

concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas"³²⁷.

Contrato administrativo y contrato civil se distinguen, pues, fundamentalmente, en que mientras que en éste las partes -particulares o Administración y particular- atienden a un interés privado, aquél se corresponde con un contrato celebrado por la Administración -con un particular u otro ente público- con finalidad pública.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos, el artículo 7º de la L.C.A.P. señala que "Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado." Por lo que el derecho privado resultará de aplicación directa -aunque subsidiaria- en la regulación de los contratos administrativos.

Pasando al terreno concreto del contrato administrativo de obra, hay que tener en cuenta, además de la normativa propia de este contrato, las Disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas contenidas en la citada Ley, entre las que interesa destacar las referencias concretas al objeto y precio de los contratos.

Respecto del primero, el artículo 13 de la L.C.A.P. señala que "El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación". De este modo limita el objeto de los contratos administrativos -y, por tanto, del de obras- al servicio público, entendido como la consecución de una finalidad pública.

³²⁷ En este sentido GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, T.I, Madrid, 1.987, pág. 643.

Por su parte, el artículo 14 de la L.C.A.P. dispone que "Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido".

El precio se determina, en el contrato administrativo por el sistema de "precios unitarios" o por "unidades de obras" que consiste en asignar un precio separado a cada una de las unidades de obra en que se descompone el proyecto, de modo que el presupuesto se forma aplicando esos precios al conjunto de unidades que el proyecto prevé más las partidas globales³²⁸.

Con la expresión "se abonará en función de la prestación realmente efectuada" este precepto parece condicionar el derecho a la retribución del contratista a la consecución de la finalidad perseguida por la Administración, configurando, así, los contratos administrativos como verdaderos contratos de resultado, entendidos como contratos en los cuales la no consecución de la finalidad perseguida implica, en todo caso, el incumplimiento contractual. Refuerza esta interpretación la letra del artículo 111.1 de esta misma norma que señala que "El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto", así como la regulación de la constitución de garantías (artículos 37 y ss. de la L.C.A.P.) a la que quedan obligados los adjudicatarios de los contratos administrativos, que pretende asegurar la consecución del resultado pretendido por la Administración.

La L.C.A.P. atribuye, asimismo el riesgo y ventura al contratista con la salvedad de la fuerza mayor en el contrato de obras (art. 99). Se trata, en definitiva, de una consecuencia de la fijación del precio -unitario, o a tanto alzado- a priori, o con anterioridad a la realización por parte del contratista de la prestación (requisito indispensable del contrato

³²⁸ GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Ob. Cit.*, pág. 665.

administrativo), que implica la atribución al contratista de los riesgos de la actividad a realizar, entendidos como los beneficios o pérdidas económicas que comporta la puesta en relación de esta empresa y el mercado.

Ya en sede de disposiciones especiales del contrato de obras, el artículo 120 de la L.C.A.P. señala que "se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) La construcción de bienes que tengan la naturaleza inmueble tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.; b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos; c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores."

De esta definición se deduce que el contrato administrativo de obra es, como el contrato de ejecución de obra civil, un contrato de actividad en virtud del cual el contratista se obliga a realizar un trabajo (de construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, o dirigidos a modificar la forma o sustancia del suelo o subsuelo) a cambio de un precio.

El artículo 126 L.C.A.P. señala que "Excepcionalmente, cuando la naturaleza de la obra lo permita, se podrá establecer el sistema de retribución a tanto alzado, sin existencia de precios unitarios, en las circunstancias y condiciones que reglamentariamente se determinen". Este precepto, aunque hace referencia a una nueva forma de fijar la remuneración -a tanto alzado-, mantiene la necesidad de fijar un precio *a priori* y por tanto sigue fiel al principio de riesgo y ventura del contratista regulado en el artículo 99 de esta misma Ley.

El artículo 144 contiene, no obstante, una salvedad: "En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido". Esta consideración no exceptiona al contrato de obras de la regla general de contrato de resultado a la que responden todos los contratos administrativos. El derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran producido al contratista en caso de fuerza mayor, tiende a limitar los riesgos que éste soporta en la realización de la prestación, pero no se convierte en el pago de la contraprestación a la que éste tendría derecho si el contrato se considerara cumplido (no afecta al ámbito de la responsabilidad). Además, no hace ninguna referencia al caso fortuito, por lo que cabe entender que cuando la obra no llega a realizarse sin culpa del contratista éste no tiene derecho a la contraprestación - tampoco a una indemnización- porque el contrato no se considera cumplido.

El contrato administrativo de obra -como el resto de contratos administrativos- se caracteriza, así, por la asunción por parte del contratista de una obligación de resultado³²⁹.

Precisamente esta nota lleva a la doctrina a afirmar que el contrato administrativo de obra guarda una clara relación con el contrato civil de ejecución de obra que, como se vió líneas más arriba, origina, según la doctrina mayoritaria, una obligación de resultado.

En este sentido explican GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ³³⁰ que "la esencia de este contrato está en su configuración como una *locatio operis*, lo que tradicionalmente

³²⁹ Más adelante se dedica un capítulo al estudio del concepto y significación de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

³³⁰ GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Ob. Cit.*, pág. 664.

se suele expresar en el principio tópico del *riesgo y ventura*, que en un momento se creyó ser propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado...Quiere decirse que, como el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asume la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención de ese resultado; lo único que importa es el resultado final -la entrega en plazo de la obra terminada-, abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él, del coste que para dicho empresario haya supuesto llegar al mismo".

En sentido similar se pronuncia, también, el Dictamen del Consejo de Estado de 24 de octubre de 1968: "Es doctrina común en nuestro Derecho la que ve en el contrato de obra pública una modulación administrativa del contrato civil de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado, regulado en los artículos 1.588 y siguientes del Código Civil. La modulación consiste en el acomodo material de la figura común al tráfico en masa de la Administración, sin merma de la naturaleza que le es propia ni de sus fundamentales rasgos distintivos. Por virtud de este contrato, el contratista o *conductor*, se obliga a realizar una obra determinada y el dueño o *locator*, al pago de un precio alzado. La definición que contiene el Código Civil (art. 1.544) subraya ambas características en el arrendamiento de obras: una de las partes se obliga a realizar una obra por precio cierto. El objeto que en él consideran las partes y sobre el cual consienten no es el trabajo o actividad del contratista, sino su resultado, la obra completa y terminada. Y a diferencia del arrendamiento de servicios, en el que el obligado es retribuido por la actividad que realiza, en el contrato de obra la retribución del servicio es substituida por el ajuste o precio alzado...Las prestaciones de las partes se delimitan con toda nitidez: la ejecución de la obra queda a cargo del contratista; el pago del precio, a cargo del *dominus*. Al primero corresponde la responsabilidad de la ejecución (arts. 1.589, 1.590 y 1.591);

el segundo no está obligado a su prestación sino hasta que recibe la obra (art. 1.599) y no ha de pagar más de lo convenido, salvo el caso de que se haya producido un aumento de obra consentido por su parte (artículo 1.593)."

Sin embargo, discrepamos de las premisas de las que parten las opiniones anteriormente transcritas en lo que hace referencia a los siguientes puntos: 1) En primer lugar, rechazamos (por los motivos expuestos con anterioridad) la afirmación según la cual el objeto del contrato de ejecución de obra es el resultado de una actividad y el precio. En nuestra opinión es un contrato de actividad y por tanto, tiene por objeto la actividad dirigida a la consecución de un resultado y el precio; 2) En segundo lugar, con base en los argumentos sustentados líneas más arriba, entendemos que la forma de retribución tampoco es un criterio definitivo para la distinción entre el contrato de ejecución de obra y el contrato de servicios. Ambos pueden ser remunerados indistintamente a tanto alzado o en función del tiempo empleado en realizar la actividad; 3) Por último, rechazamos, tal como ha resultado motivado, la tesis de que los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil regulan la responsabilidad del contratista. Estas normas son, en verdad, una aplicación de la norma *res perit domino* al supuesto de pérdida de la cosa, antes de su entrega, en el contrato de ejecución de obra.

Además, en nuestra opinión, la relación entre estos dos tipos contractuales no es tan clara, pues lo cierto es que entre ellos existen profundas diferencias.

Junto con el carácter de uso o servicio público al que está afecto el inmueble objeto de las obras, el suelo o el subsuelo, en el contrato administrativo, consecuencia lógica de la concreción del interés público que persigue todo contrato administrativo, cabe señalar que este se distingue del contrato civil de ejecución de obra en que:

- 1) el contrato civil de ejecución de obra tiene por objeto

la realización de una actividad dirigida a la creación de una cosa *ex novo* a cambio de un precio, mientras que el contrato administrativo de obras tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble y la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo a cambio de un precio, todas éstas, actividades dirigidas a la consecución de un resultado que, si bien puede concretarse en la creación *ex novo* de una cosa y coincidir así con la consecución de un resultado material, excede ampliamente de éste objeto. El contrato civil de ejecución de obra genera una obligación de medios para el contratista³³¹, mientras que éste queda sujeto a una obligación de resultado en el contrato de obra pública.

2) En el contrato administrativo de obra la retribución se fija necesariamente *a priori* -antes de iniciarse la actividad- por unidades o a tanto alzado, mientras que en el contrato de ejecución de obra puede fijarse de cualquier otro modo -así, en función del tiempo empleado en la realización de la obra-.

Lo cierto es que las opiniones transcritas parecen hacer referencia no al contrato de ejecución de obra en general, sino al contrato de ejecución de obra a precio alzado, y aún así carecen del rigor técnico necesario. Ciertamente, éste comparte con el contrato administrativo de obras la atribución del riesgo de mayor o menor onerosidad de la actividad (El artículo 1.593 C.C dispone que "El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales..."), cosa que no ocurre en el contrato de ejecución de obra con una remuneración proporcional al tiempo empleado en la actividad, donde el único riesgo que se atribuye al contratista, a falta de pacto en contrario, es el de la pérdida de la cosa debida por aplicación de la regla *res perit*

³³¹ En un próximo capítulo tendremos ocasión de tratar ampliamente este tema y argumentar esta afirmación.

*domino*³³². Con éste comparte la característica de atribuir el riesgo o ventura de la actividad al contratista, precisamente porque en ambos el precio se fija a *priori*, pero esta nota también lo acerca, por ejemplo, al contrato de servicios cuando estos se retribuyen a tanto alzado.

El principal escollo de las tesis expuestas está, en nuestra opinión, en confundir la asunción del riesgo y ventura de una determinada empresa, con la garantía de la obtención de un resultado. Estas cuestiones inciden en ámbitos diversos: la asunción del riesgo se circunscribe a las consecuencias más o menos favorables que la realización de una determinada empresa comporta para el contratista, mientras que la garantía de un resultado trasciende al ámbito de la responsabilidad contractual: si no se consigue el resultado prometido hay incumplimiento y con ello el contratista pierde el derecho a la contraprestación.

El contrato administrativo de obras se configura así como un contrato de actividad en el que el contratista tiene una obligación de resultado frente al comitente (la Administración): debe el resultado de una actividad y recibe a cambio un precio fijado a *priori*, asumiendo así el riesgo y ventura de la onerosidad del contrato.

En cambio, el contrato civil de ejecución de obra, es un

³³² Cabe advertir, no obstante, que el principio de riesgo y ventura también resulta aplicable al contrato de concesión de servicios públicos, que es una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. Así lo disponen los artículos 66.1 de la L.C.E. y 201 del R.C.E.: "La contratación de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: 1ª Concesión; por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura". En este sentido GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Ob. Cit.*, pág. 667.

De este modo, la asunción del riesgo y ventura, determinada por la fijación del precio a tanto alzado, que se configura como un elemento esencial del contrato administrativo de obra, tampoco sirve, según la normativa administrativa, como criterio distintivo definitivo para diferenciarlo del contrato de servicios.

contrato de actividad que tiene por objeto la creación de una cosa *ex novo* y el precio, fijado a tanto alzado o de cualquier otro modo (en función del tiempo empleado, etc.), que, como argumentaremos más adelante no origina una obligación de resultado, sino de mera actividad.

De ahí que no pueda defenderse que el contrato administrativo de obra responda plenamente al modelo del contrato civil de ejecución de obra por precio alzado, ni, con mayor motivo, al contrato civil de ejecución de obra en general. La consecuencia práctica de esta afirmación se concreta en que la remisión a las normas de Derecho privado que hace el art. 7.1 de la L.C.A.P. para la regulación de los contratos administrativos a falta de disposiciones administrativas, debe plantearse, en el caso concreto del contrato de obras, como una remisión a tales normas en general y no sólo o exclusivamente como una remisión a la normativa especial relativa al contrato civil de ejecución de obra.

CAPITULO IV

EL CONCEPTO DE SERVICIOS (I)

SUMARIO: I) CUESTION PREVIA; II) EL CONCEPTO DE SERVICIOS EN SENTIDO AMPLIO; III) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: 1) Derecho romano; 2) Derecho Intermedio; 3) El Código Civil francés; 4) El Código Civil español; IV) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE MANDATO: 1) Derecho romano; 2) Derecho Intermedio; 3) El Código Civil francés; 4) El Código Civil español ; V) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE MEDIACION; VI) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE DEPOSITO: 1) Derecho romano; 2) Derecho Intermedio; 3) El Código Civil francés; 4) El Código Civil español; VII) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE; VIII) LOS SERVICIOS OBJETO DE LOS CONTRATOS DE EDICION, REPRESENTACION TEATRAL Y EJECUCION MUSICAL: 1) El contrato de edición; 2) El contrato de representación teatral y ejecución musical; IX) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE; X) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA: remisión.

1) CUESTION PREVIA.

El término "servicio", al igual que el término "obra" anteriormente analizado, aparece utilizado a lo largo del Código Civil con diversas acepciones: una acepción amplia (arts 1.254, 1.271, 1.272 y 1.274), y una acepción estricta (arts. 1.542, 1.544, y 1.583 y ss.). La escasa -y en gran parte derogada- normativa relativa al contrato de servicios nos obliga a proceder, en la determinación del sentido estricto de este término, como sigue: determinada la acepción amplia, delimitaremos el objeto de los diversos contratos civiles que comportan una obligación de hacer para una de las partes a cambio de una remuneración, y que no configuran un contrato de servicios en sentido estricto.

No debe olvidarse, sin embargo, que también las normativas laboral, mercantil y administrativa regulan contratos por los cuales una parte se obliga a prestar un servicio a cambio de una remuneración, razón por la cual se hace imprescindible, en aras de delimitar el ámbito de aplicación del Código Civil, hacer referencia a: 1) el criterio que permite distinguir el contrato de servicios civil del contrato laboral, que dispone de una normativa especial -éste análisis permitirá, además, valorar la vigencia de la normativa civil relativa al contrato de servicios-; 2) los contratos mercantiles que comparten la naturaleza jurídica de contrato de servicios y en los que la regulación de este contrato en el Código Civil es de aplicación subsidiaria; y 3) la aplicabilidad subsidiaria de la normativa civil relativa a este contrato, al contrato de servicios administrativos.

II) EL CONCEPTO DE SERVICIOS EN SENTIDO AMPLIO.

En una acepción amplia, el Código Civil utiliza el término "servicio" para hacer referencia al objeto de la obligación de hacer, y también al objeto de la obligación de no hacer³³³.³³⁴.

Esta acepción deriva de la simplificación que el Código realiza cuando se refiere al objeto de los diversos tipos de obligaciones, que en el artículo 1.088 denomina de "dar, hacer o no hacer alguna cosa"³³⁵. Esto es, las prestaciones de hacer y de no hacer, objeto de las obligaciones de hacer y de no hacer, se denominan genéricamente con el término "servicios" -también con el término "prestación" en los artículos 1.147.1, 1.161 y 1.184-, que se contraponen al término "cosas" referido al objeto de la obligación de dar³³⁶, ³³⁷.

³³³ En este sentido BADOSA, *Dret d'obligacions, Ob. Cit.*, pág. 59.

³³⁴ En algún supuesto, el servicio llega a identificarse, incluso, con una actividad que ni siquiera configura el objeto de una obligación de hacer o no hacer. Así, el artículo 619 del C.C. dispone que "es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado".

³³⁵ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, "Comentario al artículo 1.254 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, T.II, Madrid, 1.991, pág. 430.

³³⁶ En el mismo sentido BADOSA, *Dret d'obligacions, Ob. Cit.*, págs. 52-53.

RAMS ALBESA, Joaquin, ["Comentario a los artículos 1.271 y 1.272 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XVII, Vol. 1-B, Madrid, 1.993, pág. 445] critica la utilización de el término "servicios" en esta acepción. Afirma que "Tampoco puede considerarse un acierto técnico el que el contenido de las obligaciones de hacer o no hacer se presente globalmente bajo la denominación de "servicios", ya que la división bipolar, entre cosas y servicios, se encuentra bastante alejada de ese realismo pedagógico popular con que se trata de perfilar el objeto del contrato".

De este modo, el término "servicio" se contrapone al término "cosa". Mientras que la existencia de la "cosa" es independiente de la existencia de la prestación de dar, el "servicio" se caracteriza por su falta de existencia material en el momento de fijación de la prestación³³⁸.

La simplificación de la que hablamos, y, por tanto, la adopción de esta acepción del término "servicios" puede observarse en los artículos 1.100 -"Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación"-; 1.135.2 -"La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible"-; 1.150 -"La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación"-; 1.161 -"En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación"-; 1.254 -"El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"-; 1.271.3 -"Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres"-; 1.272 -"No

³³⁷ El artículo 1.967 del Código Civil, en cambio, otorga otro significado a esta expresión. Lo cierto es que la utiliza con escaso rigor técnico, pues denomina "servicios" prestaciones que consisten en un dar. Así: "medicinas que suministraron" (párrafo primero), "suministros o desembolsos" (párrafo tercero), o "mercaderes...géneros vendidos" (párrafo cuarto). En este sentido BADOSA, *Dret d'obligacions*, Ob. Cit., pág. 63. En sentido similar, DIEZ-PICAZO, *La prescripción...* Ob. Cit., pág. 93.

³³⁸ BADOSA, *Dret d'obligacions*, Ob. Cit., pág. 58.

podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles"-; y 1.274 del Código Civil -"En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".

El término "servicios" se utiliza en un sentido muy similar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³³⁹. Lo cierto es que la terminología es, en esta ley, caótica: Así, los artículos 2.1 d), 2.2, 5.2 g), 6, 11.1, 15.4, 18.1d), 20.1, 26, 27.1a), 36.1, 37 y 41.2 contraponen los términos "servicio" y "producto"; los artículos 3.1, 4.1 y 8.1 distinguen entre "productos", "actividades" y "servicios"; los artículos 3.2, 5.1, 18.1 a) y 28.1 distinguen entre "bienes" y "servicios"; y los artículos 10.5, 13.1, 21 b), y 25 hablan de "bienes", "productos" y "servicios". No obstante, parece que, en cualquier caso, con el término "servicio" se hace referencia al objeto de las obligaciones de hacer y de no hacer³⁴⁰. A esta misma conclusión conduce el examen del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁴¹, que en su Anexo I califica como servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos de los artículos 2.2 y 6 de la LGCU los siguientes: Servicio de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción. Arrendamiento de vivienda destinada a residencia habitual. Sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios. Servicios de residencia y atención a personas mayores o con minusvalía. Transportes de servicio al público.

³³⁹ Ley 26/1984, de 19 de julio (B.O.E. núm. 176, de 24 de julio).

³⁴⁰ COCA PAYERAS, Miguel, "Comentario al artículo 10", en *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO Y Javier SALAS HERNANDEZ, Madrid, 1.992, pág. 231.

³⁴¹ B.O.E. de 12 de marzo de 1991.

comunicaciones: correos, teléfonos, telégrafos y otros servicios de telecomunicaciones que tengan incidencia directa en la prestación de servicios de uso general. Enseñanza. Culturales. Esparcimiento y deportes. Servicios personales: lavanderías, tintorerías, peluquerías. Servicios de limpieza y recogida de basuras. Servicios bancarios. Seguros. Turismo y hostelería. Servicios de reparación, mantenimiento y garantía de aquellos bienes y servicios relacionados en el presente anexo que, por su naturaleza, puedan requerir de los mismos"³⁴².

También la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista³⁴³ acoge esta acepción. En las muchas ocasiones en que se emplea el término "servicio" a lo largo de su articulado éste se identifica con "actividad" o "obligación de hacer", distinguiéndose de este modo de "cosa". En concreto, aparece contrapuesto al concepto de "producto" en los arts. 22.3, 23.1, 32.1, 32.3, 49.1 y 62.1, y diferenciado del concepto de "bienes" en el art. 33.1.

Desde esta perspectiva el servicio es el efecto material de la conducta debida: un hacer o un no hacer. Y, en este sentido, debe entenderse que son contratos de servicios -en el sentido amplio del término-, además del contrato de servicios propiamente dicho, otros contratos, tipificados en el Código Civil o de creación jurisprudencial. En concreto, aquellos contratos en virtud de los cuales una parte se obliga a : 1) "poner en común con la otra parte contratante su industria con ánimo de partir entre sí las ganancias"; 2) "prestar un servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra"; 3) "poner en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio jurídico"; 4) "guardar y restituir una cosa ajena"; 5) "prestar alojamiento suministrándole también o no alimentación"; 6) "editar,

³⁴² Aunque aquí, como en el artículo 1.967 del C.C., se califica de servicios a prestaciones que consisten en un dar: así, el suministro de agua, gas, electricidad y calefacción, o el arrendamiento de vivienda destinada a residencia habitual.

³⁴³ B.O.E. de 17 de enero de 1996.

representar o ejecutar una obra intelectual"; 7) "transportar cosas o personas por tierra o por agua"; y 8) "ejecutar una obra".

De este modo, nuestro ordenamiento civil presenta, de una parte, el contrato de servicios propiamente dicho, en virtud del cual una parte se obliga a prestar un servicio; y, de otra parte, una serie de contratos que regulan la prestación de unos servicios determinados: contratos de sociedad, mandato, mediación, depósito, hospedaje, edición, representación teatral, ejecución musical, transporte y ejecución de obra.

Estamos ante una relación de generalidad/especialidad que convierte al contrato de servicios en un contrato residual en el que se incluyen todos aquellos servicios -en el sentido amplio de *facere*- cuya prestación no es objeto de una tipificación especial.

De ahí que, para determinar el objeto del contrato de servicios, o, en otras palabras, para concretar qué actividades son materia de este contrato, será necesario precisar primero qué actividades quedan fuera de su regulación por disponer de una normativa especial. El objeto del contrato de servicios está, pues, en función del objeto de los contratos de servicios especiales regulados por el ordenamiento.

III) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

El artículo 1.665 del Código Civil define la sociedad como "un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias".

A partir de esta definición puede afirmarse que el contrato de sociedad es un contrato de actividad cuando uno o varios de los contratantes se obligan a prestar determinados servicios -a poner en común industria-. En el supuesto en que la aportación se limite únicamente a la industria, esto es, se trate de una aportación impropia, se plantean problemas de distinción con el contrato de servicios en sentido estricto³⁴⁴.

A continuación realizaremos un breve análisis de los caracteres esenciales del contrato de sociedad con el fin de sentar las bases que permiten calificar un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a aportar una determinada actividad o industria, como tal. Para ello nos serviremos del estudio de la evolución histórica de esta institución que detallamos ahora de forma sucinta.

1.- Derecho romano

La *societas* clásica surgía en virtud de un contrato por el que dos o más personas convenían a la consecución de un fin común³⁴⁵. Las partes que celebran este contrato se hallaban recíprocamente obligadas a hacer o entregar algo.

³⁴⁴ Vid. pág. 99 y ss.

³⁴⁵ En este sentido SHULZ, *Ob. Cit.*, pág. 525; y D'ORS, *Derecho privado romano, Ob. Cit.*, pág. 451.

Se configura como un contrato consensual³⁴⁶, del que se origina, aparte de la *actio communi dividundo* para la eventual división de la copropiedad creada, la *actio pro socio*, acción *ex bone fidei* dirigida a liquidar las deudas pendientes entre los socios por gestiones relativas a la sociedad³⁴⁷.

La *societas* romana no exige la presencia de un especial *affectio societatis*³⁴⁸. Tampoco requiere ánimo de lucro³⁴⁹-, sino tan sólo la persecución de un fin común -que puede ser distinto al lucro-. De este modo, el contrato de sociedad romano se distingue del arrendamiento en que en éste último una prestación funciona como compensación de la otra, mientras que las prestaciones que se derivan de la sociedad, no tienen nunca este carácter compensatorio³⁵⁰.

³⁴⁶ Instituciones de Gayo, 3, 135: "*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*".

³⁴⁷ A estas acciones se refiere el Título II, Libro XVII del Digesto.

³⁴⁸ SCHULZ, [Ob. Cit., pág. 525] afirma que los textos romanos en los que se habla de un especial *animus* o *affectio contrahendae societatis* están interpolados. En el mismo sentido D'ORS, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 454.

³⁴⁹ D'ORS, *Ob. Cit.*, pág. 452; y SCHULZ, *Ob. Cit.*, pág. 525. En la misma línea, CASTAN [Ob. Cit., pág. 555] explica que "son los romanistas, y sobre todo, los civilistas modernos quienes han concertado y resringido mucho su noción, atribuyendo a la sociedad una estricta finalidad de lucro".

En contra OURLIAC Y MALAFOSE [Ob. Cit., pág. 474] afirman que en el derecho romano "igual que en el derecho actual, el ánimo de lucro de la sociedad permite distinguirla de la asociación, agrupación desinteresada aunque cuente con un fondo económico".

³⁵⁰ SCHULZ, *Ob. Cit.*, pág. 525.

2.- Derecho intermedio.

En los textos de los glosadores el ánimo de lucro se presenta ya, junto a la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, como un elemento característico del contrato de sociedad. En este sentido AZON³⁵¹ define la sociedad como sigue: "*est autem societas duorum vel plurium conventio, contracta ob commodiorem usum et uberiores quaestum*" y, advierte a continuación que puede aceptarse la consideración "*quod dicitur, quemlibet sociorum non tantum damnum sed etiam lucrum debere expectare*".

El Derecho de Castilla recoge los elementos de la constitución de un fondo común y el ánimo de lucro. El Título X de la Partida V dedicado a las *compañias* establece que "*Compañia faze los mercaderos, e los otros omes entrefi, para poder ganar algo, mas de ligero, ayuntando fu auer en uno*"³⁵².

3.- El Código Civil francés.

El Código Civil francés es un claro precedente del Código Civil español en la regulación del contrato de sociedad. Siguiendo la línea de los romanistas predecesores y, particularmente de la doctrina sentada por POTHIER, caracteriza al contrato de sociedad por la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, y por la presencia del ánimo de

³⁵¹ AZON, *Summa Codicis*, IV, 37, n.1.

³⁵² Precisamente con base en el derecho de Castilla, SANCHEZ ROMAN [*Ob. Cit.*, T.IV, pág. 528] define el contrato de sociedad como un contrato "por el cual dos o más personas reúnen sus capitales, sus industrias, o ambas cosas, para dedicarlas a un objeto o negociación lícitos cualesquiera, con el fin de obtener un lucro común y divisible entre ellos, según las reglas estipuladas".

lucro³⁵³.

Por el contrario, y a diferencia de los Códigos latinos, el B.G.B. y el Código de las Obligaciones Suizo tienen un concepto más amplio del contrato de sociedad³⁵⁴, ya que su definición no incluye el ánimo de lucro y, entonces, la sociedad no responde necesariamente a la existencia de una finalidad lucrativa³⁵⁵.

4.- El Código Civil español.

En los diversos Proyectos de Código Civil español el contrato de sociedad aparece caracterizado por la constitución de un fondo común constituido a partir de las aportaciones de los socios -de bienes o capital, o de industria- y el ánimo de lucro:

El artículo 1.438 del Proyecto de Código Civil de 1.836 dice que "Sociedad es un convenio por el cual dos o más personas estipulan poner alguna cosa en común, con el fin de participar

³⁵³ La redacción originaria del artículo 1.832 establecía que "*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice*". Este precepto fue modificado por la Ley de 4 de enero de 1.978, que añadió a la anterior dicción las palabras "*ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*", hecho que demuestra la tendencia de sustituir el "fin lucrativo" por el "mero fin económico". En este sentido PANTALEON PRIETO, Fernando, "Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)" en *Anuario de Derecho Civil*, 1.993-1, pág. 10.

³⁵⁴ El párrafo 705 del B.G.B. dice: "Por el contrato de sociedad se obligarán recíprocamente los asociados a proseguir la consecución de un fin común del modo determinado en el contrato, y especialmente a hacer las aportaciones convenidas".

El artículo 530 del Código Suizo de las Obligaciones dice que "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en unir sus esfuerzos o sus recursos para obtener un fin común".

³⁵⁵ PANTALEON PRIETO, *Ob. Cit.*, pág. 8.