

LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO: RECEPCIÓN DE LA DISTINCIÓN POR LA PROPUESTA CESL*

M^a CARMEN CRESPO MORA**

Resumen: La distinción entre obligaciones de medios y de resultado constituye una cuestión que preocupa al Derecho privado europeo, como lo demuestra la constante mención a esta dicotomía en los textos académicos europeos. Ello justifica que este trabajo se centre en analizar la recepción de esta distinción por la Propuesta CESL. Sobre esta base, se valora críticamente la regla que la Propuesta CESL dedica a la materia, comparándola con las aportaciones sobre obligaciones de medios y de resultado de otras iniciativas armonizadoras internacionales.

Palabras clave: obligaciones de medios, obligaciones de resultado, contratos de servicios relacionados, CESL.

Abstract: The distinction between obligations of means and obligations of result is a matter of concern to European private law, as evidenced by the constant reference of this dichotomy in European academic texts. For this reason, this paper focuses on the study of the reception of this distinction by the Proposal for a Common European Sales Law (CESL). It is on that basis, this work assesses the general rule that the CESL Proposal applies to the subject, and compared it with the contributions on obligations of means and result of other harmonizing international initiatives.

Keywords: obligations of skill and care, obligations to achieve result, related service contracts, Common European Sales Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO EN LAS PROPUESTAS ARMONIZADORAS INTERNACIONALES; III. RECEPCIÓN DE LA CLASIFICACIÓN EN LA PROPUESTA CESL; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado constituye una cuestión que, desde un primer momento, generó numerosas discrepancias doctrinales; así, pese a contar con partidarios más o menos entusiastas, también ha llegado a ser negada expre-

* Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2014.

Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2014.

** Contratada de investigación posdoctoral Ramón y Cajal. Universidad Carlos III de Madrid. Comunicación presentada en la “Jornada Internacional sobre la Propuesta de una Normativa Común de Compraventa Europea”, Universidad Pablo de Olavide, 14 de diciembre de 2012.

samente por muchos¹. De hecho, es una constante en los estudios sobre el tema, la crítica y la atribución de variadas objeciones a esta clasificación, pues aunque sus postulados son claros en la teoría, suscita importantes problemas en la práctica, cuando deja de ser aplicada a los casos arquetípicos. Es más, en los últimos tiempos puede constatarse una tendencia doctrinal a minimizar las consecuencias jurídicas derivadas de esta *perturbadora* distinción², al considerarse que los diferentes efectos que desencadena la ejecución de cada una de estas obligaciones son, en realidad, una consecuencia de la diversa configuración del contenido de la prestación en unas y en otras. Así, para un importante sector doctrinal, ambas obligaciones funcionan con arreglo a principios generales idénticos, por lo que, las diversas soluciones a las que se llega en uno y otro caso, son consecuencias necesarias de la aplicación de los mismos principios a prestaciones con diverso contenido³. En otras palabras, el diferente modo de definir la prestación provoca una distinta forma de configurar el cumplimiento y, de igual forma, el incumplimiento. No obstante, tampoco sobre este extremo existe consenso en la doctrina, pues son muy dispares las posiciones sobre los efectos que desencadena esta dicotomía.

En cualquier caso, suele aceptarse mayoritariamente la vigencia de esta clasificación doctrinal en el campo de las obligaciones de hacer⁴, pese a las reticencias que suscita y pese a que no existe un reconocimiento legal expreso de esta distinción en ninguno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁵. Sin embargo, en los últimos tiempos la mencionada clasificación había dejado de llamar la atención de nuestros autores⁶, que únicamente acudían a la distinción al analizar la responsabilidad civil de los profesionales liberales. Esta

¹ Para una exposición detallada de los argumentos que esgrimen los que critican esta clasificación *vid.* JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones DE medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *ADC*, Tomo XLIV, Fascículo I, 1991, pp. 12-18 y LOBATO GÓMEZ, M., “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado”, *ADC*, Tomo XLV, Fascículo II, 1992, pp. 665 y ss.

² Así la califica BARRÓN ARNICHES, P., “Comentario a los artículos IV.C DCFR”, en *Derecho contractual europeo. Libros II y IV MCR*, Tomo II, Coords. Vaquer Aloy, Bosch Capdevilla y Sánchez González, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1173.

³ Limitan el alcance de la distinción a estos términos, entre otros, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pp. 20 y ss., LOBATO GÓMEZ, M., *op. cit.*, p. 671 y JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparativo con el Derecho alemán)”, *ADC*, Tomo LXV, Fasc. II, 2012, p. 558.

⁴ La referencia a esta distinción es una constante en las obras generales en materia de Derecho de obligaciones: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Tomo II, 12 ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 38, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 53, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tomo II, 6ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pp. 280-282 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *et al.*, *Curso de Derecho civil*, Tomo II, 3ª ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 79-80.

⁵ Para conocer la distinta acogida de esta teoría en los países del entorno jurídico europeo, así como las objeciones realizadas en el Derecho comparado, véase LOBATO GÓMEZ, M., *op. cit.*, pp. 663 y ss.

⁶ Entre otros, MALAURIE, P./AYNÉS, L./STOFFEL-MUNCH, P., *Les obligations*, 4ª ed., Defrénois, Paris, 2009, p. 504, reconocen que, en los últimos tiempos, la controversia había perdido la vigencia que tuvo hace unos años.

afirmación no resulta extensible a nuestra jurisprudencia, que nunca abandonó el binomio en estudio y siguió haciendo referencia al mismo en sus argumentaciones jurídicas⁷.

Por el contrario, se trata de una cuestión que preocupa al Derecho privado europeo, como lo demuestra la constante mención a esta dicotomía en las diferentes iniciativas europeas de armonización del Derecho privado (v. gr., PECL, DCFR)⁸. En otras palabras, lo que hasta la fecha era una discusión meramente doctrinal, en el ámbito europeo trasciende de este plano y pretende consagrarse legalmente en las diferentes propuestas de regulación. La referencia a esta clásica distinción en estos textos europeos ha provocado que, aunque de momento tímidamente, se haya vuelto a reavivar el debate en torno a la misma y que vuelvan a plantearse algunos de los interrogantes, que dejaron de preocupar a la doctrina. Probablemente ello se deba a que el Derecho contractual europeo supone una importante y decisiva fuente de inspiración para el legislador español⁹. De hecho, como es sabido, el interés en las diversas iniciativas europeas de armonización del Derecho privado ha trascendido el ámbito académico, llegando a introducirse en nuestra práctica jurisprudencial, a juzgar por el elevado número de sentencias en las diferentes instancias que utilizan estos textos en una función interpretadora de las normas e, incluso, en una función integradora, como constatan algunos autores¹⁰.

Siguiendo la estela de otros textos en el ámbito del Derecho europeo de los contratos, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común europea de compraventa (en adelante, Propuesta CESL) consagra expresamente esta distinción en su articulado. Ello justifica que la presente comunicación se centre en analizar la recepción de esta distinción por la misma. Concretamente, el primordial objetivo de este estudio consiste en averiguar el significado y alcance del precepto que contempla este binomio (esto es, el artículo 148 de la Propuesta CESL), para tratar de determinar las

⁷ Véase, entre otras muchas, las SSTS 30 diciembre 2004 (RJ 2004, 516), 28 noviembre 2007 (RJ 2007, 8427) y 27 septiembre 2010 (RJ 2010, 5155).

⁸ ALONSO PÉREZ, M. T., “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudios de Derecho contractual europeo)”, *Indret* 3/2012, www.indret.com, pp. 25-26 y JIMÉNEZ HORWITZ, M., *op. cit.*, p. 563 consideran que el Derecho europeo de los contratos otorga trascendencia a la distinción; por el contrario, BARRÓN ARNICHES, P., “El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2134, 2011, p. 106 y VAQUER ALOY, A., “La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo”, en *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Dir. Barrón Arniches, Comares, Granada, 2012, pp. 4,8 y 15, afirman que el Derecho europeo ha tratado de difuminar esta tradicional clasificación doctrinal.

⁹ Así lo reconoce BARRÓN ARNICHES, P., “Comentario a los artículos IV.C DCFR”, *op. cit.*, p. 1145.

¹⁰ *Vid.* PERALES VISCASILLAS, P., “Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 207 y PERALES VILLANUEVA LUPIÓN, C., *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009, p. 133. Para conocer los argumentos en contra de la utilización por nuestros tribunales de las propuestas armonizadoras para integrar las lagunas de nuestro ordenamiento véase CRESPO MORA, M. C., “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el Draft Common Frame of Reference”, *Noticias de la Unión Europea*, 2011, pp. 45-58.

principales novedades que introduce sobre el tema respecto al resto de propuestas armonizadoras que le preceden.

II. LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO EN LAS PROPUESTAS ARMONIZADORAS INTERNACIONALES

En primer lugar, la distinción doctrinal que nos ocupa recibió gran atención en las diferentes versiones de los Principios Unidroit. Concretamente, esta clasificación ha sido consagrada en los artículos 5.1.4 y 5.1.5 de su tercera edición (2010). El primero de los preceptos mencionados se limita a diferenciar entre obligaciones de medios (cuando la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación) y de resultado (cuando la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico) y el segundo proporciona algunos criterios (pues la enumeración no es exhaustiva) para determinar en cada caso concreto si la obligación es de medios o de resultado: los términos en que se describe la prestación en el contrato; el precio y otros términos del contrato; el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado y la capacidad de la otra parte en influir en el cumplimiento de la obligación. En cualquier caso, como se puede observar, los Principios Unidroit se limitan a proporcionar un concepto de obligaciones de medios y obligaciones de resultado —a través de afirmaciones, a mi juicio, excesivamente imprecisas— y a positivizar alguno de los criterios apuntados tradicionalmente por la doctrina¹¹ (v. gr., el “carácter aleatorio del resultado”, que revela la presencia de una obligación de medios), de cuya concurrencia puede deducir el intérprete en cada caso la presencia de una obligación de medios o, por el contrario, de resultado. No obstante, la efectividad de los criterios propuestos para solucionar la cuestión es limitada, ya que ninguno de ellos la resuelve, por sí solo, en todos los casos.

Sin embargo, pese a la escasa aportación de estos preceptos para solucionar los principales interrogantes que suscita el tema, su contenido ha sido reproducido en términos muy similares, en primer lugar, por el artículo 56 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio, en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad y, posteriormente, por el artículo 415-2 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil¹². Ello demuestra, como se ha dicho anteriormente, el tras-

¹¹ Para conocer los criterios doctrinales de distinción de estas obligaciones, véase JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pp. 10 y ss., LOBATO GÓMEZ, M., *op. cit.*, pp. 698-706 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 38-46. Los criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia francesas —el alea, la iniciativa del deudor o acreedor en la ejecución del contrato, la voluntad de las partes, etc.— son expuestos, entre otros, por VINEY, G./ JOURDAIN, P., *Traité de Droit civil. Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 3^a ed., 2006, pp. 523-540, MALAURIE, P./ AYNÈS, L/ STOFFEL-MUNCH, P., *op. cit.*, pp. 504-505 y BÉNAVENT, A., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12 ed., 2010, pp. 293-294.

¹² Sin embargo, el mencionado artículo 56 reproduce con más fidelidad las propuestas de Unidroit que el artículo 415-2, pues, al enumerar los criterios para determinar si la obligación es de medios o de resultado, el

cedente papel que desempeñan las propuestas supranacionales como fuente de inspiración del legislador español¹³.

Más escueta resulta la referencia a estas obligaciones en los PECL, que sólo mencionan la clasificación tangencialmente en el comentario al artículo 6:102 que, de nuevo, se limita a señalar ciertos criterios para saber si la obligación asumida es de uno u otro tipo. Por el contrario, los *Principles of a European Service Contracts* (PEL SC) –propuesta elaborada por el *Study Group on a European Civil Code*, que el DCFR transcribe casi literalmente– desarrollan la cuestión en el artículo 1:108, con un enfoque prácticamente idéntico al ofrecido por el *Draft Common Frame of Reference*, que paso a exponer a continuación.

El artículo 2:106 DCFR, regulado en el Título C del Libro IV DCFR (“Servicios”), constituye una de las previsiones más destacadas en sede de contratos de servicios, como reconocen sus propios comentaristas (Comentario B, artículo IV.C.-2:106). El mencionado precepto forma parte de la regulación del tipo genérico de la contratación de servicios y, por tanto, su régimen jurídico resulta de general aplicación a todos los contratos de esta clase. Sin embargo, como luego se verá, la regla establecida en este precepto resulta desplazada por las previsiones específicas sobre la materia consagradas en los capítulos 3 a 8 del Título C, donde se regulan de forma pormenorizada las seis modalidades contractuales de servicios más relevantes y frecuentes en la práctica: contrato de construcción, de mantenimiento y reparación de bienes, de depósito, de diseño y elaboración de proyectos, de información o consejo y de tratamiento médico¹⁴.

Pues bien, esta iniciativa académica ha vuelto a situar la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado en el primer plano del interés doctrinal, revitalizando el debate en torno a la misma. Así, según el artículo IV.C.-2:106 DCFR, el principal contenido del contrato de servicios lo constituye una obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado: el resultado declarado por el cliente en el momento de celebración del con-

criterio del “grado de riesgo que implique la obtención del resultado” (consagrado en los Principios Unidroit y reproducido por el artículo 56) es sustituido en el artículo 415-2 por el criterio de “la mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar”. A mi juicio, el criterio sustituido debería haberse mantenido, pues el denominado criterio de la “aleatoriedad del resultado” es, según doctrina y jurisprudencia, uno de los más efectivos para determinar la concreta obligación asumida por el deudor. En cualquier caso, la supresión de este criterio no implica que el intérprete no pueda tenerlo en cuenta, pues la enumeración del artículo 415-2.2 no es exhaustiva. Para profundizar en el estudio del binomio obligaciones de medios y obligaciones de resultado en la Propuesta de Código Mercantil, *vid.* ELIZALDE, F., “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil”, *Indret*, julio 2014, pp. 1-40.

¹³ Aunque no hay que olvidar las merecidas críticas que ha recibido la Propuesta de Código Mercantil (entre otras, *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho civil*, núm. 1, 2014, pp. 7-27, www.nreg.es), la mayor virtud de la PCM en la materia sobre la que versa el presente estudio, es que, en el caso de que finalmente fuera aprobada, implicaría la consagración legal de esta dicotomía que, hasta la fecha, sólo ha sido reconocida jurisprudencialmente.

¹⁴ De acuerdo con el artículo IV.C.-1:101 (1,a), la regla del artículo IV.C.-2:106 es aplicable a todos los contratos de servicios, salvo, en caso de conflicto, a los contratos regulados en los capítulos 3 a 8.

trato. No obstante, si el contrato de servicios no dice nada al respecto, resultará necesario acudir a algún criterio adicional que nos permita determinar el concreto resultado exigible al prestador del servicio. En tal caso, como reconoce expresamente el citado precepto, el deudor deberá alcanzar el resultado *previsto* por el cliente, esto es, aquel resultado que, al realizar un cálculo de probabilidades, quepa razonablemente esperar de un acreedor medio, de acuerdo con las informaciones y advertencias suministradas por el prestador del servicio. Por último, si no puede apreciarse la concurrencia de un resultado declarado o previsto, el comportamiento exigible jurídicamente al deudor coincidirá con la obligación de diligencia consagrada en el precepto anterior (IV.C.-2:105): el proveedor del servicio deberá ejecutarlo con el cuidado y la habilidad que un prestador de servicios razonable ejercería en esas circunstancias. Es decir, cuando no haya resultado declarado ni previsto parece entrar en juego, por defecto, la obligación de medios¹⁵. Por tanto, aunque el precepto no lo declare expresamente, la obligación de medios constituye la regla general de los contratos de servicios en ausencia de pacto.

En cualquier caso, la mencionada regla general resultará desplazada por las reglas específicas previstas para cada uno de los contratos de servicios que, por su especial importancia práctica, reciben una regulación *ad hoc* en el DCfr. En algunos de estos contratos sí que se exige, como regla general, la obligación de obtener un resultado. Ello sucede en los contratos de construcción (IV.C.-3:104), depósito (IV.C.-5:105), diseño (IV.C.-6:104) y suministro de información objetiva o fáctica (IV.C.-7:105). En todos estos casos, el prestador se encuentra sujeto, en principio, a la obligación de obtener un resultado. En consecuencia, si el deudor sólo quiere comprometer una prestación de medios deberá suscribir un pacto al respecto con el acreedor, porque la regla aplicable en estos concretos contratos de servicios, en defecto de pacto, es la de alcanzar un resultado.

Como se puede comprobar, la mayor virtud del artículo IV.C.-2:106 DCFR es que trata de resolver uno de los principales problemas que suscita la distinción en la práctica: la determinación de *cuándo* el prestador del servicio ha comprometido un resultado concreto. Para ello, el DCFR introduce el parámetro del resultado *previsible* (el que puede vaticinarse como altamente probable desde el punto de vista de un cliente razonable o medio) y tiene en cuenta las informaciones suministradas por el prestador del servicio antes y durante la ejecución del contrato. En definitiva, el artículo IV.C.-2:106 DCFR no se limita a reproducir los criterios tradicionales aportados por la doctrina de cuya concurrencia puede deducirse la presencia de una obligación de medios o de resultado –que no son válidos para resolver por sí solos todos los problemas–, sino que apunta ciertos parámetros más generales y flexibles, para que puedan ser utilizados en todos los casos.

Sin embargo, los confusos términos del artículo IV.C.-2:106 DCFR y su falta de previsión expresa de la regla aplicable en defecto de resultado declarado o previsto, han

¹⁵ A favor, FLECHTNER, H.M., “Service contracts in the United States (and from an Economic perspective): a comparative view of the DCFR’s service contract provision and their application to Hawkins v McGee”, en *Service contracts*, Reinhard Zimmermann (Director), Mohr Siebeck, pp. 155-156.

provocado ciertas desavenencias doctrinales respecto a cuál sea la regla aplicable en ausencia de pacto: ¿la obligación de medios o de resultado? Así, algunos sostienen que, al señalar el artículo como contenido fundamental de la prestación de servicios la obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado, ello significa que el proveedor *siempre* ha de obtener un resultado. En otras palabras, estos autores consideran que el DCFR presume la obligación de resultado, por lo que la obligación de medios ha de pactarse expresamente¹⁶. Por el contrario, los comentarios que acompañan al precepto y que ayudan a interpretarlo parecen decantarse por la exigencia de una obligación de medios como regla general en defecto de pacto¹⁷. A mi juicio, el artículo IV.C.-2:106 más que afirmar que el prestador de servicios deba *siempre* un resultado, aporta criterios para averiguar *cuándo* se debe alcanzar un resultado. Además, tal solución es ratificada por el artículo 148 Propuesta CESL¹⁸ que, como comprobaremos a continuación, prevé expresamente la regla de la obligación de medios por defecto, es decir, en ausencia de pacto que exija expresa o implícitamente un resultado específico.

III. RECEPCIÓN DE LA CLASIFICACIÓN EN LA PROPUESTA CESL

Por último, sólo resta por citar las aportaciones que realiza sobre el tema la Propuesta CESL que, aunque proviene del DCFR, ha sometido al citado texto a una revisión y, sobre todo, a una reducción¹⁹. De hecho, el CESL no regula todas las materias que idealmente formarían parte de un código, pues sólo contiene los tipos contractuales que, según la Comisión, son más relevantes en las transacciones económicas transnacionales. Concretamente, esta propuesta recoge una normativa común de compraventa europea de bienes y suministro de contenidos digitales, aunque, a diferencia de iniciativas anteriores, se trata

¹⁶ En este sentido, *vid.* VAQUER ALOY, A., “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *ADC*, Tomo LXIV, Fascículo I, 2011, p. 31, BARRÓN ARNICHES, P., *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, ed. Reus, Zaragoza, 2011, p. 111 y VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación de Derecho de contratos en la Unión europea lastrado por la protección del consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 1, marzo 2013, p. 212, según los cuales, como el DCFR presume para todo contrato de servicios la obligación de obtener un determinado resultado, la obligación de medios ha de ser pactada expresamente por las partes. A mi juicio, tal conclusión –esto es, la obligación de resultado por defecto– sólo puede sostenerse en relación con determinados contratos de servicios regulados en los capítulos 3 a 8 del Libro IV DCFR.

¹⁷ En varias ocasiones los comentarios al DCFR reconocen que la obligación de obtener un resultado no se le puede imponer al proveedor en todas las situaciones (en este sentido, véase Comentarios C y D del artículo IV.C.-2:104 y Comentario D del artículo IV.C.-2:105).

¹⁸ ZOLL, F. & WATSON, J., “Art. 148”, en *Common European Sales Law –Commentary–*, Reiner Schulze (Ed.), C. H. Beck, Munich, 2012, p. 619 reconocen expresamente que las soluciones de los arts. 2:105 y 2:106 DCFR han sido adoptadas con posterioridad por el artículo 148 de la Propuesta CESL.

¹⁹ VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el derecho del consumo y el derecho contractual general”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Dir. Cámara Lapuente/Arroyo Amayuelas, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 422-423.

de un reglamento de carácter opcional. Ello significa que, las partes, al celebrar un negocio transfronterizo, pueden optar entre la sujeción al Derecho nacional o bien al régimen de la Propuesta, con la particularidad de que el CESL no será de aplicación automática a quienes tengan su domicilio en los Estados miembros, sino que es preciso que ejerciten tal opción, esto es, se exige un previo acuerdo válido de las partes²⁰. Ahora bien, una vez que las partes hayan optado por el CESL, solo sus reglas regirán el contrato, en lugar de las propias del ordenamiento jurídico que resultarían aplicables, a falta de tal acuerdo.

A diferencia del DCFR, la Propuesta CESL no regula de manera general el contrato de servicios, sino que únicamente afecta a servicios muy concretos²¹: se refiere a los casos en que un vendedor presta un servicio, en estrecha relación con un contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos digitales, se haya acordado o no un precio separado para el mismo (artículo 5, c Reglamento)²². Se trata, pues, de servicios que están directamente relacionados con los bienes o contenidos digitales suministrados y que, en la práctica, suelen recogerse en el mismo contrato o en un contrato vinculado celebrado al mismo tiempo, como sucede con la instalación, reparación o mantenimiento de los bienes o de los contenidos digitales²³. El artículo 2 del Reglamento excluye expresamente los servicios de transporte, de formación, de apoyo a las telecomunicaciones y los servicios financieros.

La referencia expresa al binomio en estudio se contempla en el artículo 148 CESL, precepto situado en la parte V dedicada a las obligaciones y remedios de los prestadores de servicios, bajo el título *Obligation to achieve result and obligation of care and skill*. La ubicación sistemática del precepto es adecuada, pues los capítulos anteriores regulan las obligaciones derivadas de la compraventa, tipo contractual en el que, en principio, esta dicotomía no se plantea, pues su obligación principal –dar una cosa específica–, constituye incuestionablemente una obligación de resultado.

Pues bien, el artículo 148 CESL consagra el binomio medios/resultado de una forma más clara y tajante que el artículo IV.C.-2:106 del DCfr. De acuerdo con su tenor literal, para determinar el deber de conducta asumido por el deudor en estos casos habrá que acudir de manera prioritaria a la voluntad de las partes manifestada al constituir la obligación.

²⁰ Reconoce VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, p. 206, que la configuración de la Propuesta CESL como elemento opcional no se halla exenta de problemas, como ha puesto de manifiesto la doctrina. De igual forma, ARROYO AMAYUELAS, E., “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, p. 212, admite que la utilización del instrumento opcional constituye un mecanismo demasiado complejo.

²¹ ARROYO AMAYUELAS, E., *op. cit.*, p. 213, reconoce que este ámbito material de aplicación tan limitado ha merecido severas críticas.

²² No obstante, el artículo 6.2 Reglamento excluye la aplicación de esta normativa común en los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se concede cualquier facilidad en la financiación (*v. gr.*, pago aplazado, préstamo).

²³ Según VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el derecho del consumo y el derecho contractual general”, *op. cit.*, p. 436, la propuesta sólo contempla uno de los tipos de contratos de servicios regulados por el DCFR: el de *processing* (mantenimiento y reparación de bienes).

Ahora bien, concretar la voluntad de las partes reflejada en el contrato no siempre resultará una tarea fácil, porque es habitual que no conste de manera clara e inequívoca. De todas formas, el artículo 148 (a diferencia del artículo IV.C.-2:106), otorga idéntica relevancia jurídica a la intención tácita común de las partes, que a la manifestada de forma expresa²⁴. En cualquier caso, la determinación de la voluntad expresa o tácita de las partes constituye un problema de interpretación de la voluntad contractual para cuya resolución han de utilizarse los criterios y pautas interpretativas generales recogidas en la Propuesta CESL (Parte III, artículos 58 a 65), pues, a diferencia del resto de propuestas armonizadoras, el artículo 148 CESL no enumera criterios específicos de interpretación que permitan determinar si el prestador de servicios compromete una obligación de medios o de resultado (*v. gr.*, el precio, la aleatoriedad del resultado, etc.).

No obstante, la voluntad de las partes –expresa o tácita– en un gran número de casos no resultará suficiente para determinar cuál es el contenido de la prestación asumida por el deudor, pues es probable que nada se desprenda al respecto de las cláusulas contractuales. Así las cosas, el artículo 148 CESL admite que, en ausencia de una obligación expresa o tácita de alcanzar un resultado específico, el proveedor deberá ejecutar el servicio con el cuidado y habilidad de un prestador de servicios razonable de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio. En otras palabras, el precepto reconoce de manera más tajante que su predecesor (artículo IV.C.-2:106) que, para que el deudor deba alcanzar un resultado específico, es necesario que tal exigencia aparezca expresa o tácitamente en el contrato porque, de lo contrario, el deber de conducta del deudor consistirá en una obligación de medios²⁵. En definitiva, la Propuesta CESL declara de forma expresa para los contratos de servicios que regula lo que, a mi juicio, parece deducirse del artículo IV.C.-2:106 DCFR para los contratos de servicios en general: que la obligación por defecto del prestador de servicios es una obligación de medios²⁶. Tal regla contempla como excepción el supuesto de que el servicio consista en la instalación de bienes, pues, en tal caso, como reconoce expresamente el artículo 148.4 CESL, “ésta deberá realizarse de tal modo que los bienes instalados sean conformes con el contrato”. Ello implica, pues, que, en este ámbito, la regla general de la obligación de medios en ausencia de resultado pactado es desplazada por la exigencia de un resultado, aunque no se haya pactado: la conformidad de la instalación con el contrato.

²⁴ CRESPO MORA, M. C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el Draft Common Frame of Reference”, *Indret*, abril 2013, p. 23, afirma que, aunque no exista mención expresa a la voluntad declarada tácitamente, el artículo IV.C.-2:106 presupone que ésta ha de ser tenida en cuenta para determinar el deber de conducta asumida por el prestador del servicio.

²⁵ Ratifican esta conclusión ZOLL, F. & WATSON, J., *op. cit.*, p. 619.

²⁶ En contra, VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el derecho del consumo y el derecho contractual general”, *op. cit.*, pp. 444-445 y “La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo”, *op. cit.*, p. 13. Según el autor, salvo que otra cosa se pacte, el prestador de servicios se obliga a obtener un resultado.

A mi juicio, la principal aportación de la Propuesta sobre el tema en estudio es que contribuye a solucionar cierta controversia doctrinal que había originado la redacción un tanto ambigua del artículo IV.C.-2:106 DCfr. Aparte de ello, realmente añade poco sobre la materia, pues el tercer apartado del precepto –copia literal del artículo IV.C.-2:105 (4), apartados (a), (b) y (e)–, se limita a enumerar las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para determinar el grado de diligencia que debe aplicar el proveedor del servicio. Todo parece indicar que la lista no es exhaustiva²⁷ (el DCFR alude también a otros criterios no contemplados en la Propuesta CESL, como el precio o el carácter societario del prestador del servicio), aunque probablemente los criterios citados por el precepto sean los más importantes²⁸.

Desde mi punto de vista, la regulación de la Propuesta en esta materia es menos completa que la del DCFR pues, a diferencia de aquél, no proporciona criterios adicionales de interpretación como el del resultado *previsible* para averiguar *cuándo* el deudor debe alcanzar un resultado, en el caso de que las partes no hayan previsto este extremo expresa o implícitamente. Ni siquiera enumera los indicios apuntados tradicionalmente (precio, probabilidad del resultado, papel del acreedor) cuya concurrencia permite presumir la existencia de una obligación de resultado, aunque su obtención no haya sido prevista expresa o tácitamente por las partes. En otras palabras, el precepto se conforma con introducir una norma dispositiva de integración del contrato que ha de regir en defecto de pacto. Así, de acuerdo con el tenor literal del artículo 148 CESL, si las partes no prevén la obtención de un resultado expresa o implícitamente, deberá entenderse que la regla aplicable, por defecto, es la exigencia de una obligación de medios.

Ahora bien, la imposición automática de una obligación de medios para todos los casos en que no se prevea contractualmente el resultado podría desencadenar ciertas consecuencias indeseadas. Ello sucederá en aquellas hipótesis en las que, pese a no pactarse un resultado expresa o implícitamente, las circunstancias concurrentes (*v. gr.*, el precio, las probabilidades de producción del resultado calculadas por un observador imparcial o medio, etc.) impongan al acreedor la obtención del mismo. Es decir, utilizando la terminología que emplea el DCFR, cuando, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso concreto, el resultado no pactado constituya un resultado *previsible* para un acreedor *razonable* o *medio*. Según el artículo 148 CESL, aún en esos casos, el resultado no será exigible al deudor, pues el mismo no se ha previsto contractualmente de manera expresa o implícita. Por ello, considero que hubiera sido más adecuado adoptar una solución más

²⁷ ZOLL, F. & WATSON, J., *op. cit.*, p. 620.

²⁸ Según el artículo 148.3 CESL, las circunstancias que pueden tenerse en cuenta para determinar la diligencia y competencia exigible al prestador de servicios son: la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que entraña la prestación del servicio relacionado para el cliente; si se produce un daño, los costes de las medidas preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar; y el tiempo de que se dispone para la prestación del servicio relacionado.

flexible como la prevista por el DCFR, que permite tener en cuenta las particularidades de cada caso concreto²⁹.

En definitiva, la norma consagrada en el artículo 148 beneficia claramente al deudor o prestador del servicio³⁰ en detrimento, claro está, del acreedor o cliente, a quien le hubiese resultado más beneficioso la consagración general de la obligación de obtener un resultado por defecto. Así las cosas, sobre el cliente que alegue el incumplimiento recaerá la carga de probar que el proveedor del servicio no ha actuado con la diligencia y cuidado exigible a ese profesional. En cualquier caso, los intereses del acreedor-consumidor no quedan desprotegidos pues, en su quinto apartado admite que, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor “las partes no podrán excluir la aplicación del apartado 2, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”. Tampoco hay que ignorar que la configuración general de todas las obligaciones de hacer como prestaciones de resultado, aunque en principio beneficie al cliente, en última instancia podría perjudicarlo, al provocar un encarecimiento excesivo de aquellos servicios en los que la obtención del resultado dependa de factores que escapan del control del deudor.

En conclusión, aunque la solución consagrada en la propuesta CESL sea menos ambigua que la prevista en el artículo IV.C.12:106, el DCFR debe seguir considerándose un texto de referencia en la materia, pues la regulación de los contratos de servicios que la propuesta CESL lleva a cabo es parcial y sin ninguna sistematicidad³¹. El resto de los textos armonizadores, por su parte, se conforman con distinguir entre obligaciones de medios y de resultado, limitándose a enumerar algunos criterios que pueden servir de pauta y orientación al intérprete para determinar en cada caso concreto ante qué tipo de obligación se está.

En definitiva, pues, tras el estudio conjunto de las diferentes propuestas armonizadoras, ya no cabe duda de que, en las prestaciones de servicios, la norma prevista en defecto de pacto es la obligación de medios y no la satisfacción del interés primario del acreedor, que requiere la existencia de pacto expreso o tácito.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 12ª ed., 2004.

²⁹ Otra forma de entender el precepto, es identificar el término “implícito” empleado por el mismo con el adjetivo “previsto”, en lugar de interpretarlo literalmente e identificarlo con el término “tácito”. Sin embargo, parece más adecuada la segunda de las interpretaciones (implícito=tácito), pues el término implícito es utilizado por el precepto como contraposición a “obligación expresa”.

³⁰ ELIZALDE, F., *op. cit.*, p. 21, considera igualmente que la solución del artículo 148 CESL es excesivamente protectora del deudor.

³¹ Es más, según ZOLL, F. & WATSON, J., *op. cit.*, p. 618, ha llegado a plantearse si la regla del artículo 148 era realmente necesaria.

- ALONSO PÉREZ, M. T., “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho contractual europeo)”, *Indret* 3/2012, (www.indret.com), 2012.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 1-28.
- BARENDRECHT, M., *Principles of European Law. Service contracts* (vol. III), Oxford University Press, 2007.
- BARRÓN ARNICHES, P., “Comentario a los artículos IV.C.-1:101, 1:102,1:103, 2:101, 2:102, 2:103, 2:104, 2:105, 2:106, 2:107, 2:108, 2:109, 2:110, 2:111 DCFR”, en *Derecho contractual europeo. Libros II y IV del MCR*, Coords. Vaquer Aloy, Bosch Capdevilla, Sánchez González, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1137-1205.
- *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Reus, Zaragoza, 2011.
 - “El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2134, 2011, pp. 1-18.
 - “Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Coord. Bosch Capdevilla, ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 475-490.
 - “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”, *Indret*3/2008, (www.indret.com), 2008.
- BÉNAVENT, A., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12 ed., 2010.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- CRESPO MORA, M. C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *Indret*, abril 2013, pp. 1-45.
- “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR”, *Noticias de la Unión Europea*, 2011, pp. 45-58.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo II, Thomson-Civitas, Navarra, 6^a ed., 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Tomo I, Madrid, 10^a ed., 2012.

- ELIZALDE, F., “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil”, *Indret*, julio 2014, pp. 1-40.
- FLECHTNER, H.M., “Service contracts in the United States (and from an Economic perspective): a comparative view of the DCFR’s service contract provision and their application to *Hawkins v McGee*”, en *Service contracts*, Reinhard Zimmermann (Director), Mohr Siebeck, 2010, pp. 149-166.
- GALGANO, F., *Trattato de Diritto Civile*, Vol. II, Cedam, Padova, 2009.
- GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho civil*, núm. 1, 2014, pp. 7-27, www.nreg.es.
- JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparativo con el Derecho alemán)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXV, Fasc. II, 2012, pp. 551-584.
- JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Fascículo I, 1991, pp. 5-96.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, (actualizado por Francisco Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 4ª ed., 2007.
- LARROUMET, C., *Droit civil*, Tomo III (1ª parte: *Les obligations*), Economica, 6ª ed., 2007.
- LOBATO GÓMEZ, J.M., “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, Fascículo II, 1992, pp. 651-734.
- LOOS, M., “Service contracts”, en *Towards a European Civil Code*, Arthur S. Hartkamp (Director), Kluwer Law International, 2011, pp. 757-786.
- MALAURIE, P./AYNÈS, L./STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, Defrénois, Paris, 4ª ed., 2009.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *et al.*, *Curso de Derecho civil*, Tomo II, Colex, Madrid, 3ª ed., 2011.
- MENGONI, L., “Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzi”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1954.
- PERALES VISCASILLAS, P., “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Derecho contractual europeo. Problemática*,

- propuestas y perspectivas*, Coord. Bosch Capdevilla, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183-207.
- TORRENTE, A./SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto private*, Giuffrè Editore, Milán, 19 ed., 2009.
- VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente (Director)/ Arroyo Amayuelas (Coordinador), Civits-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 421-456.
- “La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo”, en *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Dir. Barrón Arniches, Comares, Granada, 2012, pp. 1-26.
 - “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo I, 2011, pp. 5-39.
 - “El Marco Común de Referencia”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Coord. Bosch Capdevilla, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión europea lastrado por la protección del consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 1, marzo 2013, pp. 199-216.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C., *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009.
- VINEY, G./ JOURDAIN, P., *Traité de Droit civil. Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 3^a ed., 2006.
- VOIRÍN, P./GOUBEAUX, G., *Droit Civil*, Tomo I, L.G.D.J., 33 ed., 2011.
- WIEACKER, F., “Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht”, en *Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Tomo I, 1965, pp. 783-813.
- ZIMMERMANN, R., *Service contracts*, ed. Mohr Siebeck, 2010.
- ZOLL, F. & WATSON, J., “Art. 148”, en *Common European Sales Law –Commentary*, ed. Reiner Schulze, C. H. Beck, Munich, 2012, pp. 618-620.