

esenciales la promesa de determinados servicios por una de las partes y la estipulación de una remuneración a cargo de la otra, la cual remuneración puede ser fijada por períodos de tiempo o por unidades de obra realizada (piezas, medidas o actuaciones singulares)".

La Sentencia de 8 de febrero de 1.949¹⁸² plantea otro supuesto de reclamación de honorarios médicos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia estiman en parte la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El recurrente alega violación del artículo 1.967 del Código Civil por entender prescrita la acción.

El Tribunal Supremo afirma: "Que la acción ejercitada por don Luis J.E. reclamando el pago de honorarios por servicios médicos prestados a doña Catalina G y a su difunto marido es de las que, según el último párrafo del artículo 1.967, en relación con el número segundo del mismo, están exceptuadas de la regla general para señalar el día a partir del cual ha de contarse el tiempo para su prescripción, por haber, al efecto, disposición especial, que es la contenida en el último párrafo indicado, que dice se contará ese tiempo "desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios". El Tribunal añade: "Que la nota característica de continuidad corresponde a los servicios de que se trata... por su propia naturaleza, que no varía por la forma de su retribución, ya se fije ésta por períodos de tiempo, por visitas, número de las personas que componen la familia, servicios, o con relación a cualquier otro módulo".

Por último, la Sentencia de 24 de enero de 1.961¹⁸³ plantea un supuesto de reclamación de honorarios de abogado. El problema

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1949, R.A.J. n^o 97.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1961, R.A.J. n^o 116.

reside en determinar si los servicios prestados que han devengado estos honorarios se comprendían, o no, en la iguala de servicios de Abogado concertada entre las partes.

El Tribunal Supremo parte de la existencia entre actor y demandado de un contrato verbal de servicios profesionales mediante un precio alzado, tal como había declarado la Audiencia.

En todas estas sentencias se aprecia que el Tribunal Supremo aboga por la validez del contrato de servicios cuando la remuneración se ha fijado en un tanto alzado. A partir de esta constatación, se ha criticado la validez del criterio de la forma de fijar la remuneración -por unidades de tiempo en el contrato de servicios y a tanto alzado o por ajuste en el de ejecución de obra- para la distinción de los contratos de ejecución de obra y de servicios.

Por nuestra parte queremos hacer aquí la siguiente consideración: del análisis de estas sentencias puede apreciarse que en todos estos casos el Tribunal Supremo parte de la idea de que contrato de servicios y de ejecución de obra constituyen un único tipo contractual, y es con base en esta premisa que se defiende la validez de este contrato con independencia de la forma de fijar la remuneración, pues en un caso se estará ante una variedad de este contrato, y en otro caso ante otra variedad distinta del mismo contrato.

No obstante, es cierto que la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo, que ya distingue el contrato de servicios y el de ejecución de obra como contratos diferenciados, no impide en ningún caso que las partes pacten cualquier forma de remuneración en ambos contratos.

En nuestra opinión, esta solución es acertada, pues la ejecución de una obra no pasa a ser un servicio, o viceversa, en función de la forma de remuneración. Sin embargo, lo cierto es que los servicios de criados y trabajadores asalariados se

caracterizan, en el Código, por ser retribuidos en función del tiempo, mientras que las obras por ajuste o precio alzado se caracterizan por ser retribuidas por medidas o a presupuesto.

La forma de remuneración se configura en el Código Civil - junto al objeto del contrato- como un criterio distintivo de ambas especies contractuales -tal como sucede en la distinción del arrendamiento de trabajadores y del arrendamiento de obras a presupuesto o ajuste en el Código Civil francés-. La forma de retribución caracteriza así dos de las modalidades del contrato de ejecución de obra o servicios reguladas, pero esto no implica negar el carácter de contrato de ejecución de obra o de servicios a las ejecuciones de obras remuneradas en función del tiempo o a los servicios retribuidos por ajuste o según medida que, en nuestra opinión, configuran otras modalidades de este tipo contractual no reguladas por el Código Civil.

La fijación del criterio diferenciador de la forma de retribución no es una buena opción¹⁸⁴, y no porque no justifique la distinción entre estos dos contratos, sino porque con ello quedan importantes lagunas legales: a falta de disposiciones generales relativas al contrato de ejecución de obra o servicios, las modalidades de este contrato no referidas en el Código carecen por completo de regulación. Se trata de llamar la atención de cara a una posible reforma legislativa que destierre definitivamente la forma de remuneración como nota determinante

¹⁸⁴ En esta cuestión nos sumamos a la opinión de YZQUIERDO TOLSADA [Ob. Cit., pág. 38] cuando apunta: "El criterio me resulta absolutamente insuficiente como argumento en favor de la configuración de cualquiera de los dos tipos de relación -se refiere al contrato de ejecución de obra y de servicios-. Y no solamente porque crea que deban también evaluarse otros criterios para llegar a una solución en cada caso, sino, y sobre todo, porque cualquiera de las mencionadas formas de remuneración -se refiere a la fijada en proporción al tiempo y a la fijada en razón de la importancia y extensión de la obra- aparecen presentes en la práctica en ambas modalidades de contrato".

de la naturaleza jurídica de estos contratos¹⁸⁵.

Descartada la forma de fijar la remuneración como el criterio distintivo entre los contratos de obra y de servicios - aunque aceptada como característica esencial de las modalidades reguladas por el Código- la diferencia sólo puede residir en la naturaleza material de la actividad prestada. Al análisis de la actividad debida en cada uno de estos contratos se refieren los criterios que siguen.

2) El criterio de la subordinación o dependencia.

Este es otro criterio utilizado con cierta frecuencia para distinguir el contrato de ejecución de obra del contrato de servicios; en el contrato de servicios, se dice, el empleado depende directamente de quien lo tiene a su servicio, mientras que en el de ejecución de obra, la actividad corre a cargo de un contratista independiente sin que exista ningún lazo de subordinación.

Aceptar este criterio implica defender que el Código Civil utiliza el término "ejecución de una obra" en el sentido de prestación de una actividad sin subordinación a las instrucciones de quien la encarga, mientras que con el término "prestación de un servicio" se refiere a la prestación de una actividad caracterizada por la subordinación de quien la ejecuta a las

¹⁸⁵ Recuérdese que la forma de fijar la remuneración tiene consecuencias prácticas en orden al plazo de prescripción de la acción de reclamación del pago de los servicios prestados. En este sentido si el pago se caracteriza por la periodicidad inferior a un año, la prescripción es quinquenal -con la salvedad de los servicios prestados por profesionales-, mientras que si la periodicidad es mayor, es el plazo general de quince años. Todo ello con independencia de que la conducta que se remunera consista en la prestación de un servicio -en sentido estricto-, o en la ejecución de una obra. Vid., págs. 72 y ss.

órdenes de quien la encarga.

Tradicionalmente se ha entendido que la dependencia nace de la presencia de cuatro elementos: a) el moral, que se concreta en el respeto al empleador; b) el técnico, que se basa en el reconocimiento de la superioridad de conocimientos del empleador; c) el económico, que se fundamenta en el reconocimiento de que éste conoce mejor que los empleados lo que patrimonial y financieramente conviene más a la empresa y en el derecho organizativo del empleador como propietario del negocio; y d) el jurídico, que implica la cesión del resultado del trabajo¹⁸⁶.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia defienden que algunos de estos elementos se hallan presente en el contrato de servicios y no en el de ejecución de obra. En concreto, el elemento técnico, y entonces hablan de dependencia como la falta de "autonomía técnica con libertad de decisión en relación a la misma"¹⁸⁷, o el elemento económico, y entonces la dependencia es la obediencia a las órdenes contractuales sobre el trabajo emanadas del empresario^{188, 189}.

¹⁸⁶ Vid. BAYON CACHON, G., y PEREZ BOTIJA, E., *Manual de derecho del trabajo*, V.I, 12ª ed. revisada y puesta al día por F. VALDES DAL-RE, Zaragoza, 1.978, págs. 18-19.

¹⁸⁷ GETE-ALONSO, *Estructura...Ob. Cit.*, pág. 664.

¹⁸⁸ En este sentido ENNECCERUS y LEHMAN, *Ob. Cit.*, pág. 86.

¹⁸⁹ Un sentido similar es el que ha atribuido tradicionalmente la jurisprudencia a este término en sede de la responsabilidad del empresario por los perjuicios causados por sus dependientes (art. 1.903.4 C.C. y 21 C. Penal). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1.992 [R.A.J. nº 10565] afirma que "hay que estimar necesario para que haya dependencia que "en virtud del acuerdo de voluntades de dos personas, adquiriera una de ellas facultades de impartir órdenes e instrucciones de la otra". Es decir que "haya un nexo entre dos personas caracterizado por la existencia en una de ellas de facultades de impartir órdenes e instrucciones de la otra".

No obstante, en ocasiones, en sede de responsabilidad, la relación de dependencia se concibe actualmente de una forma mucho más amplia y, así, acaba por definirse como "la mera amistad, la liberalidad del *dominus*, la aquiescencia, el beneplácito o la autorización de éste" [Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de

Esta tesis es defendida actualmente por un sector de la doctrina española¹⁹⁰ y ha sido adoptada por el Tribunal Supremo en algunas ocasiones; así, en Sentencias de 25 de octubre de 1907 y 24 de abril de 1953.

Los hechos que dan origen a la *litis* en la Sentencia de 25 de octubre de 1.907¹⁹¹ son en resumen: fallecido D. Francisco Vázquez Vázquez, los parientes próximos que se creyeron llamados a heredar, de común acuerdo, confirieron poder general a D. José Vila González (recurrente) para que, en nombre y representación de todos y cada uno de los otorgantes, vendiera y transigiera sobre la herencia con tal que el precio de la misma llegara a la suma de 40.000 pesetas, cediendo en favor del mandatario, en remuneración de sus servicios, suplementos y gastos que se le originasen, lo que excediese de la misma cantidad. Posteriormente, D. José Vila conviene con D. Benigno Ramón Vázquez que éste le ayudaría en su cometido a cambio de la mitad del exceso resultante sobre las 40.000 pesetas impuestas por los

11 de diciembre de 1.984., R.A.J., nº 6056]. Vid. en este sentido LACRUZ en LACRUZ BERDEJO, José Luís, SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, DELGADO ECHEVERRIA, Jesús y RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil*, T.II, *Derecho de Obligaciones*, V.I, *Parte General, Delito y Cuasidelito*, 2ª ed., Barcelona, 1.985, pág. 575.

¹⁹⁰ PUIG BRUTAU, José, [*Fundamentos de Derecho Civil*, T.II, V.II, *Contratos en particular*, Barcelona, 1982, pág. 430] afirma que "en el contrato de servicios, la prestación de estos se realiza en situación de dependencia de quien los recibe, en tanto que en el de obra la actividad dirigida a lograr el resultado debido es realizada por un contratista o empresa independiente". Más radical en esta afirmación es DE COSSIO Y CORRAL [*Ob. Cit.*, pág. 523] que entiende que "el arrendatario adquiere el uso y disfrute del trabajo ajeno que está a su disposición, sometido a su autoridad e iniciativa, haciéndose de ese modo dueño de una parte del tiempo y de la libertad del asalariado, así como del producto de su esfuerzo. Es decir, que esta relación es esencialmente una relación de dependencia." En sentido similar BADOSA, *Dret d'obligacions*, *Ob. Cit.*, pág. 63; y GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, *Ob. Cit.*, pág. 664.

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1907, J.C., T.III, nº 108.

herederos para la válida transacción o enajenación de la enunciada herencia. Dificultades imprevistas impiden a D. Benigno Ramón cumplir su compromiso y éste propone ser sustituido por D. Pedro Díaz Vázquez que se obliga a colaborar con D. José Vila en la labor convenida a cambio de dos terceras partes de lo que le correspondiera a D. Benigno Ramón.

Se discute en casación si la relación existente entre D. José Vila y D. Pedro Díaz constituye un contrato de servicios que no daría derecho a porcentaje de las ganancias, como pretende el recurrente D. José Vila, o un contrato de sociedad por el que D. Pedro Díaz tendría derecho a tal porcentaje.

El Tribunal Supremo califica el contrato de sociedad con base en la siguiente argumentación: "dados los términos del contrato celebrado entre demandante y demandado..., no puede jurídicamente calificarse de arrendamiento de servicios, según pretende D. José Vila González, sino de verdadero contrato de Sociedad, puesto que por él se asocian y obligan los contratantes a realizar un negocio determinado, contribuyendo para ello con su inteligencia y demás medios de que pudieran disponer, practicando las gestiones conducentes a la consecución del fin propuesto, aislada o conjuntamente, y sin dependencia alguna entre sí, que es lo que caracteriza al contrato de servicios".

En sentido similar se pronuncia este mismo Tribunal en Sentencia de 24 de abril de 1.953¹⁹². Los hechos a los que se refiere son los siguientes: D. Juan Alonso Sánchez y don Quintiliano Pérez Martín se obligaron el primero a aportar el terreno y el capital necesario para la construcción de unas determinadas casas; y el segundo, a construirlas sin beneficio industrial, con destino a su explotación, y pacto de repartirse, por mitades e iguales partes, el producto de ésta, en lo que excediese del 4 por 100, que como interés se asignaba al capital invertido desde que comenzaron a explotarse las edificaciones,

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1953, R.A.J. n° 1958.

y en igual proporción, en caso de venta de las mismas, el excedente entre su coste y el precio.

Se discute en casación si el contrato que liga a estas partes es un contrato de sociedad civil, como pretende el recurrente, o por el contrario se trata de un contrato de servicios.

El Tribunal Supremo califica la relación como contrato de sociedad, con base en la misma argumentación que utilizó en la sentencia expuesta anteriormente. Así, afirma: "que una constante jurisprudencia ha declarado que desde que se concierta, cualquiera que sea la forma del contrato, la puesta en común de dinero, bienes o industria, con ánimo de partir los contratantes entre sí las ganancias, tiene virtual existencia una sociedad civil... no pudiendo merecer la relación contractual así concertada el concepto de un arrendamiento de servicios que se caracteriza por la dependencia, que en el caso presente no se da, de uno de los contratantes al otro".

A nuestro entender, en ambos casos el criterio de la dependencia como nota característica del arrendamiento de servicios aparece mal empleada como consecuencia de una errónea distinción entre este contrato y el de sociedad. La dependencia o independencia con la que actúen las partes contratantes en el desarrollo de su actividad no añade ningún dato a considerar en esta distinción.

En realidad, lo que distingue a ambos contratos es que en el de sociedad se pone en común "dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias" (art. 1.665 C.C.), es decir, existe la creación de una comunidad patrimonial, cuyos rendimientos se reparten entre los socios, mientras que en el arrendamiento, no existe una puesta en común de cosas y/o actividades para la consecución de una finalidad de lucro (partir entre sí las ganancias), es decir, falta en él la *affectio*

*societatis*¹⁹³.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 15 de febrero de 1.961¹⁹⁴ en la que el Tribunal Supremo cambia la línea jurisprudencial desvinculando la distinción de estos contratos de la dependencia o independencia con la que se llevan a cabo las actividades. En ella se afirma: "Que la simple lectura de los artículos 1.544 y 1.665 del Código Civil permite señalar características esenciales e incompatibles a los contratos de arrendamiento de servicios y sociedad, pues al paso que en el primero las partes se hallan perfectamente diferenciadas, obligada una a prestar los servicios encomendados y la otra a retribuirlos mediante un precio cierto, cuya certeza ha de admitirse si, aunque no esté fijado en numerario, es susceptible de precisión, en el segundo, el de sociedad -contrato de unión-, por el contrario, ambas partes quedan vinculadas parejamente, sin que quepa, por su común e idéntica finalidad de obtención de ganancias, que aún cuando estas no se logran, la participación de una de ellas sea una remuneración perfectamente precisada, característica, del contrato de arrendamiento de servicios".

El criterio de la dependencia como diferenciador de los contratos de ejecución de obra y de servicios ha sido defendido, también, por algunos autores franceses¹⁹⁵, sin embargo, es entre la doctrina italiana¹⁹⁶, donde ha logrado mayor fortuna. La explicación es sencilla, porque este criterio es uno de los que

¹⁹³ En el mismo sentido TRAVIESAS, *Ob. Cit.*, pág. 42; BONET RAMON, Francisco, *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, 2ª ed., Madrid, 1.964, pág. 1211; y SANTOS BRIZ, *Ob. Cit.*, pág. 317, VERGEZ SANCHEZ, Mercedes, *El socio industrial*, Madrid, 1.972, entre otros.

¹⁹⁴ Sentencia de 15 de febrero de 1961, R.A.J. nº 337.

¹⁹⁵ Así, JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, T.II, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les suretés*, París, 1930, pág. 617.

¹⁹⁶ En este sentido BARASSI, Ludovico, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, T.I, 2ª ed., Milán, 1.915, pág. 599 y ss.

adopta el ordenamiento de este país.

El Código Civil italiano de 1942 distingue de una parte el contrato de empresa -*appalto*- y el contrato de obra -*opera*-, y de otra el contrato de trabajo dependiente. La prestación que constituye el objeto del contrato de *opera* coincide con la que constituye el objeto del contrato de *appalto*: en ambos casos existe la obligación de realizar, a cambio de una remuneración, una obra o un servicio¹⁹⁷. El contrato de *appalto* se distingue del contrato de *opera* en que el *appaltatore* debe ser necesariamente una gran o mediana empresa, mientras que el prestador de una obra no es nunca un empresario¹⁹⁸. Sin embargo, en ambos contratos la prestación del servicio o la realización de la obra se realiza sin ningún vínculo de dependencia entre los contratantes. El contrato de trabajo dependiente, en cambio, se caracteriza porque en él la prestación del servicio o la realización de la obra se realiza bajo la subordinación u organización del empleador¹⁹⁹.

¹⁹⁷ CAGNASSO, Oreste, "Appalto nel diritto privato", en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale, T.I*, 4ª ed., Turín, 1.987, pág. 167.

¹⁹⁸ En este sentido ZACCARIA, A., "Comentario al artículo 1.655" en *Commentario breve al Codice Civile*, Milán, 1992, pág. 1329; BARASSI L., *Instituciones de derecho civil*, V.II, Traducción y notas de comparación al derecho español por R. GARCIA DE HARO DE GOYTISOLO con la colaboración de M. FALCON CARRERAS, Barcelona, 1955, pág. 383; y CAGNASSO, *Ob. Cit.*, pág. 167.

¹⁹⁹ Según el artículo 1.655 del Código Civil italiano el contrato de empresa (*appalto*) "*è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*". El artículo 2.222 se refiere al contrato de obra: "*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio o senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicando le norme di questo caapo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*". Por último, el artículo 2.094 define el contrato de trabajo: "*è presttore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*".

Este criterio, válido para el sistema italiano, no puede trasladarse, sin embargo, al derecho español, porque la clasificación que hace el Código Civil español de contrato de ejecución obra o de servicios no se corresponde con la que realiza su homólogo italiano de empresa, obra y trabajo.

Ciertamente, el servicio de criados y trabajadores asalariados se caracteriza en nuestro Código Civil por la nota de subordinación o dependencia de quien realiza el trabajo frente a quien lo encarga, entendida la dependencia como la subordinación a las instrucciones del empleador, e inserción de éste en el ámbito organizativo del empleador. Esto se deduce de la letra del artículo 1.587 que dispone que "La despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo." Ningún precepto de los que el Código dedica a la regulación de las obras por ajuste o precio alzado implica, en cambio, subordinación -aunque a nuestro entender tampoco la excluye-.

La nota de dependencia caracteriza así a los servicios prestados por criados y trabajadores asalariados -que, como veremos más adelante son, en la mayor parte de los casos, relaciones laborales-, pero, esta nota no se puede aplicar, sin excepción, a todas las posibles actividades que son objeto de la prestación de servicios.

En concreto, no existe dependencia técnica en la prestación de servicios de profesionales liberales, pues estos se contratan, en razón de la capacidad específica que los profesionales poseen y, muchas veces, el empleador no. De hecho estos se prestan, más que en una relación de dependencia, en una relación de coordinación y colaboración²⁰⁰. Por otra parte, la dependencia

²⁰⁰ En el mismo sentido BAYON CACHON y PEREZ BOTIJA, *Ob. Cit.*, pág. 19.

entendida como inserción en el ámbito organizativo del empresario no puede por sí sola distinguir el contrato de servicios del contrato de ejecución de obra, porque aunque caracteriza a los servicios prestados por criados y trabajadores asalariados, no tiene porque darse en otros tipos de servicios, y, además, tampoco puede excluirse de todos los supuestos de ejecución de obra²⁰¹.

Una persona puede prometer la ejecución de una obra según la dirección que señale el destinatario de ésta, y, por otra parte, quien realiza la prestación en el contrato de servicios puede disfrutar de gran autonomía. Es decir, ni todos los servicios implican subordinación -en especial los servicios de las profesiones liberales-, ni en la ejecución de obra se puede excluir una modalidad en la que el dueño vigile y dirija la actividad del contratista²⁰².

Debe descartarse, pues, a nuestro entender, el criterio de la subordinación o dependencia como distintivo decisivo de ambos contratos en la regulación española de estos, aunque, ya adelantamos que este criterio será de mayor interés en aras de distinguir el contrato de trabajo dentro del contrato de ejecución de obra o de servicios.

²⁰¹ CASTAN [*Ob. Cit.*, pág. 454] afirma que "No hay imposibilidad de que una persona prometa la ejecución de una obra según la dirección que señale el dueño o destinatario de ella, ni es raro tampoco el caso de que quien presta el trabajo, en el contrato de servicios (sobre todo cuando se trata de servicios superiores), disfrute de gran autonomía".

²⁰² En los mismos términos se expresan CASTAN, *Ob. Cit.*, pág. 454; ENNECCERUS y LEHMAN, *Ob. Cit.*, pág. 436; LUCAS FERNANDEZ, *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, *Ob. Cit.*, pág. 85; SANTOS BRIZ, *Ob. Cit.*, pág. 316; LACRUZ BERDEJO, *Ob. Cit.*, págs. 271-272; y ATAZ LOPEZ, Joaquín; *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 135-136, entre otros.

3) El contenido del trabajo.

Algunos autores²⁰³, dando por sentada la existencia de subordinación entre empleador y empleado en el contrato de servicios y la falta de ésta en el de ejecución de obra (en el que la prestación se realiza con plena autonomía técnica), excluyen de las actividades propias del contrato de servicios, todas aquellas que quedan sometidas a la pericia profesional de quien las realiza. Desde esta perspectiva, el servicio sería la prestación de una actividad no cualificada, mientras que la ejecución de obra comportaría la realización de una actividad técnicamente o profesionalmente cualificada.

Sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime al señalar que el contenido del trabajo que se ha de prestar no constituye una nota diferencial en la distinción entre contrato de ejecución de obra y de servicios, pues una misma actividad puede ser desplegada en el cumplimiento de uno y otro contrato²⁰⁴.

El Tribunal Supremo ha rechazado el criterio del contenido del trabajo en múltiples ocasiones. Así en Sentencias de 16 de febrero de 1935, de 18 de enero de 1941, de 22 de diciembre de 1.955, y de 2 de junio de 1960, entre otras muchas. En todas ellas se plantea la cuestión de la distinción entre el contrato de servicios y el mandato. Trataremos este tema en un próximo capítulo y por esta razón apuntamos aquí tan sólo las afirmaciones que en este punto interesan, sin perjuicio que volvamos a analizar las citadas sentencias en otro lugar.

²⁰³ Así GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, *Ob. Cit.*, págs. 663-664; y BADOSA, *Dret d'Obligacions Ob. Cit.*, pág. 63.

²⁰⁴ En este sentido ENNECCERUS y LEHMAN [*Ob. Cit.*, pág. 435] que proponen el siguiente ejemplo: el oficial de barbería que afeita a un parroquiano cumple con este mismo acto una obligación de obra de su principal y su propia obligación de servicio hacia éste (el principal debe el resultado al parroquiano y el auxiliar debe al patrono la actividad).

En la Sentencia de 16 de febrero de 1.935²⁰⁵, el Tribunal Supremo dice: "Aunque de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los Abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia los servicios de los Letrados, como los de las demás personas que ejercen profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad, siquiera lo sea muy elevada y destacada, del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios".

En la Sentencia de 18 de enero de 1.941²⁰⁶ afirma el Tribunal: "El contrato de prestación o arrendamiento de servicios, es molde amplísimo que cobija, sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes ejercen las llamadas profesiones y artes liberales".

En Sentencia de 22 de diciembre de 1.955²⁰⁷ afirma que "el contrato de arrendamiento de servicios puede tener por objeto los de cualquier naturaleza, sean corporales o intelectuales, de un orden más o menos elevado, tanto los de los Abogados, Médicos, Arquitectos y otras profesiones, como los domésticos o materiales".

Por último, en Sentencia de 2 de junio de 1.960²⁰⁸, el Tribunal Supremo dice: "La sola alusión por las deficientes normas del Código acerca del contrato de servicios al de los domésticos, obreros, jornaleros o trabajadores asalariados, no quiere decir por tanto, que los servicios de las profesiones liberales se hallen excluidos del ámbito de dicho contrato, ya

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1935, R.A.J. n.º 462.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1941, R.A.J. n.º 5.

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1955, R.A.J. n.º 3640.

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1960, R.A.J. n.º 2072.

que los términos amplísimos del artículo 1.544, abarcan los servicios de cualquier clase y jerarquía, aunque fuera de su previsión expresa, toda la rica gama de los servicios de los empleados o dependientes, artistas y cuantos desempeñan profesiones liberales".

Lo cierto es que la regulación del servicio de criados y trabajadores asalariados que realiza el Código no limita esta modalidad a los servicios que no requieren pericia; tampoco la ejecución de una obra por ajuste o precio alzado implica necesariamente conocimientos profesionales. En este sentido afirman DIEZ-PICAZO y GULLON que "los servicios objeto de este contrato (el de servicios) no tienen necesariamente que ser materiales. Está totalmente superada en la actualidad la antigua doctrina que circunscribía el arrendamiento de servicios a ellos excluyendo los de un profesional"²⁰⁹.

El contenido del trabajo no permite, pues, a nuestro entender, distinguir las modalidades del contrato de ejecución de obra o servicios establecidas en el Código, ni, desde luego, tampoco -vista la definición de este contrato que realiza el artículo 1.544 del C.C.-, el contrato de ejecución de obra del contrato de servicios²¹⁰.

4) La imputación de los riesgos.

Quienes defienden que la imputación de los riesgos distingue los contratos de ejecución de obra y de servicios, entienden que en el contrato de ejecución de obra el riesgo recae sobre la parte que debe ejecutar la obra, porque es ésta la que pierde el

²⁰⁹ DIEZ PICAZO y GULLON, *Ob. Cit.*, pág. 429.

²¹⁰ En el mismo sentido RIVERO en LACRUZ, *Ob. Cit.*, pág. 307; Y ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, págs. 304-305.

derecho a la contraprestación cuando la prestación debida sobreviene imposible por una causa no imputable a ninguna de las partes; mientras que en el contrato de servicios, el riesgo pesa sobre la parte que encarga el servicio, porque ésta puede exigir la remuneración aunque la prestación del servicio sobrevenga imposible por una causa igualmente no imputable a ninguno de los contratantes.

Defender la forma en la que se imputan los riesgos, implica caracterizar la ejecución de obra como la prestación de una actividad con asunción del riesgo de la imposibilidad sobrevenida fortuita, y la prestación de servicios como la prestación de una actividad sin asunción de tal riesgo.

La distribución de los riesgos toma como punto de partida los artículos 1.589 y 1.590 del C.C. que, ciertamente, atribuyen el riesgo al deudor de la ejecución de obra, en el contrato de ejecución de obra, y, de este modo, se distancian de la regla general, válida para el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación en el contrato de servicios, según la cual el riesgo corresponde a quien lo encarga. En este sentido el artículo 1.589 del C.C. dice: "Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla". Por su parte, el artículo 1.590 establece que "El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño".

Este criterio ha sido mantenido en diversas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo; así en Sentencias de 7 de octubre, 23 de noviembre y 19 de diciembre de 1964.

La Sentencia de 7 de octubre 1.964²¹¹ plantea la cuestión de la determinación del precio en el contrato por el que D. Pedro R.M. encarga a D. Antonio G.L. la construcción de un edificio. Se discute si la retribución se ha convenido a precio alzado como pretende el recurrente, que alega la violación por inaplicación del artículo 1.593 del C.C., o si, por el contrario, se halla determinada por unidad de medida como habían afirmado las instancias anteriores por aplicación del artículo 1.592.

El Tribunal Supremo concluye que la forma de retribución por unidad de medidas "es perfectamente aplicable al supuesto aquí comentado, tanto porque el expresado art. 1.592, no sienta distinción alguna entre superficies homogéneas y heterogéneas, lo que veda al exégeta establecerla..., como porque se acomoda con exactitud al principio de libre autonomía de la voluntad en la contratación consagrado en los arts. 1.255, 1.278 y concordantes de la Ley Civil sustantiva".

El Tribunal llega a esta conclusión partiendo de la siguiente premisa: "Que los elementos reales del contrato de arrendamiento de obras, como lo califica el art. 1.544 del C. Civ., siguiendo la nomenclatura del Derecho romano, o de empresa, según la terminología moderna, consisten, de una parte, en la obtención de un resultado (*opus consumatam et perfectum*) al que, con o sin suministro de material (art. 1.588), se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla *Res perit domino*, y de otra en la fijación de un precio cierto (art. 1543 y 1544), que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado, o en el tiempo y forma convenidos (art. 1599)".

En la Sentencia de 23 de noviembre de 1.964²¹² se plantea la cuestión de la validez de la resolución unilateral realizada

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1964, R.A.J. n° 4326.

²¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1964, R.A.J. n° 5453.

por las Sociedades "Altos Hornos de Vizcaya" y "Basconia, S.A." del contrato por el que encargan a la Sociedad "Cauco, S.L." la impermeabilización de un edificio propiedad de las primeras, y el resultado del cual es la construcción de una cubierta que no cumplía el fin perseguido de impermeabilización.

El Tribunal Supremo resuelve: "Que la acción resolutoria regulada en el art. 1124 del C. Civ..., precisa para su viabilidad y eficacia, según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias, entre otros requisitos, los de que el negocio jurídico que se presenta a resolver contenga obligaciones bilaterales o recíprocas..., que se patentice en el oportuno litigio, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido por parte de uno de los contratantes, ya un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irrefutable lo impida..., y que no sea aplicable al supuesto controvertido condición resolutoria alguna expresamente pactada..., o específicamente determinada por la Ley..., circunstancias ellas que concurren en el presente caso".

El Tribunal parte de la misma premisa que en el caso anterior: "el contrato de empresa o arrendamiento de obras... es aquél por el cual una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente) mediante precio, a la obtención de un resultado (*opus*) al que, con o sin suministro de material (art. 1588), se encamina la actividad creadora del primero, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla "*res perit domino*" y con lo preceptuado en los arts. 1.589 a 1.592 de la Ley civil sustantiva, de suerte tal que precisamente ese requisito es el que diferencia este contrato del de trabajo o servicios".

Por último, se pronuncia en este mismo sentido la Sentencia de 19 de diciembre de 1.964²¹³ en la que se plantea la cuestión de la calificación de un contrato por el que doña Elisa C.L. y

²¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1964, R.A.J. n^o 5900.

doña Carmen L.P. encargan al Ingeniero don Agustín G.O. la redacción de un proyecto de Balneario de servicios, conviniendo sobre la retribución en el momento de celebración del contrato y de nuevo en un pacto posterior.

El Tribunal Supremo afirma que "no puede hablarse en el caso de autos, como pretende la recurrente de dos negocios distintos, sino de un solo contrato de empresa con dos modalidades"

Para ello parte de una afirmación idéntica a la mantenida en las sentencias citadas anteriormente: "el arrendamiento de obras... consiste..., en la obtención de un resultado al que, con o sin suministro de material (art. 1588) se encamina la actividad creadora del empresario, que acusa los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla "*res perit domino*".

Por nuestra parte partimos, para efectuar el análisis del riesgo en los contratos de ejecución de obra y de prestación de servicios, del concepto de riesgo propuesto por el profesor BADOSA²¹⁴, al que seguimos en este punto, según el cual por "riesgo" se entienden los posibles avatares del objeto del derecho de crédito, sobrevenidos con posterioridad al nacimiento de la obligación y antes del cumplimiento de la prestación, no imputables al deudor.

Cuando la prestación se concreta en un servicio, el riesgo se circunscribe únicamente al *periculum obligationis*, entendido como la posibilidad de tener que cumplir la propia obligación habiéndose extinguido el derecho a percibir la contraprestación, porque la prestación de un servicio no comporta la creación de una cosa. Por esta razón, el Código Civil contempla una única visicitud en relación al servicio: la imposibilidad sobrevenida²¹⁵, que extingue la obligación cuando no es

²¹⁴ BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions, Ob. Cit.*, págs. 40 y ss.

²¹⁵ En este sentido BADOSA, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 40 y ss.

imputable al deudor (art. 1.184 C.C.).

De ahí que, el concepto de riesgo se limite, para el supuesto del contrato de servicios, a la imposibilidad sobrevenida de prestar el servicio comprometido. En este caso, compartimos la tesis de que el riesgo recae sobre quien lo encarga, que deberá cumplir su obligación a pesar de la imposibilidad sobrevenida del servicio, pues, según se ha apuntado en líneas anteriores, el propio concepto de riesgo implica la inimputabilidad del obligado a prestarlo.

De todo ello se deduce que, aunque la regulación del contrato de servicios no hace una referencia expresa al tema del riesgo, éste corresponde a la parte que encarga el servicio, que, a pesar de la imposibilidad de éste, debe pagar la remuneración a la otra parte contratante.

En el ámbito del contrato de ejecución de obra, en cambio, el riesgo abarca, además, la posible pérdida de la cosa, esto es, lo que viene a denominarse el *periculum rei*, pues la ejecución de la obra comporta la realización de una actividad y la posterior entrega de su resultado.

Los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil se refieren al supuesto de la alteración de la prestación debida concretada en la pérdida de la cosa -*periculum rei*-, y responden a la regla de que la cosa se pierde siempre para su propietario.

En este sentido, BADOSA explica que el motivo por el cual los citados preceptos atribuyen el riesgo a la parte que debe ejecutar la obra, radica en la necesidad de encajar esta regla, propia de los derechos reales, en las figuras obligacionales bilaterales. Para ello es necesario actuar sobre la contraprestación, atribuyendo la pérdida de la cosa a los que aportaron los elementos económicos que intervinieron en su existencia. Así, afirma este autor que "La regla *res perit domino*, exige que al perderse (fortuitamente) la obra, cada

partícipe ha de perder lo que aportó. La falta de derecho a la retribución por parte del arrendador es la expresión económica de esta pérdida para él, tanto si puso trabajo y materiales (art. 1589) como si sólo puso trabajo (art. 1590). Se elimina el juego sinalagmático o contractual de la remuneración, para sustituirlo por una función propia de los derechos reales (...). Uno y otro artículo parecen presuponer que la obra perdida estaba bien hecha, dado que fundaba por sí misma una expectativa de remuneración que ha frustrado la pérdida. De ahí que la trascendencia de los arts. 1589 y 1590 no pueda ir más allá de su propia *ratio*. Si no hay remuneración no es porque haya faltado el cumplimiento (a pesar de que efectivamente ha sido inútil para el acreedor), sino porque la cosa se pierde para su propietario. Ahora bien, esta regla propia de los derechos reales hay que encajarla en las figuras obligacionales bilaterales. El medio técnico de conseguir este fin, es actuando sobre la contraprestación. Este es el verdadero sentido de los arts. 1589 y 1590. El derecho a la remuneración se extingue, no por razones fundadas en la causa onerosa (porque se considere que la prestación debida no ha sido cumplida por la pérdida ulterior de la obra), sino porque se considera que la pérdida de ésta ha de recaer sobre los que aportaron los elementos económicos que intervinieron en su existencia. Aplicada esta idea al arrendador, éste ha de perder económicamente lo que ha aportado (sean materiales y trabajo o solo este último); ¿cómo se consigue que sufra esta pérdida (imputación del riesgo)? Para que el arrendador sufra la pérdida (es decir, se le impute el riesgo) hay que operar sobre la retribución, negándosela. La falta de remuneración es, por tanto, el medio técnico por el cual se atribuye al arrendador la pérdida de lo que aportó a la obra, en aplicación del principio general de riesgo *res perit domino*²¹⁶.

Sin embargo, aunque según se ha visto, por regla general, los riesgos recaen sobre la parte que encarga el servicio, en el contrato de servicios, y en la parte que se obliga a ejecutar la

²¹⁶ BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1.987, págs. 210 a 212.

obra, en el de ejecución de obra, la distinta distribución del riesgo no es un criterio definitivo para la distinción entre tales contratos. En este sentido la Sentencia de 19 de octubre de 1.995²¹⁷ reconoce que: "Es característica esencial del arrendamiento de obra o contrato de obra, definido en el art. 1.544 C.C., que el contratista se comprometa a la obtención de un resultado, *opus consumatum et perfectum*, pero ello no significa que el aspecto definitorio del contrato venga dado por la distribución contractual de los riesgos, que sólo constituye una previsión legal (art. 1.589 C.C.) para el caso de destruirse la obra antes de haber sido entregada."

En definitiva, tal distribución de los riesgos no configura una nota esencial de estos contratos: ni la regla general de la atribución de los riesgos a quien encarga el servicio en el contrato de servicios, ni los artículos 1.589 y 1.590 del C.C. en el contrato de ejecución de obra, son normas imperativas, por lo que su aplicación puede ser objeto de exclusión voluntaria. Las partes contratantes a través de cláusulas negociales, pueden efectuar una distinta distribución contractual del riesgo, sin que con ello deba entenderse alterada la naturaleza jurídica de estos contratos²¹⁸.

En nuestra opinión, los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil al regular el *periculum rei* en el supuesto de la ejecución de obra apuntan un criterio de distinción entre este contrato y el de servicios distinto al de la imputación de los riesgos. Se trata del criterio del objeto del contrato, pues la ejecución de

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1.995, R.A.J. n^o

²¹⁸ En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA [*Ob. Cit.*, pág. 40-41; y ENNECCERUS y LEHMAN, *Ob. Cit.*, pág. 456] que ponen los siguientes ejemplos: "el que conduce piedra a un dique que debe ser reforzado entra en una relación de servicios aunque el salario sólo se tenga que pagar si el trabajo tiene éxito; pero si se ha prometido construir el dique con arreglo a un plan, se tratará de un contrato de obra aun cuando se vaya a percibir la remuneración en caso de que la obra resulte destruida antes de su finalización por los temporales marítimos".

una obra comporta la prestación de una actividad dirigida a la creación de una cosa que puede perecer antes de ser entregada, y de este modo, tal prestación puede diferenciarse de la que corresponde al servicio que no comporta la creación de una cosa²¹⁹.

²¹⁹ Más adelante volveremos sobre este tema.

5) El objeto de la obligación de hacer.

La distinta distribución de los riesgos ha ido ganando terreno mientras hacía tránsito al criterio del objeto de la obligación de hacer. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia confunde la asunción del riesgo con la garantía de la obtención de un resultado -mezclando, en definitiva, riesgo y responsabilidad-, y, de este modo, se pasa a defender que mientras la obligación derivada de un contrato de servicios es una obligación de medios -pues el servidor no asume los riesgos y, por tanto, no garantiza un resultado-, la obligación derivada de un contrato de ejecución de obra es de resultado -pues en tanto que el contratista asume los riesgos, garantiza el resultado de su actividad-²²⁰.

La distinción fundada sobre el objeto de la obligación de hacer -actividad o resultado- puede resumirse así: si se promete una actividad o *quantum* de trabajo hay contrato de servicios; si se promete el resultado de una actividad o resultado de trabajo -entendido en sentido jurídico, es decir, como obra concluida y completa y no como reflejo fáctico de todo hacer- hay contrato de ejecución de obra²²¹.

²²⁰ En este sentido afirma SALVADOR CODERCH, Pablo, ["Comentario al artículo 1.588 del C.C.", en *Comentario del Código Civil*, T.II, Madrid, 1.991, pág. 1176]: "En la esencia del contrato de obra está la asunción de responsabilidad por la obtención de un resultado. El contratista contrae una obligación de hacer, que no es de mera actividad sino de resultado. Asume el riesgo de la prestación antes de la entrega de la obra (arts. 1589 y 1590 C.C.); por eso se establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (art. 46 LCE y 132 RCE). Conviene insistir en que no es la naturaleza de la obra lo que define el contrato de obra sino la distribución contractual de los riesgos".

²²¹ En estos mismos términos TRAVIESAS, *Ob. Cit.*, pág. 35; Y GITRAMA GONZALEZ, Manuel, "Configuración jurídica de los servicios médicos", en *Estudios de Derecho Público y Privado en homenaje al Prof. IGNACIO SERRANO*, V.I, Valladolid, 1965, pág. 357.

Reproducimos aquí uno de los ejemplos que propone TRAVIESAS²²² para comprender mejor la base de este punto de vista: Si un sastre se obliga a hacer un traje a un cliente, dice, le promete a éste el resultado de la actividad: la hechura. El sastre, por su parte, compromete a otras personas para que cosan el traje, y a cada una de ellas no les paga para que hagan la chaqueta o el chaleco, sino para que cosan simplemente. Estas personas se obligan sólo a proporcionar su actividad, ciertamente que para un fin, pero no se comprometen a proporcionar el fin o resultado. El cliente celebra, pues, con el sastre un contrato de ejecución de obra, y el sastre celebra con quienes le ayudan en la confección del traje un contrato de servicios.

La doctrina alemana entiende que ésta es la vía adoptada expresamente por el B.G.B que afirma que en el contrato de servicios se contrata la actividad misma²²³, mientras que en el de obra no es el servicio en sí lo que se contrata, sino el resultado del trabajo, resultado que puede consistir en una cosa o cualquier otro resultado producido por el trabajo o prestación de servicios²²⁴.

Actualmente, también la doctrina española adopta este criterio, de forma prácticamente unánime, para la distinción entre el contrato de ejecución de obra y el contrato de servicios en el Código Civil español. En este sentido se afirma que en el contrato de ejecución de obra es esencial la asunción de responsabilidad del contratista de la obtención de un resultado

²²² TRAVIESAS, *Ob. Cit.*, pág. 35.

²²³ El párrafo 611 del B.G.B. establece: "Por el contrato de servicios aquél que promete los servicios se obliga a la prestación de los servicios prometidos y la otra parte a procurar la remuneración pactada. Pueden ser objeto del contrato de servicios, servicios de cualquier clase".

²²⁴ El párrafo 631 del B.G.B. establece: "Por el contrato de obra el artífice se obliga a la realización de la obra prometida y el comitente a la satisfacción de la remuneración pactada. Puede ser objeto del contrato de obra tanto la realización o modificación de una cosa como cualquier otro resultado a producir por trabajo o prestación de servicios".

y que es precisamente esta nota la que lo distingue del contrato de servicios²²⁵.

Además puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal supremo ha convertido el objeto de la obligación de hacer en la nota definitiva en la diferenciación entre el contrato de ejecución de obra y el de sevicios. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias en las que se cuestiona directa o indirectamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, que configura el objeto de la *litis*. A continuación se exponen las afirmaciones que extraídas de una selección de estas sentencias, sin pretensión de exhaustividad, muestran esta doctrina jurisprudencial.

²²⁵ En este sentido GARCIA DE HARO DE GOYTISOLO, en BARASSI, *Ob. Cit.*, pág. 255; TRAVIESAS, *Ob. Cit.*, págs. 35 y ss.; REBOLLEDO VARELA, "Algunos aspectos del contrato de arquitecto. Los honorarios" en *Revista de Derecho Privado*, 1985, pág. 926; GALVEZ MONTES, J., "Colegios profesionales y tarifas de honorarios de ingenieros" en *Revista de Administración Pública*, 1983, págs. 937-938; ROCA TRIAS, Encarna, "Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos" en *Revista de Derecho Privado*, 1976, pág. 787; GITRAMA GONZALEZ, *Ob. Cit.*, pág. 342; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia; *Derecho del trabajo*, 12ª ed., Madrid, 1991, págs. 59-60; SANTOS BRIZ, "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica" en *Revista de Derecho Privado*, 1972, págs. 280-281; PUIG PEÑA, *Compendio de derecho civil español*, T.IV, V. II, 3ª ed., Madrid, 1976, pág. 140; BONET RAMON, *Ob. Cit.*, pág. 1211; LUCAS FERNANDEZ, *Comentario del Código Civil*, *Ob. Cit.*, págs. 1.058-1.059; SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1958, pág. 586; FERNANDEZ COSTALES, Javier, *Ob. Cit.*, págs. 49-50, y *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, pág. 125, ; ATAZ LOPEZ, *Ob. Cit.*, pág. 136; ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, págs. 276-277; GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, *Ob. Cit.*, pág. 664; ALGUER, en ENNECCERUS y LEHMAN, *Ob. Cit.*, pág. 457; YZQUIERDO TOLSADA, *Ob. Cit.*, págs. 42 y ss., CASTAN TOBEÑAS, *Ob. Cit.*, pág. 453, CLEMENTE DE DIEGO, *Ob. Cit.*, págs. 313-314; GULLON BALLESTEROS, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 252; DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *Ob. Cit.*, pág. 449; LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, T.III, *Contratos*, 3ªed., Madrid, 1.995, págs. 285 y 286; GARCIA IGLESIAS, Demetrio, "El contrato de obra: concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo", *La Ley*, 1.993-4, pág. 1.119; y ESPIN CANOVAS, *Ob. Cit.*, pág. 596, entre otros.

En Sentencia de 4 de febrero de 1950²²⁶, el Tribunal supremo dice: "aunque de ordinario se presenta la relación contractual entre el Letrado y su cliente como un contrato de servicios, también aparece otras veces como contrato de obra, supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga a aquel a prestar no propiamente su actividad profesional sino el resultado producido por la misma, cual ocurre, entre otros casos, en el de aceptar el Letrado el encargo de emitir un dictamen".

En Sentencia de 31 de marzo de 1950²²⁷, el Tribunal afirma: "el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética con el fin de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios".

En la Sentencia de 19 de enero de 1957²²⁸ se lee: "el arrendamiento de servicios se caracteriza en su esencia por la promesa que hace una parte de prestar su actividad profesional o el trabajo mismo y la otra promete una remuneración de cualquier clase".

En Sentencia de 7 de octubre de 1964²²⁹, el Tribunal dice: "Que los elementos reales del contrato de arrendamiento de obras..., consisten de una parte en la obtención de un resultado (*opus consumaten perfectum*) al que, con o sin suministro de materiales (art. 1588), se encamina la actividad creadora del empresario". Esta afirmación se repite en las Sentencias de 23

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1950, R.A.J. n° 191.

²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950, R.A.J. n° 393.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1957, R.A.J. n° 136.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1964, R.A.J. n° 4326.

de noviembre de 1964²³⁰, de 19 de diciembre de 1964²³¹, y de 6 de junio de 1983²³².

En la Sentencia de 14 de octubre de 1968²³³ se lee: "(el objeto del contrato de empresa) no es simplemente la energía del trabajo, sino el resultado de ese trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada "de recibo", es decir, que reúna las condiciones de aptitud e idoneidad normales, quedando esta declaración supeditada a la resolución judicial si surge discrepancia entre las partes, acerca de ella".

Por último citaremos la Sentencia de 10 de junio de 1975²³⁴, en la que el Tribunal afirma: "Que de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal -S. entre otras, de 4 febrero 1950 [R.191]-, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado

²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1964, R.A.J. n° 5453.

²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1964, R.A.J. n° 5900.

²³² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1983, R.A.J. n° 3291.

²³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1968, R.A.J. n° 4386.

²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975, R.A.J. n° 3265.

determinado, cosa no frecuente dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado".

Pensamos que no deben confundirse riesgo y responsabilidad. Recordemos que se entiende por riesgo los posibles avatares del objeto del derecho de crédito, sobrevenidos con posterioridad al nacimiento de la obligación y antes del cumplimiento de la prestación, no imputables al deudor²³⁵. La responsabilidad, en cambio, hace alusión al incumplimiento.

Pues bien, siguiendo al profesor BADOSA, hay que señalar que los artículos 1.589 y 1.590 C.C., si bien atribuyen los riesgos a la parte que se obliga a ejecutar la obra en el contrato de ejecución de obra, de ello no se sigue que le obliguen a obtener un resultado siempre. Estos preceptos regulan la distribución del riesgo, pero no el incumplimiento de la obligación, de modo que si quien se ha obligado a ejecutar la obra no tiene derecho a la retribución no es -necesariamente- porque no ha cumplido -a pesar de su diligencia- al no obtener el resultado prometido, sino porque sobre él recaen los riesgos de la pérdida de la cosa como consecuencia de la aplicación de la regla *res perit domino*. En este sentido explica el citado autor que "En contra de toda apariencia, la obligación de obra está constituida como una obligación de actividad del deudor quien realizándola cumple, y no como una obligación de resultado. Porque si bien el resultado es el efecto de la actividad y la cualifica, es efecto y cualificación de índole material, pero no de índole jurídica. No forma parte de la prestación debida y su ausencia no postula necesariamente incumplimiento, porque puede faltar la obra a pesar de haberse llevado a cabo la actividad materialmente adecuada para realizarla y jurídicamente debida (arts. 1.589, 1.590)", y añade: "Lo que no aborda ni el artículo 1.589 ni el artículo 1.590, es la cuestión que aquí más nos interesa: si el arrendador cumplió jurídicamente con la mera realización de la obra, que se perdió antes de la entrega al arrendatario. El

²³⁵ En este sentido BADOSA, *La diligencia y la culpa... Ob. Cit.*, págs 40 y ss.

posible argumento en contra de la extinción de su derecho a la remuneración, no lo es en realidad dado que el tema de ambos artículos es el régimen de la pérdida de la obra, no el del incumplimiento de la obligación"²³⁶.

Desde esta perspectiva cabe rechazar el criterio del objeto de la obligación de hacer como definitivo para la distinción entre los contratos de ejecución de obra y de servicios, pues la obligación que ambos generan para el deudor de la actividad es una obligación de medios, de modo que, en ambos supuestos, el deudor cumple desplegando la conducta prometida con la diligencia exigible.

Si bien, de manera inicial, resulta bastante clarificadora esta nota, conviene precisar. De una parte (como se verá más adelante), la diferencia se entrama con la que se hace entre las obligaciones de medios y de resultado, adoptada por la doctrina (y jurisprudencia) pero, en nuestro Ordenamiento jurídico, sin una base o sustento legal firme. Distinción que no es del todo operativa, sobre todo cuando se tiene que hacer entrar en juego en un contrato sinalagmático.

De otra parte, en la medida en la que -como se ha dicho- se utiliza para "garantizar" (entre comillas) o explicar el riesgo, confundiendo o mezclando éste y la responsabilidad por incumplimiento, también resulta inoperante.

²³⁶ BADOSA, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 191 y 211.

III. RECAPITULACION

Una primera aproximación a la regulación del contrato de servicios, que contiene el Código Civil español, plantea la cuestión de si este contrato aparece tratado como un contrato independiente del contrato de ejecución de obra o si, por el contrario, contrato de servicios y contrato de ejecución de obra configuran en este cuerpo legal dos modalidades de un único tipo contractual. La duda se plantea a partir de la dualidad de conjunciones con las que el Código une ambas figuras. Así, mientras los artículos 1.542 y 1.544 hablan del "arrendamiento de obras o servicios", la rúbrica del Capítulo III se formula como "del arrendamiento de obras y servicios".

La solución a esta cuestión debe buscarse en el estudio de los precedentes de Código Civil. La evolución histórica de estas instituciones jurídicas constata que, de hecho, la diferenciación entre arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios es relativamente reciente.

Ciertamente, esta distinción fue introducida por los pandectistas alemanes de principios del siglo XIX que clasificaron la *locatio conductio* romana en la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*. Distinción que no operó en el Derecho Romano, ni queda reflejada en las obras de los glosadores, postglosadores y humanistas.

La tripartición ideada por los pandectistas influirá, sin embargo, en el Código Civil alemán, así como en otros códigos germánicos, que en la actualidad regulan separadamente el arrendamiento de cosas, el contrato de servicios y el contrato de ejecución de obra.

No obstante, el Código Civil español tiene como claro precedente, en el tema que nos ocupa, el Proyecto de Código Civil de 1.851, que, a su vez, es prácticamente una réplica del Código

civil Francés, que permaneció ajeno a tripartición de la *locatio conductio*.

El Código Civil francés sigue la tradición romanista y adopta básicamente la sistemática propuesta por POTHIER. Distingue dos tipos de arrendamiento: el de cosas y el de trabajo (art. 1.708: "*Il y a deux sortes de contrats de louage. Celui de choses et celui d'ouvrage*"), y distingue, dentro del arrendamiento de trabajo tres modalidades -"especies principales"- (art. 1.779: "*gens de travail, transports, et des devis et des marches*"). De esta forma, la prestación de servicios y la ejecución de obra se encuentran subsumidas en un único tipo contractual, el arrendamiento de trabajo, dentro del cual se distinguen tres modalidades a las que se dedican disposiciones especiales.

En el Proyecto de Código Civil de 1.851, la prestación de servicios y la ejecución de obra són, también, objeto de un mismo, y único, tipo contractual -"arrendamiento de trabajo y de industria"-, dentro del cual se diferencian tres especies principales a las que se dedican disposiciones especiales (art. 1.523: "a) criados y trabajadores asalariados; b) obras por ajuste o precio alzado; y c) transportes por agua o tierra tanto de personas como de cosas").

El Anteproyecto de Código Civil de 1.882 sigue en esta misma línea: "Hay dos clases de contratos de arrendamiento el de cosas y el de obras y servicios" (art. 1º del título "Del contrato de arrendamiento, Libro IV), "Las especies más comunes del arrendamiento de obras y servicios son: 1º) del servicio doméstico, de criados y trabajadores asalariados; 2º) de obras por ajuste o precio alzado; 3º) de transportes por tierra y agua, tanto de personas como de cosas" (art. 38 del título "Del contrato de arrendamiento, Libro IV).

En el Proyecto de Código Civil de 1.888 se producen, por el contrario, dos modificaciones:

1ª) La afirmación de que hay dos clases de arrendamiento se sustituye por el artículo 1.542 que dice: "El arrendamiento puede ser de cosas o de obras o servicios".

2ª) Se suprime el precepto que indicaba las tres especies más comunes de arrendamiento y se sustituye por las respectivas rúbricas de las secciones del capítulo.

Estas modificaciones pueden inducir a intepretar que el código distingue, en verdad, tres tipos de arrendamiento: el de cosas, el de obra y el de servicios. Sin embargo, no parece que fuera ésta la intención del legislador. Ciertamente, con tal pretensión, la ubicación del contrato de transporte dentro del capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios -sección tercera- carecería de sentido.

De ahí que, en nuestra opinión, pueda concluirse que, en el Código Civil español, la prestación de servicios y la ejecución de obra son objeto de un único tipo contractual. De hecho, puede constatarse que esta es la consideración que mantuvieron la doctrina y la jurisprudencia hasta los años 50.

La importancia práctica de esta solución se encuentra en las consecuencias que la unidad o dualidad de contratos tiene en cuanto a :

1) la posibilidad de establecer *de lege ferenda* disposiciones generales para supuestos de prestaciones de servicios y ejecuciones de obras, que no sean objeto de una tipificación especial, que eviten reiteraciones o remisiones innecesarias.

2) explicar la naturaleza jurídica del contrato de transportes, que, en caso contrario, no quedaría incluido ni en el contrato de servicios ni en el de ejecución de obra.

3) adecuar la definición de contrato de arrendamiento de

obras o servicios (art. 1.544: "en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto") a su regulación. El Código no contiene Disposiciones Generales, sino que se limita a establecer disposiciones especiales para tres modalidades, el objeto de las cuales -servicios de criados y trabajadores asalariados, obras por ajuste a precio alzado, y transportes-, no coincide con el objeto del contrato de servicios o ejecución de obra, mucho más amplio.

Sin embargo, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia defienden mayoritariamente que contrato de servicios y contrato de ejecución de obra configuran dos tipos contractuales diferenciados, y proponen diversos criterios para su distinción.

La tesis unitaria que resulta de la evolución histórica de las figuras en estudio excluye, evidentemente, la existencia de una nota definitiva que opere en orden a esta clasificación, por lo que es necesario realizar una revisión crítica de los diversos criterios propuestos por la doctrina, sin olvidar que para ello debemos partir de la consideración de la existencia de dos tipos contractuales. Sólo si no existe un criterio definitivo que permita distinguir el contrato de servicios del de ejecución de obra podrá mantenerse que, todavía hoy, existe un único tipo contractual. La cuestión de fondo se halla, de hecho, en analizar si las distintas características propias de ambos tipos de prestaciones aconsejan, o no, la diversidad del régimen jurídico aplicable en cada caso.

Los criterios propuestos por la doctrina a fin de delimitar el contrato de servicios y el contrato de ejecución de obra son: la forma de fijar la remuneración; la subordinación o dependencia en la realización de la prestación; el contenido del trabajo; la imputación de los riesgos; y el objeto de la obligación de hacer.

1.- El criterio de la forma de fijar la remuneración

defiende que los servicios se retribuyen en proporción al tiempo que se dedica a proporcionarlos, mientras que la ejecución de una obra se retribuye a presupuesto o en función de las unidades producidas. Esta opinión ha sido defendida por un sector de la doctrina y adoptado en alguna ocasión por la jurisprudencia, aunque, en la actualidad, ésta lo rechaza sistemáticamente. En este sentido se indica que la prestación de servicios puede ser remunerada a precio fijo, y que la ejecución de obra puede ser retribuida en proporción al tiempo empleado.

Lo cierto es que la forma de fijar la remuneración no es un criterio que permita distinguir el contrato en el que se compromete la prestación de servicios del que obliga a la ejecución de una obra. Sí caracteriza, en cambio, dos de las especies del contrato de arrendamiento de obras y servicios: la del servicio de los criados y trabajadores asalariados que, a tenor de la letra del Código, se retribuye en función del tiempo empleado, y la de las obras por ajuste que, según esta misma normativa, se retribuyen a precio alzado.

2.- La nota de la subordinación o dependencia en la realización de la prestación pone énfasis en que en el contrato de servicios el trabajador se halla bajo la dependencia técnica de quien le encarga el trabajo, o bajo su ámbito de organización, mientras que en la ejecución de obra, la actividad se realiza con plena autonomía.

Es cierto que el servicio de criados y trabajadores asalariados se caracteriza, en nuestro Código Civil, por la dependencia técnica o la subordinación al ámbito de organización del empleador de quien realiza el trabajo frente a quien lo encarga, pero esta característica no es extensible a otras prestaciones de servicios, como la de los profesionales liberales. La dependencia caracteriza, pues, la prestación de servicios de criados y trabajadores asalariados regulada en el Código Civil, pero no la prestación de servicios en general. Por otra parte, nada impide que la ejecución de obra por ajuste se