

InDret

REVISTA PARA
EL ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)

En particular, sus diferencias con las obligaciones precontractuales de información y su función en orden a la determinación del objeto u objetos del contrato

M^a Teresa Alonso Pérez

Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

BARCELONA, JULIO 2012

Abstract*

El artículo 1:103 de los Principles of European Law Services Contract y el art. IV.C.2:102 del Marco Común de Referencia contemplan unas denominadas “obligaciones precontractuales de advertencia”. Se conciben como específicas de los contratos de servicios pero aplicables a cada uno de los tipos de contratos de servicios que estos textos recogen. Se trata de obligaciones de información y se ubican en la fase de negociación del contrato, pero, pese a ello, no pueden asimilarse al prototipo de obligación precontractual de información. Las diferencias existentes entre unas y otras determinan una distinta funcionalidad que, en ambos casos, tiene que ver con la formación del contrato. Sin embargo, las obligaciones precontractuales de advertencia no vienen a prevenir posibles asimetrías informativas sino que su función, habida cuenta de sus características, tiene que ver con la concreción del objeto u objetos en el momento de perfeccionarse el contrato. Estas obligaciones viabilizan que los sujetos que negocian concreten en el más alto grado posible el servicio a prestar y el precio. Suponen, en definitiva, una adaptación de las normas sobre formación del contrato a las especificidades propias de la contratación de servicios, en los que es habitual que no estén determinados los objetos –ni el servicio ni el precio– en el momento de perfección del contrato.

Articles 1: 103 of the Principles of European Law Services Contract and IV.C. 2: 102 of the Draft Common Frame of Reference contemplate some precontractual duties to warn. They are designed for application as service contracts in general. Although they are information duties, we can't to recognize as equivalent to the prototype of pre-contractual obligation of information. Their differences determine a different function in the process of formation of the contract. The pre-contractual obligations of warning do not prevent asymmetries but that its role, given its characteristics, is to specify the object of the contract before its formation. These obligations allow parties to specify the service and the price. They suppose, in short, an adaptation of the rules on contract formation to the service contracts, where it is usual that the service and the price are uncertain.

Title: The role of the pre-contractual duties to warn in the conclusion of the service contracts (Study of European Contractual Law)

Palabras clave: obligación de advertencia, obligación de información, obligaciones precontractuales de información, obligaciones precontractuales de advertencia, formación del contrato, objeto del contrato, contratos de servicios, obligaciones de medios y de resultado

Keywords: duty to warn, information duties, pre-contractual duties to warn, pre-contractual duties to inform, conclusion of the contract, object of the contract, service contracts, obligation of means and obligation of result

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2011-23056 “Formación del contrato: desde la negociación a la perfección del contrato” financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Sumario

1. Introducción
2. Somera descripción de las obligaciones de advertencia precontractuales
 - 2.1. Contenido de las advertencias
 - 2.2. Cuándo son exigibles estas obligaciones y cuándo no
 - 2.3. Consecuencias de su incumplimiento
3. Análisis de las figuras que le son próximas e intento de catalogación
 - 3.1. La obligación de advertencia como un tipo de obligación de información
 - 3.2. Las obligaciones que analizamos son de carácter precontractual. Distinción de las de índole contractual que operan en la fase de ejecución del contrato
 - 3.2.1. Supuestos de obligaciones de advertencia de carácter contractual
 - 3.2.2. Función propia de las obligaciones de advertencia de índole contractual: transmisión de riesgos
 - 3.3. ¿Son, por tanto, obligaciones precontractuales de información?
 - 3.3.1. Concepto funcional de las obligaciones de información precontractual
 - 3.3.2. Las diferencias entre las obligaciones precontractuales de información y las de advertencia
 - 3.3.3. Imposibilidad de asimilación funcional
4. Función de las obligaciones precontractuales de advertencia en los contratos de servicios
 - 4.1. Contenido de las obligaciones de advertencia frente al contenido de las obligaciones de informar
 - 4.2. El objeto en el momento de formación del contrato y la inadecuación de las normas generales para su aplicación a los contratos de servicios
 - 4.3. Su función: favorecer la mayor concreción posible del objeto u objetos en el momento de formación del contrato
 - 4.3.1. Concreción del servicio
 - 4.3.2. Concreción del precio y de la duración del servicio
5. Recapitulación y conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

En este estudio vamos a analizar una serie de obligaciones relacionadas con los contratos de servicios y que se ubican en la fase previa a la perfección de la relación contractual. Se trata de las denominadas “obligaciones de advertencia” –Pre-contractual duties to warn– que encontramos en el artículo 1:103 de los Principles of European Law Services Contract –en adelante PEL SC– y que, después, se recogen, con algunas variaciones –que en algunos casos pueden ser significativas– en el art. IV.C 2:102 del Marco Común de Referencia –en adelante DCFR–.

Empezaremos haciendo una descripción de estas obligaciones para, después, intentar llegar a entender qué son y en qué consisten exactamente. Para entender una institución jurídica hay que definir qué problema soluciona, en definitiva, concretar su función, la necesidad normativa que atiende. Esta labor de descripción funcional aboca irremediamente al análisis de instituciones cercanas y, en este caso, deberemos examinar, por un lado, las obligaciones precontractuales de información y, por otro, obligaciones de advertencia que operan en la fase de ejecución del contrato. Ello nos permitirá –creo– llegar a alguna conclusión sobre cuál es la función de las obligaciones precontractuales de advertencia que están previstas exclusivamente para su aplicación a los contratos de servicios.

Antes de proceder a este análisis reproducimos los textos de los artículos que van ser objeto de estudio:

Principles of European Law Services Contract (PEL SC)

Article 1:103: Pre-contractual Duties to Warn.

- (1) The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware or if the service provider has reason to know that the service requested:
 - (a) may not achieve the result stated or envisaged by the client, or
 - (b) may damage other interests of the client, or
 - (c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client.
- (2) The duty to warn in paragraph (1) does not apply if the client:
 - (a) already knows of the risks referred to in subparagraph (1)(a), (b), or (c); or
 - (b) has reason to know of the risks.
- (3) If an event referred to in paragraph (1) occurs and the client was not duly warned:
 - (a) the client need not accept a change of the service under Article 1:111 unless the service provider proves that the client, if the client would have been duly warned, would have entered into a contract taking into account the event; and
 - (b) the client may recover damages in accordance with Article 4:117(2) and (3) PECL (Damages).
- (4) The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware, or if the client has reason to know of unusual facts that are likely to cause the service to become more expensive or take more time than expected by the service provider.
- (5) If the facts referred to under paragraph (4) occur and the service provider was not duly warned, the service provider is entitled to:
 - (a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the non-performance; and
 - (b) an adjustment of the time of performance that is required for the service.
- (6) For the purpose of paragraph (1), the service provider has ‘reason to know’ if the risks would be obvious to a comparable service provider in the same situation as this service provider from all the facts

and circumstances known to the service provider, considering the information that the service provider must collect about the result stated or envisaged by the client and the circumstances in which the service is to be carried out.

(7) For the purpose of subparagraphs (2) (b) and (4), the client has 'reason to know' if the risks would be obvious to a comparable client in the same situation as this client from all the facts and circumstances known to the client without investigation. The client is not treated as knowing of a risk, or having reason to know of it, merely because the client was competent, or was advised by others who were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case Article 1:305 PECL (Imputed Knowledge and Intention) applies.

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

IV. C. - 2:102: Pre-contractual duties to warn

(1) The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested:

- (a) may not achieve the result stated or envisaged by the client;
- (b) may damage other interests of the client; or
- (c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client.

(2) The duty to warn in paragraph (1) does not apply if the client:

- (a) already knows of the risks referred to in paragraph (1); or
- (b) could reasonably be expected to know of them.

(3) If a risk referred to in paragraph (1) materialises and the service provider was in breach of the duty to warn of it, a subsequent change of the service by the service provider under IV. C. - 2:109 (Unilateral variation of the service contract) which is based on the materialisation of the risk is of no effect unless the service provider proves that the client, if duly warned, would have entered into a contract anyway. This is without prejudice to any other remedies, including remedies for mistake, which the client may have.

(4) The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware of unusual facts which are likely to cause the service to become more expensive or time-consuming than expected by the service provider or to cause any danger to the service provider or others when performing the service.

(5) If the facts referred to under paragraph (4) occur and the service provider was not duly warned, the service provider is entitled to:

- (a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the failure to warn; and
- (b) an adjustment of the time allowed for performance of the service.

(6) For the purpose of paragraph (1), the service provider is presumed to be aware of the risks mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the service provider, considering the information which the service provider must collect about the result stated or envisaged by the client and the circumstances in which the service is to be carried out.

(7) For the purpose of paragraph (2)(b) the client cannot reasonably be expected to know of a risk merely because the client was competent, or was advised by others who were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case II. - 1:105 (Imputed knowledge etc.) applies.

(8) For the purpose of paragraph (4), the client is presumed to be aware of the facts mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the client without investigation.

2. Somera descripción de las obligaciones de advertencia precontractuales

Vamos a proceder en un primer apartado a describir las obligaciones objeto de nuestro estudio tal cual están diseñadas en los artículos 1:103 de los PEL SC y en el artículo IV.C 2:102 del DCFR. Se trata sólo de una explicación de sus características que nos permita luego discurrir mejor sobre la función que desempeñan.

En este orden de cosas, es oportuno reseñar que, en los textos legales en que se enmarcan los artículos que analizamos no se contemplan obligaciones de advertencia de alcance general que aparezcan aquí concretadas *para los contratos de servicios*; tampoco se trata de un tipo de obligación que se establezca específicamente para cada tipo contractual contemplado en estos textos como la compraventa o el arrendamiento. Lo que queremos destacar es que se trata de una obligación exclusivamente prevista para los contratos de servicios. Puede explicar la existencia de este artículo tan novedoso, la aproximación original que los autores del PEL SC hacen a este tema debido a la inexistencia de un cuerpo coherente de Derecho del contrato de servicios a nivel europeo y nacional¹.

Por otra parte, las obligaciones precontractuales de advertencia *son aplicables a todos los tipos contractuales de servicios* puesto que se ubican en la parte general de los contratos de servicios; únicamente vuelven a normarse específicamente para el contrato de depósito (art. 4:102 PEL SC) y para el de diseño (art. 5: 102 PEL SC y art. IV.C 6:102 del DCFR).

Estas obligaciones *son recíprocas*, es decir, implican deberes tanto para el prestador como para el prestatario o cliente, o mejor dicho –puesto que se ubican en el período de negociación– para quien demanda los servicios y para quien los ofrece.

Es importante precisar también el *carácter precontractual* de las obligaciones que estudiamos, puesto que en los mismos textos se contemplan otras obligaciones de advertencia de alcance contractual propias de la fase de ejecución del contrato, concretamente en los artículos 1:110 PEL SC y IV. C 2:108 DCFR. Son obligaciones muy similares a las que vamos a analizar, y, al igual que ellas, sólo se prevén para los contratos de servicios a los que se aplican con carácter general. Ahora bien, el hecho de que se trate de obligaciones contractuales propias de la fase de ejecución del contrato determina que su función no sea la misma que la de las precontractuales.

Dicho esto, procedemos al análisis de estas obligaciones.

¹ Loos (2011, p. 760).

2.1. Contenido de las advertencias

Como hemos dicho, las obligaciones no recaen sólo sobre uno de los sujetos que intervienen en la negociación, sino sobre ambos aunque con alcance distinto.

Concretamente, *el futuro prestador debe advertir* a quien demanda sus servicios de la posibilidad de no obtener el resultado que podría esperar, también de que pueden verse afectados otros intereses suyos, y, por último, que puede ser más caro o llevar más tiempo su ejecución que el que pueda prever. Esta obligación se concreta, en el caso del contrato de diseño, en el sentido de que el prestador del servicio debe advertir al cliente si carece de la competencia requerida para abordar problemas que precisen la intervención de un especialista (art. 5:102 PEL SC y art. IV.C 6:102 DCFR).

Por su parte, *el futuro prestatario debe advertir* al prestador del servicio de cualquier hecho inusual –*unusual facts*– que pueda encarecer el servicio o que pueda alargar en el tiempo su ejecución sobre lo que puede prever en un principio. Esta norma es desarrollada específicamente para el contrato de depósito o almacenamiento en el artículo 4:102 PEL SC –que no tiene similar en DCFR– conforme al cual, el cliente debe advertir al depositario de todo peligro inusual vinculado a la cosa o a su conservación y del que tenga conocimiento.

2.2. Cuándo son exigibles estas obligaciones y cuándo no

Estas obligaciones se caracterizan porque no rigen en todo caso sino que su exigibilidad depende de varias circunstancias. Así, uno y otro sujeto sólo deben advertir *si conocen o tienen razón para conocer* la información acerca de la cual deben advertir.

El párrafo (6) del mismo precepto de los PEL SC especifica *cuándo hay que entender que el prestador tiene razón para conocer*. Se toma como referencia genérica la figura de otro prestador en la misma situación, de modo que si, para éste, los riesgos son evidentes, para él también deberá entenderse que lo son. Se tiene en cuenta que dicho conocimiento debe tenerse sin haberse procedido a una investigación particular y teniendo en cuenta las informaciones de que dispone el prestador acerca del resultado esperado por el cliente y de las circunstancias en que el servicio debe suministrarse.

No obstante, *al prestador* –aunque conozca o tenga razón para conocer– *se le exonera de la obligación de alertar* en base a circunstancias subjetivas que afectan al prestatario-cliente, no debiendo advertirle cuando, aun consciente de los riesgos, *éste ya los conociera o tuviera razón para conocerlos* –art. 1:103(2) PEL SC y art. IV.C. 2:102 (2) DCFR–. El fundamento de esta norma que exonera de la obligación es el mismo que inspira otra prevista en materia de obligaciones de información precontractual para los servicios, concretamente la del artículo 22 de la [Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al mercado interior de servicios](#) –art. 22 de la Ley española 17/2009 que la incorpora– conforme a la cual el prestador no deberá informar si los datos relevantes se derivan claramente del contexto. Se exime de informar porque el usuario del servicio ya ha accedido a los datos relevantes por otra vía. La

razón de ser de ambos preceptos es la misma: no hay que informar ni que advertir porque el objetivo de que el prestatario decida conociendo esa información o esa advertencia ya se ha conseguido.

Por su parte, el párrafo (7) de este mismo precepto, art. 1:103 PEL SC, determina que el *prestatario o cliente tiene razón para conocer* los hechos o circunstancias inusuales que pueden encarecer o alargar en el tiempo la ejecución del servicio cuando son evidentes para un cliente en su misma posición y a la vista de todos los hechos y circunstancias conocidas por el prestatario sin indagación específica. Pero se va un poco más lejos, en el sentido de que no se considera que el cliente conozca un riesgo o tenga razón para conocerlo sólo porque sea competente o esté aconsejado por un tercero competente en el ámbito concernido, salvo que éste último fuera un mandatario del cliente al que se aplique el art. 1:305 de los PEDC. La redacción del artículo paralelo en el DCFR es más sencilla –y creo que más acertada– en el sentido de que se establece que se presume que el prestatario-cliente conoce esos hechos inusuales si son obvios atendiendo a los hechos y circunstancias conocidas por el cliente sin investigación.

Conviene señalar que la exoneración de la obligación de advertir que operaba para el prestador y que se apoyaba en el conocimiento de los riesgos por parte del prestatario, no tiene su reflejo para éste último, el cual no puede amparar el incumplimiento de la obligación de advertencia en el dato de que el prestador conozca o tenga razón para conocer esos hechos inusuales.

2.3. Consecuencias de su incumplimiento

Las consecuencias anudadas al incumplimiento de las obligaciones de advertencia propias de la fase precontractual son las siguientes.

Cuando el que incumple es el prestador, el artículo 1:103 de los PEL SC dispone que:

Si se ha celebrado el contrato, el cliente no se verá obligado a aceptar una modificación del mismo prevista en el artículo 1:111, conforme al cual las partes se pueden ser obligadas a aceptar una modificación del contrato en determinadas circunstancias siempre y cuando la alteración sea razonable. Consecuentemente y para el caso que nos ocupa, cuando el prestador incumple su obligación de advertencia, el contrato debe ser cumplido en los términos pactados si lo exige el prestatario. Esta consecuencia se puede neutralizar si se demuestra que el cliente habría aceptado igualmente la relación contractual de haber sido debidamente advertido.

Por otra parte, el prestatario puede reclamar los daños que se le hayan podido causar tal y como se regula en los artículos 4: 117 (2) y (3) de los PEL SC.

Si el incumplidor de la obligación de advertir es el prestatario, el prestador tendrá derecho a los daños derivados de la pérdida soportada por la no ejecución del servicio y a un reajuste del período de cumplimiento requerido para el suministro del servicio.

Por su parte, el DCFR al incorporar el texto de estos artículos introduce alguna variación en lo relativo a los remedios previstos para el incumplimiento.

Así, para el caso de que *el prestador incumpla* su obligación de advertir, el art. IV.C. 2:102 DCFR contempla también la neutralización de la posibilidad de proceder a una modificación unilateral del contrato de servicio previsto en este texto en el artículo IV.C.2:109, salvo que demuestre que el cliente hubiera contratado igualmente de haber sido alertado. Todo ello sin perjuicio de cualquier otro remedio que el cliente pueda hacer valer, y menciona expresamente los derivados del error; mención expresa que no aparece explicitada en los PEL SC, pero cuyos autores valoraban como aplicable².

Esta referencia a los remedios previstos para el error es muy significativa por la proximidad de estas obligaciones a las de información precontractual cuyo incumplimiento suele generar como patología un vicio del consentimiento, pero de eso me ocupó más adelante.

Por otro lado, el DCFR establece que, *si el que no advierte, debiendo hacerlo, es el cliente-prestatario*, el prestador tendrá derecho a los daños derivados de la pérdida soportada como consecuencia del incumplimiento de la advertencia. Entiendo que esto supone que el riesgo de un mayor coste del servicio en relación al precio fijado corresponderá al prestatario (cliente) que deberá asumirlo; asimismo, el prestador tendrá derecho a un reajuste del tiempo pactado para el cumplimiento del contrato.

Desde el punto de vista de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales de advertir quiero reseñar que, a grandes rasgos y sin hacer las matizaciones pertinentes, parece que el grueso de remedios tienden al mantenimiento de la eficacia del contrato –si éste se ha celebrado– en los términos pactados, cuando el que incumple es el prestador, y a una modificación de su contenido cuando quien incumple es el prestatario (cliente). No obstante, como digo, cabe hacer matizaciones, como la posibilidad de alegar el error prevista únicamente en el DCFR que da entrada a otras posibilidades, entre ellas, la de anular el contrato (art. II.-7:201 DCFR y 4.103 PEL); no obstante, en estos dos textos uno de los remedios para el error es la adaptación del contrato (4:105 PEL y II.-7:203 DCFR).

3. Análisis de las figuras que le son próximas e intento de catalogación

3.1. La obligación de advertencia como un tipo de obligación de información

El concepto de obligación de advertencia no es un concepto muy elaborado, ni normativa, ni doctrinalmente, de modo que no es fácil encontrar referencias doctrinales; tampoco es fácil hallar ejemplos normativos de este tipo de obligaciones que nos sirvan de contraste con los que estamos estudiando.

Creo que el punto de partida para el análisis de estas obligaciones es el de su consideración como obligaciones de información. La doctrina francesa distingue tres tipos de deberes de información:

² Study Group on a European Civil Code (PEL SC 2007b, p. 166).

el de información, el de advertencia (*mise en garde*) y el de consejo³.

FABRE-MAGNAN (1992, pp. 9, 379 y ss.), considera que, aunque no puede establecer una *summa divisio* entre los tres tipos, la distinción se traduce a menudo en una diferencia real para su deudor. Así que distingue entre la obligación de información y la de advertencia (*mise en garde*), entendiendo que ésta última consiste en suministrar una información pero insistiendo y llamando la atención sobre los riesgos que se correrían de no tenerla en cuenta. La advertencia, dice esta autora, es más exigente que la simple información: exige del deudor que suministre una información objetiva y que señale las consecuencias objetivas a deducir de la misma, todo desde una perspectiva de riesgo, de peligro a evitar.

Esta idea de peligro, de riesgo para las personas o su patrimonio, es tomada en consideración por PÉREZ GARCÍA (1990, pp. 97, 283 y ss.) que distingue entre advertencias e instrucciones, evidenciando así la idea que viene a la mente cuando se habla de advertencia: este tipo de obligaciones tiene que ver con la necesidad de alertar sobre un peligro, sobre un riesgo que puede darse para las personas, por ejemplo, en el caso de la venta de un producto peligroso.

Esta función de prevención de algún tipo de daño para las personas o su patrimonio entiendo que, si bien no es el aspecto central de los preceptos que analizamos –por ello no abordaremos su estudio en profundidad– encuentra también su reflejo en ellos cuando se refieren a que el prestador debe advertir de la posibilidad de que otros intereses del prestatario (cliente) puedan resultar perjudicados por la prestación del servicio.

Por su parte, FABRE-MAGNAN (1992, pp. 9, 379 y ss.) aunque alude a esa misma idea, no reduce el concepto de advertencia a idea de peligro a evitar; sus consideraciones van un poco más allá y entiende que la diferencia entre la obligación de información y la de advertencia es de grado. En lo que a nosotros nos afecta, es relevante la consideración que realiza esta autora en el sentido de que, antes de la emisión de un consentimiento, la advertencia recae o tiene que ver con la adecuación de la decisión a tomar al interés, a las necesidades del acreedor. Dentro de esta línea también es interesante lo que, en Derecho alemán, se conoce como *Aufklärung* (en francés, *éclaircissement*) que designa las informaciones debidas a una persona no para ejercer o realizar sus derechos, sino para permitirle no actuar contra sus intereses, lo que puede ser importante antes de la conclusión de un contrato y, en algunos casos, después de la misma⁴.

Por lo dicho hasta aquí, creo que podemos convenir en que las obligaciones de advertencia pueden considerarse una especie de obligación de información.

³ VINEY *et al.* (2006, pp. 473 y ss.).

⁴ HERZFLEDER (1972, p. 564).

3.2. Las obligaciones que analizamos son de carácter precontractual. Distinción de las de índole contractual que operan en la fase de ejecución del contrato

Las obligaciones que estamos analizando tienen carácter precontractual, lo cual es muy importante en orden a determinar su funcionalidad, debiéndose establecer netamente la distinción entre este tipo de obligaciones y las contractuales.

3.2.1. Supuestos de obligaciones de advertencia de carácter contractual

En los mismos textos en que se insertan las obligaciones que estudiamos se contemplan otros deberes de advertencia pero de carácter contractual, es decir, que operan en la fase de ejecución del contrato (art. 1:103 PEL SC y art. IV. C. 2:108 DCFR). Los datos de los que hay que advertir son los mismos en uno y otro caso: el prestador debe advertir de la posibilidad de que no se obtenga el resultado, de que resulten afectados otros intereses del cliente o de la eventualidad de que el servicio devenga más caro o de que su consecución se demore más tiempo que el previsto por el cliente. No obstante, existe aún otra diferencia que tiene cierta relevancia, como veremos más adelante: en el caso de las precontractuales se imponen obligaciones de advertir a las dos partes de la negociación, mientras que en el caso de las contractuales la obligación sólo corresponde al prestador del servicio.

Son precisamente los comentaristas del art. 1:110⁵ los que nos ponen sobre la pista de otras obligaciones de advertencia que operan en la fase de ejecución del contrato de obra o del *contratto d'appalto* italiano.

El Código civil español, al regular quién asume el riesgo de destrucción o pérdida de la obra antes de que la misma concluya, dispone –en el artículo 1490– que, si los materiales los aportó el cliente y son inadecuados o de mala calidad, el riesgo de la pérdida corre de cuenta del cliente si el contratista lo advirtió debidamente, mientras que si no lo advirtió, el riesgo corre de cuenta del contratista.

El artículo 1663 del Código civil italiano para el *contratto d'appalto* establece la obligación del contratista (*appaltatore*) de denunciar los defectos de los materiales suministrados por el contratista.

El Código civil holandés es acaso el que más claramente recoge este concepto y establece una serie de obligaciones de advertencia al regular el contrato de obra –*construction agreement*–. Concretamente en el artículo 7:752 (2) dispone que, cuando se ha fijado un precio indicativo, el precio global no puede exceder del 10%, a menos que el constructor haya advertido al contratista. Más extensamente el artículo 7:754 –*Duty of the constructor to give a warning*– establece una obligación de advertencia del constructor al principal de la obra cuando considera que el trabajo que le es encomendado es inadecuado, o bien lo son los materiales, planos, etc. que ha suministrado el principal.

Ampliando más el foco, se encuentran también este tipo de obligaciones en el ámbito del Derecho bancario, concretamente y en el Ordenamiento jurídico español, en el artículo 79-*bis*. 7 de la [Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores](#) –modificada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre por la que se incorpora al Derecho interno la [Directiva MiFIN 2004/39/CE de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros](#)– se prevé la obligación de la entidad de servicios de inversión de advertir al cliente de que desconoce si el producto o servicio de

⁵ Study Group on a European Civil Code (PEL SC 2007b, Comparative notes p. 255).

inversión es adecuado para el cliente; la ignorancia de la entidad puede deberse a que el cliente no ha suministrado la información pertinente y solicitada, o bien debe advertir de que, en base a la información facilitada por el cliente, la entidad entiende que el producto o servicio no se adecua a su perfil de inversor. Incluso se dispone que dichas advertencias podrán realizarse en un formato normalizado. Dicha norma procede del artículo 19.5 de la Directiva MiFIN 2004/39.

Por último, queda aludir a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11.10.2011 (en adelante CESL); esta Propuesta dispone una regulación de los servicios relacionados, debiendo entenderse como tales los definidos en el artículo 2 de dicha Propuesta como cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestado por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa –para una definición más completa de qué debe entenderse por servicios relacionados puede consultarse el artículo 2.m), de la Propuesta–. En este texto se establece, en el artículo 152, una obligación de advertencia en la fase de ejecución del contrato y a cargo únicamente del prestador; tiene que ver con la posible elevación del precio del servicio sobre lo indicado por el prestador al cliente o para el caso de que el valor del servicio fuera superior a los bienes o contenidos digitales después de la prestación del servicio. En caso de que no obtenga el asentimiento del prestatario, el prestador no tendrá derecho a cobrar un precio superior al ya indicado o, si es el caso, al valor de los bienes o contenidos digitales tras la prestación del servicio relacionado. Hay que subrayar que, en este caso, se exige que conste el asentimiento del prestatario para que se proceda a la modificación del precio acordado.

3.2.2. Función propia de las obligaciones de advertencia de índole contractual: transmisión de riesgos

Todos estos casos de obligaciones de advertencia que hemos expuesto distintos a los que son objeto de estudio son contractuales, es decir, nos encontramos ante convenios ya perfectos y en curso de ejecución.

Puede apreciarse que su ámbito operativo es el de la responsabilidad contractual: una parte es responsable de la no consecución de un determinado resultado (pérdida de la obra por inadecuación de los materiales) o de no consecución del mismo en los términos previstos (el precio va a resultar más elevado que el pactado) si tuvo ocasión de advertir a su contraparte de que eso podía acontecer y no lo hizo. Se trata de alertar al otro contratante del riesgo de no consecución del resultado final o de no obtención en los términos previstos para que éste lo asuma en caso de que se materialice, provocando una transferencia de ciertos riesgos contractuales a la contraparte.

Es decir, las normas a que estamos haciendo referencia están pensadas para proceder a un reparto de riesgos distinto al que resulta del pacto; en definitiva, a una modificación del contrato. Están previstas para el caso de que surja, en el curso de la ejecución del contrato, alguna incidencia que impida que el cumplimiento del mismo responda al proyecto trazado por las partes. Se traslada el riesgo de no obtención del fin último pretendido (o en las condiciones

pactadas) al cliente. Es decir, el prestador del servicio de inversión al informar de que, en su opinión, el producto en el que el cliente decide invertir no es adecuado a su perfil o desconoce si es el más aconsejable para él, está consiguiendo que se le exonere de responsabilidad para el caso de pérdida del capital invertido o de no obtención de la rentabilidad buscada. Lo mismo en el caso del contrato de obra del artículo 1490 del Código civil español. Acaso el esquema más parecido a uno de los supuestos que contemplan los artículos que estudiamos sea el del artículo 7:752 del Código civil holandés: fijado un precio, si el coste final de la obra va a exceder en un 10%, es obligatorio advertir al dueño de la obra, para darle la oportunidad de restringirla o simplificarla; si no adopta ninguna medida, entendemos que el sobreprecio será de cuenta del cliente como consecuencia de la advertencia, mientras que, si no se le avisa, el sobrecoste será asumido por quien realiza la obra. Este mismo esquema es el que aparece en el artículo 157 CESL: el precio es el pactado pero si el prestador advierte de un coste más elevado y obtiene el asentimiento del prestatario se procede a una transmisión del riesgo; no obstante, en este último caso, se trataría de una modificación consentida por las dos partes ya que se requiere asentimiento del prestatario al sobreprecio; de modo que la modificación del contrato requiere consenso, y no se produce sólo por la advertencia por parte de quien presta el servicio. Es decir, en este caso y a diferencia de los demás, la mera advertencia no provoca la alteración del contrato.

Cuando nos encontramos ante una relación contractual ya perfecta, las obligaciones de advertencia vienen a cumplir, según lo que hemos dicho, una función de transferencia de riesgos. ¿De qué riesgos? Del riesgo de no consecución del resultado comprometido, de un mayor coste, o de que el período de cumplimiento se vaya a extender por encima de lo previsto. Es decir, del riesgo de no poder cumplir el compromiso asumido o, al menos, de no poderlo cumplir cómo quedó fijado en el contrato. Es bastante relevante en este sentido que en los propios PEL SC y DCFR las obligaciones de advertencia contractuales –que operan tras la perfección del contrato– del art. 1:110 PEL SC y art. IV.C. 2:108 DCFR se establezcan únicamente a cargo del prestador del servicio, que es quien tiene el riesgo de no consecución del resultado final en las condiciones (de precio y duración) previstas en el pacto, mientras las precontractuales corresponden a los dos sujetos de la relación. Y es significativo porque, en el primer caso, se trata de trasladar al prestatario el riesgo –total o parcialmente– de no consecución del compromiso adquirido por el prestador de obtención de un resultado o, al menos, de no conseguirlo en las condiciones en que se había previsto.

3.3. ¿Son, por tanto, obligaciones precontractuales de información?

En un primer momento, la inercia provocada por trabajos personales precedentes y también por el hecho de que científica y normativamente se esté poniendo el acento en el análisis de las obligaciones precontractuales de información, determinó que enfocara el estudio de los deberes de advertencia desde la perspectiva de aquéllas obligaciones⁶; a lo cual, desde luego, colabora el

⁶ Sobre esta cuestión BEALE *et al.* (2011, pp. 49 y ss.).

que ésta sea la visión de los propios comentaristas de los artículos que analizamos⁷.

Lo dicho hasta aquí, también parece abocar a dicha consideración: si son obligaciones de información y son precontractuales, parece que debemos examinarlas como tales. Sin embargo, en la descripción que hemos hecho de ellas, se habrá podido percibir ya que algunas de sus características dificultan su asimilación a las obligaciones precontractuales de información.

3.3.1. Concepto funcional de las obligaciones de información precontractual

Se suele entender que la función de las obligaciones de información precontractual es la protección de una de las partes, ubicada –con respecto al otro contratante– en una posición de inferioridad en la negociación del contrato⁸, provocada por las asimetrías informativas (distinto nivel de información de que disponen los contratantes sobre aspectos relevantes del contrato). En este sentido, se suele destacar su importancia como medida preventiva de protección de los consumidores, bien porque protegen su salud y seguridad, bien porque procuran una adecuada conformación del mercado⁹.

Así, por ejemplo, destacaríamos como típicas obligaciones legales de información precontractual que responden a esta idea las establecidas: en los arts. 18, 20 o 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –aprobado por Real-Decreto Legislativo 1/2007–¹⁰ en el artículo 5 de la Directiva 2011/83 de 25 de octubre de 2011 sobre derechos de los consumidores, las impuestas para proteger al adquirente de vivienda en el RD 515/1989 y otras normas autonómicas¹¹. Como obligaciones de información precontractual propias de los contratos de servicios, podemos citar las establecidas en el artículo 22 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al mercado interior de servicios –y en el art. 22 de la Ley española 17/2009 que la incorpora–. Hay que señalar que esta Directiva declara, en el párrafo 90 de su preámbulo, la intención de no entrar a regular ningún aspecto del contrato de servicios, sin embargo, no puede evitarlo del todo estableciendo una serie de obligaciones legales de información en la fase precontractual.

Todas las normas que mencionamos imponen la obligación de quien incorpora un bien o un servicio al mercado de informar a quien lo pueda demandar para que éste pueda tomar una decisión consciente y libre a la hora de consentir.

Cuando las leyes imponen este tipo de obligaciones suelen, en primer lugar, establecerlas a cargo de la parte que incorpora los bienes y servicios al mercado porque tiene más fácil y económico acceso a la información relevante; en segundo lugar, la obligación de información que se

⁷ Study Group on a European Civil Code (PEL SC 2007, p. 178) y Study Group on a European Civil Code y The Research group on EC Private Law (DCFR Full Edition 2009, p. 1620).

⁸ GÓMEZ CALLE (1994, p. 15).

⁹ DE LA MAZA GAZMURI (2010, p. 119).

¹⁰ CÁMARA (2011).

¹¹ ALONSO PÉREZ (2010).

establece existe en todo caso, siendo habitual precisar el contenido de la que debe suministrarse. Por último, las consecuencias del incumplimiento de este tipo de obligaciones suelen ser fundamentalmente sancionatorias (de orden administrativo); en cuanto a las consecuencias de orden jurídico-privado, se canalizan sobre todo –tomando como referencia el Derecho español– a través de la presencia de vicios del consentimiento –error o dolo– o, en su caso, de la integración del contenido del contrato con lo ofrecido en la fase precontractual en caso de tratarse de relaciones de consumo o, en su caso, a través de la integración del contenido del contrato conforme a la buena fe, amén de las consecuencias que cabe derivar de la aplicación del artículo 20 del TRLGDCU cuyo incumplimiento se considera como práctica desleal por engañosa cual régimen regulador de la competencia desleal, siendo de aplicación la Ley de Competencia Desleal¹². No obstante, conviene poner de relieve que uno de los aspectos más complejos de las obligaciones precontractuales de información es precisamente el de los remedios para su incumplimiento¹³.

3.3.2. Las diferencias entre las obligaciones precontractuales de información y las de advertencia

Las obligaciones contenidas en los artículos objeto de estudio no parecen encajar en el concepto de obligaciones precontractuales de información que acabamos de dar por las razones que pasamos a exponer.

1ª. Se imponen obligaciones de advertir de ciertas circunstancias a cargo de las dos partes del contrato.

De donde cabe deducir que no son necesarias porque el cliente se encuentra en situación de inferioridad con respecto al prestador del servicio o viceversa. Por lo tanto, no parecen llamadas a cubrir la misma necesidad que el prototipo de obligaciones legales de información propias de la fase precontractual: no tienen la misma función equilibradora de las posiciones de las partes en la negociación del contrato, no solventan ninguna asimetría informativa que pueda generar, de no ser convenientemente resuelta, un vicio del consentimiento en la parte con déficit de información.

2ª. Las obligaciones que contemplan estos artículos sólo existen si el sujeto obligado conoce los datos o si existe razón para entender que los conoce.

Lo cual, en materia de obligaciones de información precontractual es bastante sorprendente por varias razones y, sobre todo, desde la perspectiva del prestador del servicio: se supone que quien incorpora un bien o servicio al mercado conoce –o puede conocer– todo acerca de los mismos, imponiéndosele una obligación de informarse para informar. No se prevé que quien incorpora un bien o servicio al mercado quede liberado de la obligación de informar amparándose en su desconocimiento, como ocurre en estas obligaciones de advertencia.

En los artículos que estudiamos se contempla la posibilidad de que quien incorpora el servicio al

¹² ALONSO PÉREZ (2010, pp. 201 y ss.).

¹³ BEALE *et al.* (2011, p. 60).

mercado desconozca algún extremo relevante para la relación contractual –y, desde luego, para el otro contratante– en cuyo caso se le exime de la obligación de advertir de dicho extremo. Más precisamente, estos preceptos entienden que sólo existe obligación de advertir si el sujeto sobre el que recae la obligación conoce los datos sobre los que se debe advertir o si se puede entender que tiene razón para conocerlos.

3^a. *Tampoco el contenido de la información a suministrar es similar, aunque, de esta cuestión nos ocupamos más adelante.*

4^a. Desde el punto de vista de las *consecuencias derivadas del incumplimiento* de unas y otras, tampoco cabe apreciar una total equiparación. Ya hemos expuesto más arriba las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de advertencia.

Al margen de que, para la contravención de las obligaciones precontractuales de información, no es extraño que se establezcan consecuencias jurídico-públicas de carácter sancionatorio, desde el punto de vista de las de orden jurídico-privado, diremos que suelen canalizarse –además de por su posible consideración como supuestos de competencias desleal en función aplicación art. 20 TRLGDCU– a través de la posible concurrencia de vicios del consentimiento –error o dolo–. No en vano, GÓMEZ CALLE (1994, p. 29) afirma que el régimen del error y el dolo se aplica cuando el objetivo preventivo de los deberes precontractuales de información no se ha alcanzado. Sin embargo, no es ese el único remedio posible y, como muestra, basta echar un vistazo a lo previsto en los textos de Derecho contractual europeo.

Así, se suele establecer como consecuencia para el caso de que se haya perfeccionado el contrato y medie derecho de desistimiento, que el plazo para su ejercicio no empezará a correr sino desde que se completa la información, fijando –eso sí– un plazo máximo de un año desde que se concluyó el contrato para el desistimiento en cualquier caso –art. II. 3:107 (1) DCFR y art. 2:207 (1) Acquis Principles–. También se contempla la aplicación de las normas del error –art. II 3:107 (4) DCFR, art. 4:103 PELC–. Como alternativa a la anulación del contrato por concurrir error, la posibilidad de adaptación del contrato es ofrecida como remedio por el art. 4.105 PELC; matiza esta medida el art. 2:207(3) de los Acquis Principles, conforme al cual el contrato pasa a estar integrado por las obligaciones que la parte perjudicada podría razonablemente esperar, siendo susceptible de ser aplicadas las normas sobre responsabilidad contractual por incumplimiento de dichas obligaciones –art. 2:207 (3) de los Acquis Principles–. Por último, todos los textos examinados contemplan la posibilidad de exigir daños y perjuicios –art. II:3:107 (2) DCFR, art. 4.106 PELC y art. 2:207 (2) de los Acquis Principles–.

Para el caso de que no se haya perfeccionado el contrato se prevé como remedio la posibilidad de exigir daños y perjuicios –art. II 3:107 DCFR, art. 2:207(2) Acquis Principles–.

Frente a las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento de obligaciones precontractuales de advertencia que tendrían mayormente a mantener la eficacia del contrato, adaptándolo o manteniendo los términos pactados (sólo el DCFR plantea explícitamente la aplicación de las normas del error que permitirían una anulación), vemos como el grueso de

medidas que se arbitran para el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información tienden a ofrecer como solución al problema la ineficacia del contrato (ampliación plazo desistimiento, aplicación normas sobre el error) aunque también es cierto que sería posible una adaptación del mismo. No obstante, creo que las diferencias existentes son notables también en este aspecto.

3.3.3. Imposibilidad de asimilación funcional

Creo que llegados a este punto, podemos afirmar que las obligaciones de advertencia no pueden asimilarse funcionalmente al concepto típico que tenemos de las obligaciones precontractuales de información. Y ello, no sólo por las diferencias existentes entre ellas, sino también porque las obligaciones de advertencia previstas para los servicios no sustituyen a las de información precontractual contempladas en los textos que analizamos con carácter general para todos los contratos. En este sentido, conviene apuntar también que, cuando estos textos proceden a regular la compraventa no añaden obligaciones precontractuales de información específicas para dicho tipo, sino que hay que entender que las normas que rigen en ese ámbito son las de alcance general, las cuales también deben considerarse aplicables a los contratos de servicios.

Creo, por tanto, que puede afirmarse que no es propio de las obligaciones de advertencia atender el problema que pueden suscitar en el contrato las asimetrías informativas concurrentes en la fase de negociación, las cuales, de no ser resueltas adecuadamente, son susceptibles de generar vicios del consentimiento en uno de los contratantes. Y ello pese a que pudiera parecer lo contrario cuando se contempla como posible consecuencia de su incumplimiento la aplicación de las normas del error –art. IV.C.2:102 DCFR–.

4. Función de las obligaciones precontractuales de advertencia en los contratos de servicios

Una vez que hemos descartado que la funcionalidad de este tipo de obligaciones sea la propia de las de información precontractual, nos enfrentamos al reto de encontrar su verdadera razón de ser, en definitiva, su función, para qué sirven, sabiendo, eso sí, que son medidas preventivas tendentes a evitar alguna patología contractual cuya causa tiene que ver con algún aspecto relevante en el momento de perfeccionarse el contrato; de lo contrario, no se dispondrían para su eficacia en el período precontractual.

Hay una serie de datos que nos llevan a hacer una propuesta sobre la función que estas obligaciones desempeñan en relación con la formación del contrato y que pasamos a exponer a continuación.

4.1. Contenido de las obligaciones de advertencia frente al contenido de las obligaciones de informar

Para poder realizar dicha propuesta, vamos a fijarnos en el contenido de las obligaciones de advertencia, es decir, en aquello sobre lo que se debe alertar con carácter previo a la formación del consentimiento contractual. Para destacar lo que queremos poner de relieve va a ser muy operativo establecer un paralelismo con el contenido de las obligaciones precontractuales de información que, en materia de servicios, establece el artículo 22 de la Directiva de servicios y el de la Ley española 17/2009 que la incorpora.

Estos preceptos disponen que debe suministrarse al cliente (prestatario del servicio) información sobre:

- El prestador del servicio. Se le debe suministrar información sobre la identidad del prestador del servicio, su estatuto, su forma jurídica, dirección geográfica y los datos necesarios para comunicar fácilmente con él, además de, siendo el caso, los de su inscripción en el registro público, de la autoridad que le autoriza a ejercer o, también si procede por ejercer actividad sujeta a IVA el número de identificación fiscal; por último también es menester informar de los organismos profesionales en que esté inscrito, título profesional y Estado que otorgó el título.
- El contrato. Debe informársele de las condiciones y cláusulas generales usadas por el prestador del servicio, así como de las cláusulas contractuales referidas a legislación aplicable al contrato y órganos judiciales competentes. La existencia de una garantía posventa no impuesta por la ley en caso de que la haya. La ley española añade también la exigencia de informar sobre el derecho de desistimiento si lo hay, así como sobre la lengua en que puede formalizarse el contrato si es distinta a aquélla en que se ha suministrado la información. Además, la ley española en el art. 23 exige hacer constar fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.
- El precio si lo fija previamente el prestador para un determinado tipo de servicio. En caso de que no se fije previamente, debe informarse del método para calcularlo o proporcionarse un presupuesto suficientemente detallado (art. 22.3).
- La existencia de un seguro de responsabilidad profesional que cubra los posibles daños que la prestación del servicio pueda causar en la salud o la seguridad del destinatario o de un tercero.
- Sobre el servicio, debe informarse de sus características si no quedan claras por el contexto. Además, en el párrafo segundo, se dispone que debe informarse también de: las normas profesionales aplicables en el Estado de establecimiento y de los medios para acceder a ellas, de la información relativa a sus actividades multidisciplinares vinculadas con el servicio en cuestión y medidas adoptadas para evitar conflictos de intereses, de los posibles códigos de conducta a que esté sometido el prestador y de cómo acceder a ellos electrónicamente e idiomas en que estén disponibles, y, por último, se debe informar cuando el código de conducta o la asociación profesional prevea el recurso a medios extrajudiciales de solución de litigios proporcionando información detallada al respecto.

En definitiva y según resulta del tenor de estos preceptos, al destinatario del servicio debe informársele sobre aspectos relacionados con el sujeto con quien contrata, se le deben trasladar datos sobre el contrato mismo, sobre el precio, pero, curiosamente, sobre el servicio sólo se dice que debe informársele de sus características, a no ser que las mismas se deduzcan del contexto. Pienso, aunque no es este lugar de extendernos sobre el particular que los datos sobre el prestador –que no sobre el contratante– pueden ser también datos sobre el servicio mismo, pero,

pese a que creo que en muchos casos eso es así, no deja de llamar la atención –y eso es precisamente lo que queríamos destacar– la parquedad de datos que sobre el servicio mismo deben procurarse al destinatario, siendo cómo es su prestación la razón de ser del contrato. Cuando se establecen obligaciones precontractuales de información sobre un bien mueble o inmueble que no es un servicio uno de los grandes bloques de la información que debe suministrarse es el relativo a las características del bien.

En contraste con esto, veamos sobre qué deben advertirse las partes, según los artículos que estamos estudiando.

El prestador debe advertir de que acaso pueda no alcanzarse el resultado pretendido por el cliente, de que pueden resultar dañados otros intereses del mismo, de que el servicio puede devenir más costoso desde el punto de vista económico y de que su consecución puede llevar más tiempo que el que razonablemente pueda esperar el cliente. Por su parte, el prestatario debe advertir al prestador del servicio de cualquier hecho inusual que pueda determinar que el servicio devenga más caro o lleve más tiempo su ejecución.

Poco tiene que ver el contenido de las advertencias que deben hacerse mutuamente las partes con el de la información precontractual que debe suministrarse al demandante de servicios según el tenor de la Directiva –otro dato más que sumar a los expuestos en el epígrafe precedente para negar su completa o total asimilación y que dejábamos allí apuntado–. Nada parece que deba advertirse precontractualmente sobre el prestador del servicio, nada sobre el contrato mismo; en relación a este tipo de datos existiría obligación de informar, son datos que el prestador del servicio conoce o está en disposición de conocer y cuya ignorancia por parte del prestatario puede generar una asimetría informativa resuelta preventivamente a través de las obligaciones precontractuales de información.

A mi modo de ver, para afinar la propuesta que vamos a hacer acerca de la función que desempeñan estas obligaciones precontractuales de advertencia hay que poner el acento en la distinción entre los datos de los que debe advertirse y de los que debe informarse. A grandes rasgos, creo que podemos convenir en la siguiente idea: casi todas las circunstancias sobre las que las partes se deben advertir recíprocamente tratan del objeto u objetos del contrato, es decir, del servicio y del precio. Y son las siguientes:

Debe advertirse del riesgo de que a través del servicio requerido *pueda no alcanzarse el resultado pretendido por el cliente*. En este caso se trata de que quede claro al prestatario si, como consecuencia del servicio, se va a obtener el resultado que espera o, si por el contrario, su consecución no puede garantizarse.

También debe advertirse de que *otros intereses del cliente pueden resultar dañados* por la prestación del servicio, aunque ya hemos referido que la función en este caso tiene que ver con el aviso de un peligro para sus intereses que el receptor debe procurar evitar.

También debe advertirse de que el servicio *puede devenir más caro* que lo esperado por el cliente. Hay que destacar que no se está exigiendo que se advierta al usuario sobre el precio, es decir, sobre su cuantía o el método de determinación del mismo; sobre esos datos se informa –no se advierte– puesto que se entiende que el prestador está en condiciones de conocerlos. En este precepto lo que se establece es que hay obligación de advertir de que el servicio puede devenir más caro que lo inicialmente previsto por el prestatario. El precio suele estar en función del servicio a prestar, el cual va a venir determinado por el caso concreto, de modo que, acaso en ese supuesto particular, concorra alguna circunstancia que lo encarezca y que el prestatario pueda no conocer o saber valorar.

También ha de advertirse de que *la prestación del servicio puede llevar más tiempo que el razonablemente esperado por el cliente*. Muchos contratos de servicios son contratos de tracto sucesivo, de modo tal que su ejecución no suele ser instantánea, en un momento puntual, sino que el desarrollo del trabajo suele extenderse en el tiempo. De modo que la advertencia sobre este extremo también lo es sobre el objeto u objetos del contrato: sobre el servicio en sí mismo, cuya prestación puede llevar más tiempo que el previsto por el prestatario, y también sobre el precio, ya que es frecuente que un criterio a tener en cuenta para la determinación del precio sea el tiempo que ha llevado la ejecución del servicio, de modo que sirve también para realizar una indicación del posible encarecimiento del servicio.

Por su parte, el cliente debe advertir también al prestador de hechos inusuales que pueden provocar que el servicio sea más caro o lleve más tiempo su ejecución, es decir, de circunstancias que incidan –como las anteriores– en la configuración del servicio y del precio.

4.2. El objeto en el momento de formación del contrato y la inadecuación de las normas generales para su aplicación a los contratos de servicios

Por lo dicho hasta ahora, creo que podemos dejar sentadas dos consideraciones. Por un lado, las obligaciones de advertencia de carácter precontractual están llamadas a cumplir una función en el momento de perfeccionarse el contrato, la cual no coincide con la de las obligaciones de información existentes en la fase de negociación. Y, por otro lado, hemos de tener en cuenta que, el contenido de dichas advertencias guarda relación directa o indirectamente con los elementos objetivos del contrato, más concretamente con el servicio a prestar y con el precio. De modo que entiendo que, para seguir nuestras disquisiciones en orden a identificar la función que estas obligaciones están llamadas a desempeñar, tendremos que analizar el objeto u objetos del contrato en el preciso momento de perfección del mismo.

En los Códigos decimonónicos, en particular en el Código civil español, apenas se regula nada sobre el procedimiento de formación del contrato, únicamente se dispone que deben coincidir la oferta y la aceptación en relación al objeto y a la causa del contrato (art. 1262 Código civil español). El objeto se encuentra entre los requisitos esenciales de todo contrato de modo que, a lo largo del proceso de formación del convenio, las partes han debido llegar a un acuerdo sobre el mismo, debiendo estar perfectamente determinado o perfectamente fijados los criterios que permitan concretarlos.

Esta exigencia no plantea problemas relevantes en contratos en los que el objeto lo constituyen obligaciones de dar –en función de las que están pensadas mayormente las normas generales sobre contratos– pero cuando el contenido del contrato lo conforman obligaciones de hacer sí los plantea, ya que no es infrecuente que en los contratos de servicios no esté determinado de manera precisa ni el servicio a prestar, ni el período de duración del mismo, y, en consecuencia, tampoco el precio. Es más, lo normal es que ninguno de estos extremos se haya concretado cuando se presta el consentimiento contractual.

Esta situación genera una gran inseguridad para los contratantes hasta el punto de que el prestatario puede no tener claro si el contrato va a cubrir sus expectativas. Por otro lado, es lugar común en la doctrina referir el hecho de que usualmente en un contrato de asistencia médica, jurídica o incluso de reparación de vehículos o electrodomésticos no se acuerde nada en relación al precio. De tal modo que el prestatario del servicio no suele saber el precio que finalmente deberá pagar, el cual será fijado unilateralmente por el prestador, aunque probablemente éste tampoco sepa lo que va a poder cobrar por el servicio en el momento en que se perfecciona el contrato, debiendo fijarlo *a posteriori*¹⁴.

Hasta tal punto es así que en los PEL SC encontramos una norma que tiende a procurar una integración de los contratos de servicios en lo atinente al precio, señalando que, cuando en el contrato no se concrete el precio o el método de su determinación, se aplicará el precio de mercado en el momento de conclusión del contrato (art. 1:102 PEL SC). Me parece también reseñable, por lo que acabamos de decir, que dicha norma no se recoja en el Marco Común de Referencia. Por su parte, el artículo 151 CESL también contempla el supuesto de que no se haya fijado un precio a tanto alzado en el contrato, especificando que, en tal caso, el prestador del servicio deberá entregar una factura en la que se especifique, de manera clara e inteligible cómo se ha calculado el precio. Es decir, que, en este último texto ni siquiera –a diferencia de lo que ocurre en los PEL SC– se prevé que, a falta de precio fijado, se aplique el de mercado, basta con que el prestador indique cómo lo ha calculado.

Por otro lado y desde la perspectiva del otro objeto del contrato, el servicio, puede darse la situación de que el cliente crea que el prestador se ha comprometido a la obtención de un resultado, siendo que no está en manos de éste la consecución del mismo, o que incluso legalmente no sea posible que dicho prestador comprometa la obtención del mismo. Además, en ocasiones, ni el propio prestador sabe si podrá obtener el fin último pretendido.

Ante este tipo de situaciones de indeterminación del objeto u objetos del contrato, podríamos entrar a plantear, desde una perspectiva puramente dogmática, si realmente el contrato se ha llegado a perfeccionar; pues, no habiendo consenso sobre el objeto u objetos del contrato, quizás haya que entender que el contrato deba considerarse nulo (acaso por ello el DCFR no haya incorporado el artículo 1:102 PEL SC que recoge la posibilidad de pacto eficaz sin precio fijado).

¹⁴ ALONSO PÉREZ (1997, pp. 293 y ss. y pp. 440 y ss.).

Sin embargo, tratándose de un contrato de servicios, estas situaciones no implican la ineficacia del acuerdo contractual. Hemos de partir, más bien, de que, efectivamente, el contrato se ha perfeccionado y es eficaz¹⁵.

Y es este problema el que entiendo que vienen a solventar las normas cuyo estudio nos ocupa: el de la habitual –en los contratos de servicios– indeterminación del objeto u objetos del contrato en el momento de perfeccionarse el mismo.

4.3. Su función: favorecer la mayor concreción posible del objeto u objetos en el momento de formación del contrato

Podríamos pensar que también las obligaciones precontractuales de información están llamadas a solventar ese problema, porque, en realidad, están dispuestas para que, entre las partes, fluya información, entre otras cuestiones, sobre el objeto u objetos del contrato en orden a que el consentimiento coincida plenamente sobre dicho presupuesto contractual. Sin embargo, hay una diferencia notable entre la patología en cuya función se disponen las típicas o genéricas obligaciones precontractuales de información y las de advertencia.

En el caso de las primeras, no existe –en el momento de perfección– propiamente indeterminación del objeto u objetos del contrato, sólo existe desconocimiento del mismo y, además, sólo por una de las partes del contrato, en concreto, del cliente que demanda los servicios; no creo que, en tal caso, quepa hablar de falta de concreción del objeto, más bien podría pensarse que se trata de desconocimiento del mismo por una de las partes. Consecuentemente, la patología que pueden generar se solventa preventivamente poniendo sobre la contraparte la obligación de compensar ese déficit de información. Por eso la información fluye unidireccionalmente, sólo del prestador al prestatario, sólo de quien incorpora el bien o servicio al mercado a quien los demanda. El desconocimiento del objeto sólo lo padece uno de los sujetos (el acreedor de la obligación de información) y, además, es imputable –en caso de que éste no informe antes de contratar– al que ocupa la posición dominante en el mercado y, consecuentemente, en la negociación del contrato. En estos casos, la falta de conocimiento del objeto en el momento de perfeccionarse el contrato, se debe a un defecto de información que puede provocar un vicio del consentimiento en uno de los contratantes, el cual puede imputarse a quien pone ese bien en el mercado que sí está en posición de conocer toda la información relativa al objeto y debe informar. Por ello, las consecuencias jurídico-privadas se canalizan sobre todo –aunque no exclusivamente como ya he dicho más arriba– a través de los vicios del consentimiento.

En materia de servicios, evidentemente podemos asistir a la situación que acabamos de describir y a ella responderían las obligaciones precontractuales de información previstas, por ejemplo, en la Directiva de servicios antes aludida, pero las obligaciones de advertencia contempladas en el artículo 1:103 PEL SC y en el artículo IV.C 2:102 DCFR no están previstas, como digo, para responder a dicha anomalía. En este caso, se tiende a solventar un problema cualitativamente

¹⁵ En sentido similar para el Derecho francés MALAURIE *et al.* (2007, p. 438).

distinto al anterior: no se atiende la disfunción que supone el desconocimiento del servicio o del precio por parte de uno de los contratantes. En este caso el desconocimiento del objeto u objetos sobre los que están contratando eso puede ser bilateral y no provoca una asimetría informativa que desequilibre la posición de las partes en la negociación, sino que genera o puede generar una indeterminación del objeto del contrato para las dos partes de la relación.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, en materia de contratos de servicios, será estéril cualquier consideración sobre la necesidad de concreción del objeto del contrato en el momento de formación del acuerdo que no tenga en cuenta que, en muchos de ellos, es muy difícil –por no decir que en algunos es imposible– que el objeto u objetos –servicio a prestar y precio– estén perfectamente determinados en el momento de formarse el contrato. Y ello es así o puede serlo para las dos partes de la relación. En muchos de estos contratos será necesaria una previa labor de diagnosis –posterior a la celebración del contrato– para saber exactamente las características y entidad del servicio que debe prestarse. Todo ello puede derivar al mismo tiempo en una indeterminación del precio que estará en función del servicio a prestar y el tiempo durante el cual deba ser suministrado el servicio.

En definitiva y llegados a este punto, creo que puede afirmarse que el art. 1:103 PEL SC y el artículo IV.C 2:102 DCFR suponen la necesaria adecuación de las normas sobre formación del contrato para su aplicación a los de servicios o, al menos, un intento de adaptación. Más precisamente, lo previsto en estos artículos pretende solventar lo relativo a la necesidad de precisar cuál es el objeto u objetos del contrato.

La indeterminación del objeto u objetos del contrato debe evitarse en la medida de lo posible y estos preceptos son un mecanismo en este sentido. Los propios autores de las normas reconocen la existencia de un objetivo adicional –yo diría que es el principal objetivo, sino el único, de esta norma– que no es otro que el de estimular a las partes a cambiar información importante antes de la conclusión del contrato¹⁶. No se trata de proteger a una de las partes, sino de encauzar la relación precontractual y, en cierto modo, las conversaciones entre las partes, obligándoles a precisar, en la medida en que sea posible, los elementos objetivos del contrato antes de su perfección. Es más, insisten los comentaristas en que se trata de que quien presta el servicio realice una oferta ajustada a las necesidades particulares y concretas del cliente, que además le permitirá tomar una decisión informada sobre la conclusión del contrato¹⁷.

Por lo tanto, estas normas vienen a significar, a mi modo de ver, la adaptación para los contratos de servicios de las normas que, en materia de teoría general del contrato exigen que el objeto del contrato esté determinado o sea determinable en el momento en que se otorga el consentimiento contractual, es decir, en el momento de perfección del contrato. No obstante, no ignoramos que los artículos que en PECL y DCFR están llamados a normar la formación del contrato con carácter general no exigen explícitamente como presupuesto la determinación o determinabilidad del

¹⁶ Study group on a European Civil Code (PEL SC 2007b, p. 165).

¹⁷ Study Group on a European Civil Code y The Research Group on ec Private Law (DCFR Full Edition 2009, p. 1612).

objeto del contrato, sólo requieren un acuerdo suficiente (cfr 2.103 PECL y II.-4. 101 DCFR), pero entiendo que el mismo debe recaer al menos sobre el objeto del contrato.

Veamos a continuación cómo se opera esta concreción.

4.3.1. Concreción del servicio

Conforme al primer párrafo de los artículos 1:103 PEL SC y IV.C 2:102 DCFR, el prestador debe advertir al prestatario de la posibilidad de que, a través del servicio requerido, no se obtenga el resultado pretendido por el cliente, siempre y cuando conozca o tenga razones para conocer dicha posibilidad. Ello implica, de entrada, que el prestador conoce cuál es dicho objetivo, de modo que esta obligación de advertencia necesariamente se inserta en el marco de un proceso de negociación previo a la celebración del contrato en el que el cliente ha manifestado las expectativas que espera que sean cubiertas por el contrato.

Una vez conocida esa finalidad, puede ocurrir, bien que el servicio requerido no sea adecuado para solventar el problema, bien que existiendo esa adecuación, no sea segura su obtención por diversas circunstancias.

En el primer caso, existe obligación de advertir, del mismo modo que existiría en relación a otros tipos contractuales, cuando el suministrador del bien conoce el destino o el objetivo que con ese bien persigue el cliente y sabe que el bien no es adecuado al mismo¹⁸.

Más interesante a nuestros efectos es el segundo supuesto, en que el servicio es adecuado para cubrir la necesidad del prestatario pero no es segura la consecución del resultado previsto por quien lo demanda. Es habitual en los contratos de servicios la indefinición –que ya hemos puesto de manifiesto– sobre el objeto u objetos del contrato, pudiendo llegar a darse el caso de que el cliente esté convencido de que la prestación cubrirá sus expectativas con total seguridad, mientras que la consecución del resultado que espera no depende de lo mucho o poco, bien o mal, que trabaje el prestador, sino que puede estar al albur de otras circunstancias que no está en la mano del prestador controlar.

En tales casos, el prestador debe advertir al cliente de la imposibilidad de garantizarle la consecución del resultado último que él busca. Este precepto está ordenado precisamente a eliminar la inseguridad jurídica que implica para las partes el no abordar en la negociación si debe obtenerse un resultado o no, influyendo para que lo precisen. Se trata, en definitiva, de concretar si la obligación principal del prestador es de medios o de resultado.

(i) Obligaciones de medios y de resultado.

A mi modo de ver este precepto obliga a las partes a concretar si el prestador tiene obligación de alcanzar un resultado o no, recogiendo así la tradicional clasificación entre obligaciones de

¹⁸ BASOZABAL (2009, p. 649).

medios y de resultado.

No obstante, hay que tener en cuenta, que BARRÓN ARNICHES (2012, p. 12)¹⁹ en sendos estudios sobre la regulación de los servicios en el Marco Común de Referencia -DCFR- considera, sin embargo, que este texto ha superado dicha distinción.

Sin que sea este lugar para extendernos acerca del reflejo de esta clasificación de las obligaciones de hacer en dicho texto, debemos tener en cuenta, para valorar adecuadamente esta cuestión, que hay Ordenamientos, como el francés o el italiano que, para diferenciar entre distintos tipos contractuales de servicios, no toman como referencia la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Sin embargo, nuestro Código civil sí que adopta como criterio clasificatorio entre los distintos tipos el de si el prestador se obliga a obtener un resultado -contrato de obra- o no -arrendamiento de servicios- (cfr. artículo 1544 del Código civil español). En nuestra doctrina, LÓPEZ y LÓPEZ²⁰, tras el Proyecto de Ley de Modificación del Código civil sobre contratos de servicios y de obra (BOCG de 12.4.94), criticó que se mantuviera la identificación de tipos contractuales en función de la clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultado. A partir de ese momento, esta idea ha tenido su repercusión en el tratamiento del tema por la doctrina, pero algunos, entre los que me encuentro²¹ hemos optado por entender que es importante mantener esa clasificación de los tipos contractuales de servicios basada en el compromiso por parte del prestador de obtener un resultado o no. Dentro de esta segunda línea creo destacable la matización de VAQUERO PINTO (2005, pp. 155 y ss.) para la cual el contrato de obra del Código civil está pensando en “resultado en sentido material”.

En cuanto al Derecho Comparado²², lo cierto y verdad es que los Ordenamientos consultados recogen como figura contractual específica dentro del conjunto de los contratos de servicios un contrato de obra similar al del Código civil español. En el Código civil francés, el artículo 1710 define el *louage d'ouvrage* (calificado por la doctrina como *contrat d'entreprise*) como marco general de los contratos de servicios en general, para después contemplar dentro de ellos tres subtipos (art. 1779) el arrendamiento de servicios, el contrato de transporte y *des devis et des marchés*. En el Código holandés, sería el artículo 7:12 (*construction agreement*) el que regula lo que conocemos como contrato de obra. En Portugal, se regula la *empreitada* (arts. 1207 y ss.). Por su parte, el Código italiano distingue el *contratto d'appalto* (art. 1655) del *contratto d'opera* (art. 2222), pero la distinción entre ellos no se basa en la clasificación que distingue entre obligaciones de medios y de resultado.

No obstante las consideraciones antedichas, creo relevante desde la perspectiva de los PEL SC y del DCFR que se introduzca en una norma sobre perfección del contrato una exigencia a las partes en orden a que conversen y pacten acerca del resultado cuya consecución puede pretender quien demanda el servicio; esto implica que se está dando trascendencia a la clasificación que

¹⁹ *Id.* (2008, p. 13).

²⁰ APDC (1995, p. 9).

²¹ ALONSO PÉREZ (1997, pp. 100 y ss.).

²² ZIMMERMANN (2010).

distingue entre obligaciones de medios y de resultado. Más clara en este sentido es la opción de los arts. 148 y ss. CESL en que expresamente se mencionan la obligación de lograr un resultado y la obligación de competencia y diligencia.

Esta obligación de advertencia permite que quede fijado si el prestador del servicio debe obtener un resultado o no, lo cual será determinante a la hora de valorar si hay cumplimiento o incumplimiento por parte del prestador.

La forma en que se viabiliza la concreción del pacto en este sentido es la siguiente: si entendemos rectamente el tenor literal de estos preceptos diremos que, en estos textos –PEL SC y DCFR– se parte de la consideración de que, en todo contrato de servicios, el prestador se compromete a la consecución de un resultado a no ser que advierta de la posibilidad de su no obtención. En este sentido VAQUER ALOY (2011, p. 31) entiende que en el DCFR se presume que el prestador siempre se compromete a una obligación de resultado. Ahora bien, sería muy fácil para el prestador liberarse de dicha obligación advirtiendo en todo caso de la posibilidad de no consecución del mismo, pero hay una serie de supuestos en los que dicha advertencia no surtirá efectos en el sentido de desplazar al prestatario el riesgo de no consecución del resultado pretendido, y es en los supuestos contemplados por los 1:108 PEL SC y IV.C. 2:106 DCFR. En estos artículos se establece que el prestador tiene obligación de obtener el resultado siempre y cuando se trate de un resultado que cualquier cliente razonable en las mismas circunstancias pudiera esperar o no tuviera razón alguna para creer que pudiera existir un riesgo importante de no consecución del resultado gracias a la prestación del servicio. De modo que la obligación de advertencia sólo será eficaz en el sentido que estamos apuntando en aquellos casos en los que el resultado no sea fundamentalmente esperable, porque si lo es, no cabe –entiendo– advertencia que libere al prestador de obtener el resultado.

Este modo de resolver el problema de indeterminación habitual del servicio como objeto del contrato encaja perfectamente con que todos los tipos contractuales tipificados en estos textos de Derecho Europeo obliguen al prestador a la consecución de un resultado –a excepción del contrato de tratamiento médico– salvo que, entiendo, el prestador haya advertido de la posible no consecución del mismo cuando quepa hacerlo.

Sin embargo, creo que esta perspectiva en relación a los contratos de servicios y en lo que se refiere a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es el origen, más que de una contradicción, de un desajuste: en la medida en que esta obligación de advertencia se ubica en los preceptos comunes a los tipos contractuales específicos que luego se contemplan, cabe deducir que el prestador del servicio puede comprometerse a obtener un resultado o no –cuando exista esa posibilidad– en relación a cada uno de los tipos específicos que se contemplan; sin embargo, en todos ellos, excepto en el de tratamiento médico, se define la conformidad del servicio a lo pactado en base a si se ha obtenido un resultado. Como hemos dicho, en la tipificación de los contratos particulares parece concebirse que en todos –a excepción del de tratamiento médico– el prestador se obliga a un resultado –dando acogida a la crítica a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado que argüía que no existen obligaciones de medios porque todas persiguen

un objetivo, un fin-. Sin embargo, tal concepción desencaja con lo previsto en el artículo que comentamos y que, contempla, con carácter general la posibilidad de que concurren circunstancias que imposibiliten legítimamente –no sería legítimo no comprometerse a obtener un resultado en los casos previstos en los artículos los 1:108 de los PEL SC y IV.C. 2:106 del DCFR– garantizar la consecución de un resultado. Dicho de otro modo, se contempla la posibilidad de que, en relación a cada uno de los contratos existan circunstancias que impidan al prestador garantizar la consecución del resultado; si el prestador advierte de dicha posibilidad –cuando concorra– al prestatario, el prestador se libera del riesgo de no consecución del resultado pretendido atribuyéndolo al prestatario o cliente. Si entendemos esto conforme decimos, se plantea el problema de cómo valorar entonces la conformidad del servicio a lo pactado, cuando en todos los tipos contractuales –excepto el de atención médica– se dispone que debe atenderse a si se ha obtenido o no el resultado.

(ii) Otra visión del problema: imputación del riesgo de no consecución del resultado pretendido por el prestatario o cliente.

La cuestión sobre la concreción del servicio en el momento de perfeccionarse el contrato se puede formular también como un problema de imputación del riesgo contractual de la no obtención del resultado.

Enfoco el problema también desde esta perspectiva por lo referido más arriba a propósito de las obligaciones de advertencia contractuales, las cuales, hemos dicho, venían a cumplir una función de imputación de ciertos riesgos en el contrato operando transferencias de los mismos sobre un reparto previamente acordado en el pacto. Así, por ejemplo, el artículo 7:752 del Código civil holandés, prevé la obligación de advertir al comitente de que el precio se va a elevar por encima del 10% de lo acordado, de modo que, ese riesgo de sobrecoste que, en principio, le correspondería asumir a él porque el precio ha quedado fijado en el pacto, se transmite al dueño de la obra desde el momento de la advertencia. Sin embargo, cuando las obligaciones legales de advertencia son de carácter precontractual no podemos hablar de que se esté operando una transferencia de riesgos, porque no hay compromiso asumido por ningún sujeto. ¿Qué sentido tiene informar al cliente del riesgo de que acaso no se obtenga el resultado pretendido si no hay compromiso efectivo y eficaz de conseguirlo?

En este sentido, hay que decir que normalmente el reparto de riesgos contractuales –y en particular el que está siendo objeto de análisis de no consecución del resultado final– entre las partes viene determinado por el pacto celebrado entre ellas y, por el tipo contractual en que quepa encajar dicho acuerdo de voluntades²³. Lo cual plantea, en materia de servicios, un grave problema debido a dos circunstancias que les son referibles.

- a) Por un lado y cómo ya hemos puesto de referencia, el hecho de que los acuerdos no suelen ser precisos sobre el contenido de las obligaciones asumidas por las partes, ni

²³ BASOZABAL (2009, p. 649).

siquiera el objeto del contrato, de modo tal que resulta difícil extraer del pacto ese reparto de riesgos contractuales. La imprecisión de los pactos dificulta enmarcarlos en un tipo.

- b) Pero su catalogación viene también obstaculizada por la segunda circunstancia que complica en esta materia la cuestión relativa al reparto de riesgos y que viene a ser la inexistencia de una estructura coherente del conjunto de tipos contractuales de servicios; en este sentido, LOOS (2011, p. 758)²⁴, se refiere a la carencia a nivel nacional y comunitario, de un cuadro coherente que regule los contratos de servicios, y la ausencia de reglas generales relativas a los mismos. De tal manera que ya no es que sea complicado precisar los extremos del pacto, sino que una vez perfilados, nos enfrentamos a la dificultad de identificar el tipo contractual al que responde.

Y a esta necesidad de concretar el reparto de riesgos contractuales subviene, en cierta medida, las obligaciones de advertencia que son objeto de estudio, ya que, al inducir a las partes a precisar su acuerdo sobre los elementos objetivos del contrato, están favoreciendo que se proceda a una atribución del riesgo de no consecución del resultado pretendido por el cliente o prestatario.

Hemos dicho que el reparto de riesgos contractuales lo efectúa el pacto o el tipo contractual en el que aquél pueda encajarse. En este sentido, hay que advertir que estos textos procuran viabilizar que quede claro este reparto de riesgos a través de los dos mecanismos: tipo contractual y el pacto.

En cuanto al mecanismo del reparto que determina la normativa aplicable al tipo contractual: hay que volver a incidir en la idea de que, en los textos que trabajamos, se parte de la consideración de que cualquier contrato de servicios obliga a la consecución del resultado pretendido por el cliente o prestatario, siempre y cuando sea un resultado que -aun no habiendo sido explicitado en el pacto- en las circunstancias concretas sea un objetivo que un cliente razonable pueda esperar o con respecto al cual un cliente razonable no tenga razón alguna para creer que pueda existir un riesgo importante de que no se va a poder obtener gracias al servicio (art. 1:108 de los PEL SC y IV.C. 2:106 del DCFR)-. Es decir, en estos casos, el riesgo de no consecución del resultado se hace recaer sobre el prestador, es decir, este sujeto está obligado para cumplir el contrato a obtener el resultado esperado por el cliente. La advertencia acerca de la posible no consecución del resultado transfiere el riesgo de su no obtención al prestatario, y, por tanto, nos encontramos con que la obligación del prestador es de medios. Cuando es razonable que el prestatario o cliente espere la consecución del resultado no cabe transferir el riesgo de su no consecución mediante la advertencia.

La diferencia entre la función que los preceptos analizados presenta con respecto a la función de las obligaciones de advertencia de carácter contractual es que éstas procedían a transmitir riesgos ya adjudicados cuando se celebra el contrato, mientras que, cuando nos encontramos ante las de carácter precontractual, se está viabilizando la concreción del pacto en cuanto a quién asume el riesgo de no consecución del resultado pretendido, o lo que es lo mismo a una atribución de

²⁴ *Id.* (2001, p. 565).

dicho riesgo distinto al prefigurado por el texto normativo en cuestión, siempre y cuando sea posible.

Lo que ahora decimos a propósito de la función de estas obligaciones como criterios de reparto de riesgos contractuales confirma nuestra propuesta en el sentido de que su función es la de procurar una mayor determinación del objeto del contrato. El riesgo al que hacemos referencia es el de no consecución del resultado pretendido por el cliente, que viene a ser lo mismo que concretar si el servicio-objeto del contrato consiste en una prestación de hacer de medios o de resultado. De modo que, cuando la advertencia ayuda a dejar clara la imputación del riesgo de no consecución del resultado a una u otra parte del contrato, al mismo tiempo está coadyuvando a la determinación del servicio a prestar.

(iii) El caso de los servicios estandarizados: ¿una excepción?

Sin embargo, si bien es dable entender que ello es así con carácter general, creo que hay un caso en el que estas obligaciones acaso no vengán a cumplir esta función y es el de los servicios estandarizados en los que el prestador del servicio conoce, antes de contratar, todos los extremos del servicio que va a prestar. Por ejemplo, en un servicio de tintorería el comerciante sabe si se puede comprometer un resultado, si pueden resultar afectados otros intereses del cliente, el precio y el tiempo que costará cumplir el encargo. En estos casos, podría pensarse si las obligaciones de advertencia tienen sentido, es decir, si están llamadas a cumplir la función de determinación del objeto, puesto que el mismo ya está perfectamente concretado de antemano, y, además, el suministrador lo ofrece en el mercado ya precisado en todos sus extremos.

No obstante, en estos casos, las obligaciones de advertencia también pueden servir para poner en evidencia alguna circunstancia que impida legítimamente garantizar la consecución de un resultado. De modo que también en estos casos las obligaciones de advertencia pueden tener como función la de coadyuvar a la concreción del servicio atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

4.3.2. Concreción del precio y de la duración del servicio

Los artículos objeto de comentario incluyen también recíprocas obligaciones de advertencia entre las partes en orden a la posibilidad de que el servicio pueda devenir más costoso o durar más tiempo que el previsto por el prestador del servicio.

Parten los artículos objeto de comentario con respecto al precio y a la duración de una realidad que podríamos calificar de “virtual”: que el prestatario tiene una previsión inicial sobre el coste del servicio y sobre su duración. Como hemos expuesto más arriba, nada más lejos de la realidad, salvo que nos encontremos ante un usuario habitual de los servicios que demanda, o ante el supuesto de servicios perfectamente estandarizados. En estos casos, tiene sentido advertir al cliente de que por ciertas circunstancias que concurren en su caso el servicio va a resultar más costoso que lo que él puede fundadamente esperar o que llevará más tiempo su prestación que la que pretende. Fuera de estos casos, ¿cuál es el precio que razonablemente puede esperar el

cliente? ¿Es preciso que el cliente realice una labor de indagación previa sobre el valor de esos servicios en el mercado?

Cuando nos hemos referido a la obligación de advertencia atinente al servicio como objeto del contrato, hemos evidenciado que la regulación de los servicios en los PEL SC y en el DCFR parten de la consideración de que en todos los contratos de servicios –a excepción del de tratamiento médico– el prestador se obliga, en principio, a la obtención de un resultado, de modo que esta obligación de advertencia tiene como función permitir a las partes pactar y concretar el servicio en el sentido de que pueden acordar que la obligación asumida por el prestador no sea de resultados, si no de medios. Tiene sentido hablar de advertencia cuando partimos de la existencia de un objeto ya configurado (obligación de resultado) que puede verse modificado por ciertas circunstancias concurrentes (obligación de medios). Pero entiendo que no tiene sentido advertir a alguien de que un precio puede ser más elevado de lo que espera, siendo que no existe pre-configuración previa, porque aunque como dice el artículo 1:102 PEL SC en caso de que no haya precio fijado, el valor será el de mercado, el cliente puede desconocerlos; es más, en muchos casos, ni indagando podrá llegar a saber cuál es el coste de la prestación que se va a efectuar a su favor. Por ello, sorprende que se obligue al prestador a advertir de que el precio o la duración pueden no ser los que el prestatario puede esperar.

Por otro lado, el prestador puede también de antemano desconocer los datos de duración del servicio y de precio.

Además, se obliga al cliente a advertir al prestador cualquier hecho inusual que pueda conllevar un incremento del coste del servicio o de la duración del mismo. Evidentemente esa obligación sólo la tiene cuando conoce esas circunstancias o tiene razón para conocerlas, lo que puede darse en los casos de usuarios habituales del servicio de que se trate o en caso de servicios estandarizados.

Estas consideraciones hechas, me llevan a ratificarme en mi tesis en el sentido de que lo previsto en estos preceptos acerca del precio y de la duración del servicio no tiene sentido salvo que se entienda que lo que se está contemplando es un cauce para que esos aspectos estén tan determinados como sea posible en el momento de perfección del contrato. Podría discutirse si la duración es elemento del contrato, en principio, solemos calificarla como un elemento circunstancial; sin embargo, si bien esto es así con carácter general, no deja de ser cierto que muchos contratos de servicios son de tracto sucesivo y que la duración de los mismos deja de ser una circunstancia para pasar a ser un criterio de determinación del objeto del contrato, no ya sólo del servicio, sino también del precio.

5. Recapitulación y conclusiones

Las obligaciones de advertencia contempladas en los artículos 1:103 PEL SC y IV.C 2:102 DCFR son una especie de obligaciones de información. Sin embargo y pese a ubicarse en la fase de negociación del contrato no pueden equipararse funcionalmente a las obligaciones precontractuales de información debido a las distintas características de unas y otras. Las obligaciones precontractuales de información tienden a solventar preventivamente las patologías que en el contrato puedan causar las asimetrías informativas provocadas por el déficit de información de una de las partes con respecto a la otra. Las características de las obligaciones precontractuales de advertencia (son a cargo de las dos partes de la negociación, los sujetos sólo están obligados si conocen la información, contenido, consecuencias anudadas a su incumplimiento) indican claramente que su función no es esa. Sin embargo, su ubicación en la fase previa a la conclusión del contrato indica que su funcionalidad se despliega en el momento de perfección del contrato.

Si, además, atendemos a que el contenido de las obligaciones de advertencia guarda relación con los objetos del contrato de servicios (servicio y precio), parece sensato pensar que su función guarda relación con dicho objeto en el momento de su conclusión.

Las obligaciones precontractuales de advertencia están ordenadas a procurar que las partes determinen en el más alto grado posible los objetos del contrato, a saber, el precio y el servicio. También se puede analizar esta cuestión desde la perspectiva del reparto de riesgos, y afirmar que estas obligaciones ayudan a que las partes pacten un determinado reparto de los mismos; lo que es relevante, habida cuenta de que el régimen previsto para las obligaciones de advertencia que operan en la fase de ejecución del contrato se cifra en alterar la distribución de riesgos acordada.

Creo que, a lo largo de la investigación, se han propuesto argumentos sólidos que permiten afirmar cómo estas obligaciones precontractuales de advertencia se conciben para prevenir en la medida de lo posible la habitual y frecuente falta de determinación del objeto u objetos en el momento de perfección de los contratos de servicios.

6. Bibliografía

M^a Teresa ALONSO PÉREZ (1997), *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona.

--- (2010), *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*, Civitas, Madrid.

Xabier BASOZABAL ARRUE (2009), "En torno a las obligaciones precontractuales de información", en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, pp. 647-711.

Hugh BEALE y Geraint HOWELS (2011), "Pre-contractual information duties in the Optional Instrument", en SCHULZE Reiner y STUYCK Jules (Eds.), *Towards a European Contract Law*, Sellier European Law Publishers, pp. 49-65.

Paloma DE BARRÓN ARNICHES (2008), "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *InDret 3/2008*, (www.indret.com).

--- (2012), *Contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Reus, Madrid.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2011), "Comentario al artículo 60 TRLGCU", en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid.

Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (2010), *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Cizur Menor.

Muriel FABRE-MAGNAN (1992), *De l'obligation d'information dans les contrats (Essai d'une theorie)*, LGDJ, Paris.

Esther GÓMEZ CALLE (1994), *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid.

François HERZFLEDER (1972), "L'obligation de renseigner et de rendre des comptes. Etude comparative", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 24^o, núm. 3, juillet-septembre, pp. 563-586.

Marco B. M. LOOS (2001) "Towards a European Law of Service Contracts", *European Review of Private Law*, Vol. 9^o, núm. 4, pp 565-574.

--- (2011) "Service Contracts", en *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, Fourth Revised and Expanded Edition, pp. 757-786.

Ángel M^a LÓPEZ y LÓPEZ (1995), "La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el

Código civil”, Ponencia presentada a las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, sobre “El proyecto de ley sobre el contrato de obra y de servicios”, celebradas en Jaén los días 28 a 30 de septiembre de 1995.

Philippe MALAURIE, Laurent AYNES y Pierre-Yves GAUTIER (2007), *Les contrats spéciaux*, Ed. 3^a, Defrenois, Paris.

Hans-W. MICKLITZ (2008), “Regulatory Strategies on Service Contracts in EC Law”, *EUI Working Paper Law* 2008/06.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2011), “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo”, en *Derecho privado Europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Dir. Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN, Atelier, Barcelona, pp. 400-422.

Fernando PANTALEÓN (2011), “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3^o, pp. 897-929.

Pedro Antonio PÉREZ GARCÍA (1990), *La información en la contratación privada*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid.

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2007), *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of contract, Unfair terms*, Sellier european law publishers, Munich.

Martin SCHAUER (2008), “Contract Law of the Services Directive”, en *European Review of Private Law*, Vol. 4^o, núm. 1, pp. 1-14.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2003), *Principios de Derecho Contractual Europeo (Partes I, II)* edición española del Consejo General del Notariado, Madrid.

--- (2007a), *Principios de Derecho Contractual Europeo (Parte III)* edición española del Consejo General del Notariado, Madrid.

--- (2007b), *Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC)*, Sellier european law publishers, Munich.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full edition*, Sellier european law publishers, Munich.

Antoni VAQUER ALOY (2011), “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de

obligaciones?", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 1^o, pp. 5-39.

María José VAQUERO PINTO (2005), *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada.

Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN (2006), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris.

Reinhard ZIMMERMANN (2010), *Services Contract*, Mohr Siebeck.