit de l’autonomia privada a l’hora de definir el contingut de la prestació de serveis i de delimitar els respectius drets i obligacions de les parts. N’hi ha prou amb pensar, per exemple, en el sector del transport⁷, la publicitat⁸, l’agència comercial⁹, la societat de la informació¹⁰, l’ordenació de l’edificació¹¹ o el mateixos serveis de pagament¹².

En aquest mateix sentit, també resulta de gran importància pràctica, especialment pel que fa a la determinació del nivell de diligència exigible al prestador de serveis i dels conseqüents supòsits d’incompliment o de compliment parcial (defectuós) del contracte, la *lex artis* que regula l’activitat del professional prestador dels serveis i, en especial, els seus deures envers el client (sense anar més lluny, en l’àmbit de l’assessorament jurídic), l’aplicació de la qual ve reforçada pel caràcter mercantil del contracte d’arrendament de serveis i obra quan, com passa en la majoria de casos, s’emmarquen en una organització empresarial o professional¹³ i la conseqüent

⁷ Llei 15/2009, d’11 de novembre, del contracte de transport terrestre de mercaderies (si bé, en aquest cas, l’article 3 consagra, amb caràcter general, la naturalesa dispositiva de la norma).

⁸ Llei 34/1988, d’11 de novembre, General de Publicitat.

⁹ Llei 12/1992, de 27 de maig, sobre el contracte d’agència.

¹⁰ Llei 34/2002, d’11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic.

¹¹ Llei 38/1999, de 5 de novembre, d’Ordenació de l’Edificació.

¹² Llei 16/2009, de 13 de novembre, de serveis de pagament.

¹³ En aquest sentit, entre d’altres, la Sentència del Tribunal Suprem de 10 de febrer de 1984.

aplicabilitat dels usos de comerç com a font normativa (ex article 2 del Codi de Comerç).

Finalment, però no per això menys important, a l'hora d'encarar a dia d'avui el contracte de prestació de serveis, no podem menystenir consideracions corresponents a altres branques de l'ordenament jurídic però que, pel seu impacte determinant en el disseny i execució de l'estructura contractual, no poden restar alienes als civilistes i mercantilistes.

Ocupa un lloc destacat en aquest capítol la normativa laboral, no només pel fet d'haver deixat sense efecte pràctic els articles 1.584 a 1.587 del CC en tot el que fa a la prestació de serveis per compte aliè, sinó per la qüestió, sempre bategant i punyent, del risc de requalificació en seu judicial de la relació de serveis com a laboral, quan les notes d'independència del prestador de serveis respecte del client, de disposició dels propis mitjans humans i materials necessaris per a realitzar els serveis i de llur organització autònoma per part del prestador es veuen afeblides, ja sigui *de iure* o *de facto*.

Sense voluntat de ser exhaustiu, altres aspectes normatius a tenir en compte són: (a) la propietat intel·lectual i industrial (tant en quant a la protecció del *know how* del prestador de serveis a través dels mecanismes contractuals i de la normativa sancionadora de la competència deslleial com a la defensa de la propietat i interessos legítims del client a través de l'obligació de confidencialitat); (b) la protecció de dades de caràcter personal (on destaquen el tractament pel prestador de serveis, per compte del client, de les dades incloses en bases propietat d'aquest darrer a les que el prestador tingui accés, com a supòsit diferent a la cessió¹⁴, així com tot el tema de la implantació de les mesures de seguretat necessàries); (c) la normativa relativa a la protecció dels consumidors i condicions generals de contractació¹⁵; i (d) l'eventual responsabilitat del principal, en el supòsits de subcontractació o *externalització* d'una activitat que es pot considerar com a pròpia (*outsourcing*), pels deutes del subcontractista en l'àmbit fiscal i de la seguretat social.

¹⁴ Article 12 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

¹⁵ Principalment, donat llur abast general, la Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, i la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació.

II. ELEMENTS A TENIR EN COMPTE EN UNA EVENTUAL REGULACIÓ DE LA PRESTACIÓ DE SERVEIS EN EL MARC DEL CCC

Sense ànim d'entrar en disquisicions dogmàtiques a les que els pràctics del dret som bastant refractaris, crec, en primer lloc, que caldria superar la dicotomia (al meu parer, mancada de sentit pràctic) entre l'arrendament de serveis (suposadament centrat en l'activitat) i arrendament d'obra (suposadament centrat en el resultat). En el món real, és sovint molt difícil determinar on s'acaba l'activitat i on comença el resultat. En darrera instància, tots els serveis es tradueixen (i, sobre tot, són mesurats pel client) en termes d'un resultat. En altres paraules, l'obligació de fer del contractista (és a dir, de posar els mitjans i dur a terme l'activitat adient per tal d'assolir el resultat típic o esperat pel client) queda fins a tal punt regulada en el contracte (on sovint s'estableixen nivells de diligència i qualitat fàcilment objectivables) que esdevé realment una obligació de resultat, de manera que el risc de no obtenció del resultat en termes de quantitat, qualitat i/o termini es trasllada en gran mesura al prestador dels serveis o bé queda repartit entre les parts en funció del grau d'utilitat assolit pel client per tal d'evitar enriquiments injustos que trenquin l'equilibri del contracte (així, per exemple, el pacte de *cuota litis* en els serveis jurídics o, més genèricament, el *success fee* en contractes d'assessorament i inversions financeres).

Val a dir aquí que el manteniment d'una suposada dualitat de règims de responsabilitat (subjectiva, en el cas de la prestació de serveis, i objectiva, en el cas de l'execució d'obra) no justifica, al meu entendre, el manteniment artificial (i dogmàtic) de la distinció entre serveis i obra, per la doble raó que (a), com diversos autors han fet palès¹⁶, és discutible que la diferència entre obligació d'activitat i de resultat doni lloc en ella mateixa a un diferent règim de responsabilitat del deutor en cas d'incompliment (més aviat sembla que el règim de responsabilitat previst en els articles 1.101 a 1.105 del CC és únic i basat en els conceptes de dolo, culpa o negligència - és a dir, responsabilitat subjectiva -); i (b) aquesta responsabilitat subjectiva (punt de partença comú) és, en la pràctica, modulable per les parts en virtut del principi d'autonomia de la voluntat, especialment invertint la càrrega de la prova (és a dir, fent que sigui el deutor qui hagi de demostrar l'haver observat tota la diligència deguda en la prestació del servei) fins a apropar-lo a una situació de respon-

¹⁶ En aquest sentit, entre d'altres, NAVAS NAVARRO, SUSANA, op. cit. p. 50.

sabilitat quasi objectiva, amb els límits genèrics de la bona fe i l'ordre públic / dret imperatiu¹⁷ previstos als articles 111-6 i 111-7 del CCC i als articles 7 i 1.255 del CC.

En els serveis actuals entre empresaris guanya cada cop més importància, juntament amb l'obligació clàssica de pagament dels serveis rebuts, l'obligació del client o principal de col·laborar amb el contractista com a condició essencial perquè aquest pugui prestar de forma adient els serveis, fins al punt que gosaria dir que aquest deure de col·laboració (en forma, per exemple, de permetre l'accés del prestador a les instal·lacions i informació del client o de posar a disposició del contractista els materials necessaris per a dur a terme la seva activitat), forma part ho-res d'ara del contingut típic del contracte de serveis. A l'obligació del client de facilitar l'accés al prestador de serveis es correspon un correlatiu deure de fidelitat i confidencialitat d'aquest darrer que, en funció del tipus de servei i de les dades a que aquest darrer accedeixi pot esdevenir també un element essencial del contracte.

La pràctica ha fet, i seria bo que així es tingués en compte en el procés codificador, que en molts casos el "preu cert" de què parla l'article 1.544 del CC sigui un preu no determinat d'entrada sinó determinable a partir de paràmetres fixats per les parts a partir de llur negociació (o per la part predisposant, si es tracta de condicions generals de contractació). Considero necessari mantenir aquesta flexibilitat pel que fa als mecanismes de determinació del preu i, en especial, de la seva adaptació a les circumstàncies canviants durant la vigència del contracte. Em refereixo aquí no només a les clàusules de revisió de preus en funció de l'índex de preus al consum (tant del general com dels sectorials, segons el tipus de servei) o de la variació dels salaris aplicables segons conveni (en serveis altament intensius en mà d'obra) sinó, anant un pas més enllà (i manllevant, en part, la figura del restabliment de l'equilibri de l'economia del contracte més desenvolupat en l'àmbit de la contractació pública) a la possibilitat de les parts pactar *a priori* la modificació automàtica del preu dels serveis a fi i efecte de servir l'equilibri econòmic del contracte quan les expectatives de guany del prestador es veuen frustrades de lluny pel volum real de serveis finalment prestats¹⁸ (manifestació, en definitiva, del principi *rebus sic stantibus*).

Un altre element a considerar (sense entrar ara en la polèmica doctrinal sobre si cal considerar que el contracte de serveis és, amb caràcter general, *intuitu personae* o

¹⁷ Entre d'altres, per exemple, el caràcter irrenunciable (ex article 1.102 CC) de l'acció a fer valer la responsabilitat per dolo del client en cas d'incomplir el seu deure de col·laboració o la prohibició de clàusules abusives. Més controvertida resulta la pretensió de fer recaure el cas fortuït i la força major exclusivament en el prestador de serveis / contractista de l'obra.

¹⁸ Per exemple, en serveis de càtering on el preu unitari per menú presentat del contractista en la seva oferta en basa en una estimació mitjana de menús que resulta ser molt inferior en la pràctica.

ha d'entendre's, pel contrari, de naturalesa no personalíssima, especialment quan el prestador és una empresa / persona jurídica), és la importància de la facultat de desistiment o denúncia unilateral del contracte per qualsevol de les parts i en qualsevol moment, sense necessitat que concorri una causa especial i sempre i quan es respecti un preavis raonable. Segons la meua experiència, aquestes clàusules de sortida bilaterals, fins i tot en contractes de curta o mitja durada, faciliten (paradoxalment) que el contractista i el client estableixin relacions de confiança duradora, en la mesura que afavoreixen la negociació continua d'eventuals desajustaments de les prestacions recíproques sense necessitat (o temptació) de les parts de recórrer a l'expedient de la resolució per incompliment (ex article 1.124 CC) quan la relació no és del tot satisfactòria.

Cal esmentar, àdhuc, la importància de les clàusules penals (en especial, de les no substitutòries del rescabament de danys i perjudicis¹⁹) per tal de cobrir en els contractes de serveis aspectes especialment sensibles i vulnerables que no queden suficientment protegits a través dels mecanismes "típics" de la resolució per incompliment (o execució forçosa de la prestació) i de la indemnització dels danys i perjudicis. És, clarament, el cas de la prestació de serveis *just in time* (com ara el càtering per esdeveniments puntuals o els terminis de recuperació o reacció en contractes de manteniment de *software*) en què el temps esdevé un element essencial del contracte. Altres exemples podrien ser la violació de l'obligació de confidencialitat per part del prestador del serveis (pensem, per exemple, en un assessor de màrqueting que revela informació sensible d'un client als competidors d'aquest) o, en sentit contrari, la violació per part del client de l'obligació de no captar els professionals assignats pel contractista a la prestació de serveis on la mà d'obra és altament qualificada i representa un valor afegit molt important (*non-solicitation clause*).

Un darrer element sobre el que crec que pagaria la pena reflexionar és l'oportunitat d'eixamplar l'actual dret real de retenció a fi i efecte d'incloure com a obligació principal garantitzable per aquesta via qualsevol inversió o desemborsament realitzat pel contractista a casa del client en el marc de la prestació de qualsevol tipus de servei (i no només l'estreta retribució de l'activitat realitzada per a la confecció o reparació de la cosa objecte de retenció²⁰), eixamplament que vindria

¹⁹ Admeses per l'article 1.152 CC en ús de l'autonomia de la voluntat de les parts, encara que modifiable judicialment (article 1.154 CC).

²⁰ Article 569-4 c) del CCC. Ens trobem aquí amb un veritable dret real de garantia, en front de la facultat de retenció prevista a l'article 1.600 CC en relació amb l'arrendament d'obra en cosa moble i que, malgrat emprar el terme penyora, bona part de la doctrina tendeix a considerar només com una manifestació de la "*exceptio non adimpleti contractus*", sense eficàcia veritablement real.

possibilitat per la pròpia previsió del paràgraf e) del precepte en qüestió²¹. Penso, per exemple, en la inversió feta pel prestador de serveis de càtering en les instal·lacions del client en forma d'equipaments i altres béns mobles com a part de l'oferta econòmica del primer i mitjà per a poder prestar els serveis d'alimentació. La recuperació de la inversió feta pel contractista (que normalment es periodifica durant la vigència del contracte en funció del calendari d'amortització dels equipaments i que té com a punt feble el supòsit de resolució o desistiment anticipats del contracte) trobaria un mecanisme de garantia adient en aquest dret de retenció a favor del contractista, que, en cas d'impagament de la part de la inversió pendent d'amortitzar, podria procedir a l'alienació directa de la cosa retinguda (previ acord amb el client) o, a manca d'acord, a la seva subhasta pública notarial²² per tal de realitzar-ne el valor.

A mode de cloenda, i a risc que pugui semblar paradoxal, penso que la premissa de treball que hauria de guiar al legislador en la futura codificació del contracte de serveis, és, precisament, mantenir en primer terme el principi medul·lar de la llibertat de pacte, perfectament ancorat tant en el dret civil general com, més específicament, en el català, i que fins ara s'ha mostrat com l'eina més eficaç per a trobar solucions útils a realitats molt dinàmiques i canviants, evitant un excessiu afany normativista i restant fidel al primer dels objectius que el propi legislador s'ha marcat a l'hora de dur a terme el CCC: a saber, *“un codi obert, tant en l'estructura com en el contingut”*²³.

²¹ *“Qualsevol altre deute al qual la llei atorgui expressament aquesta garantia”.*

²² Article 569-7 del CCC. Menys útil en la pràctica sembla aquesta solució en els supòsits d'obra immobiliària realitzada en les instal·lacions del client (per exemple, en cuines o cafeteries de centres sanitaris o educatius), doncs, arribada l'execució de la garantia, la venda directa o subhasta de la part de l'immoble objecte de retenció plantejaria problemes jurídics (delimitació de llindes) i, sobre tot, econòmics (pèrdua de valor de l'objecte retingut considerat separatament de la resta de l'immoble al qual accedeix de manera natural).

²³ Punt I del Preàmbul del CCC.