

referencia a toda actividad o hacer, pues en este caso incluiría la ejecución de una obra y estas oraciones resultarían repetitivas, sino para hacer referencia a una actividad o hacer concreta o determinada que debe distinguirse de la de ejecución de una obra y que configura el objeto del contrato de servicios<sup>610</sup>.

La atención que realiza el Código, en los preceptos dedicados a la ejecución de una obra, por la entrega de la cosa - una obligación de dar accesoria a la obligación principal de hacer- no se reproduce en la regulación del servicio de criados y trabajadores asalariados. En nuestra opinión, esto responde al hecho de que en la prestación de un servicio, en general -esto es tanto si se trata de criados y trabajadores asalariados, como si conduce a otra modalidad de este contrato- se caracteriza, y se contrapone a la ejecución de una obra, por ser la prestación de una actividad considerada en sí misma -el servicio se limita a la mera actividad- esto es, no conduce a la creación de una cosa nueva que deba entregarse con posterioridad a su ejecución. De ahí que, no es sino la regulación especial de las obras por ajuste o precio alzado, la que ofrece una única nota característica del contrato de servicios: éste se reduce a la prestación de una actividad que no comporta la creación de una cosa nueva.

De otro lado, según se ha visto páginas atrás, el Código dispone normas especiales para algunos contratos de prestación de servicios que tipifica de forma autónoma y que, en consecuencia, deben entenderse excluidos del ámbito del contrato de servicios.

El objeto del contrato de servicios queda, pues, constituido por las prestaciones de servicios -distintas a la ejecución de una obra- no tipificadas de forma autónoma, a cambio de un

---

<sup>610</sup> Y ello con independencia de que ejecución de obra y servicios se consideren dos contratos diferenciados o dos modalidades de un único tipo contractual. *Vid.*, págs. 74 y ss.

precio. El contrato de servicios actúa así, como un cajón de sastre que contiene unas relaciones jurídicas a las que el Código nomina pero no regula.

#### IV) LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE NATURALEZA MERCANTIL.

En sentido amplio, puede afirmarse que son contratos de servicios los contratos de sociedad, agencia, comisión, mediación, depósito, hospedaje, edición, representación teatral, ejecución musical, transporte y ejecución de obra, de naturaleza mercantil. La aplicación subsidiaria de la normativa civil en su regulación debe entenderse referida, en primer lugar, a la normativa propia -si existe- que establece el ordenamiento civil para la regulación de los contratos civiles paralelos, y subsidiariamente, a las normas generales del Derecho común.

No cabe plantearse la cuestión de la aplicabilidad subsidiaria de la normativa civil del contrato de servicios a contratos de naturaleza mercantil, porque, como hemos señalado con anterioridad, esta normativa no existe. Pero sí puede analizarse la cuestión de la naturaleza jurídica de algunos contratos mercantiles. En este sentido cabe advertir que en el ámbito mercantil no existe un "contrato de servicios" paralelo al contrato de servicios civil. De ahí que sea necesario analizar la naturaleza jurídica de aquellas relaciones jurídico-mercantiles que siendo una modalidad de este contrato, no tienen una figura civil paralela y que, debido al carácter residual del contrato de servicios, podrían enmarcarse dentro de su ámbito normativo.

La falta de una regulación general del contrato de servicios en la normativa mercantil, unida a la necesidad del tráfico mercantil de regular unas relaciones jurídicas -los contratos de servicios- crecientes en frecuencia, diversidad y complejidad, han derivado en la tipificación de algunas figuras que, a pesar de gozar de independencia o autonomía en el ámbito mercantil, tienen, en verdad, y con base en el Código Civil, la naturaleza jurídica de contrato de servicios. Junto a estos contratos típicos existen otros contratos que la práctica mercantil se encarga de nominar y regular -mediante los usos de comercio-

siendo éste, un primer paso hacia su tipificación o regulación legal. A todos ellos sería de aplicación subsidiaria la regulación civil del contrato de servicios, si existiera.

La identificación de todos los supuestos en que una relación jurídico mercantil que comporta la prestación de un servicio -en sentido estricto- a cambio de un precio, ha sido nominada por la doctrina o jurisprudencia, es una labor prácticamente imposible, además de probablemente inútil. En este punto, únicamente pretendemos especificar la naturaleza jurídica de algunos de los contratos sobre los que la doctrina mercantilista se plantea con mayor frecuencia esta cuestión.

Recordamos que en líneas anteriores hemos realizado esta misma operación en relación a los contratos mercantiles de ejecución de obra, y advertimos que, descartamos de esta enumeración los contratos que, por su propia naturaleza no son sino modalidades del contrato de transporte -como el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento, el fletamento, el contrato de pasaje, el de transporte aéreo, etc.- porque en este caso, la autonomía del transporte -defendida en el capítulo anterior- frente al contrato de servicios, implica que la normativa subsidiariamente aplicable es precisamente la de este contrato.

En nuestra opinión, comparten la naturaleza jurídica de contrato de servicios, entre otros, los siguientes contratos mercantiles:

La mayoría de los **contratos publicitarios** regulados por la Ley 34/1.988, de 11 de noviembre General de Publicidad. Aunque a menudo aparecen como contratos mixtos en los que, además de a la prestación de un servicio, la actividad se dirige a la ejecución de una obra, se caracterizan fundamentalmente por

obligar a desarrollar la primera de estas actividades<sup>611</sup>. Así:

a) El contrato de publicidad se define legalmente como "aquel por el que el anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma" (art. 15 L.G.P.). El ámbito de este contrato es tan amplio que abarca cualquier posible prestación de índole publicitaria que un anunciante solicite de una agencia, incluso la creación publicitaria que es objeto del contrato que lleva su nombre<sup>612</sup>. La diferencia entre este contrato y el de creación publicitaria se halla en que en éste último se planifica o programa pero no se ejecuta, de modo que se dirige únicamente a poner a disposición del anunciante la creación publicitaria para que éste utilice o no el proyecto<sup>613</sup>. Por el contrario, la actividad que debe desarrollar la agencia en el contrato de publicidad es principalmente la de la realización de la publicidad, que es el desarrollo de una conducta con fines publicitarios, aunque en ocasiones se añada a ésta la creación de un proyecto y, en estos casos, exista, en verdad, un contrato mixto de servicios y ejecución de obra.

b) El contrato de difusión publicitaria es el contrato "por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario" (art. 19 L.G.P.). El titular del medio de difusión queda, pues obligado a realizar la actividad en los términos pactados, o sea, a

---

<sup>611</sup> Recordamos que, por el contrario, el contrato de creación publicitaria que, en ocasiones, también obliga a la prestación de un servicio, se caracteriza principalmente, según vimos en el capítulo anterior, por gozar de la naturaleza de contrato de ejecución de obra.

<sup>612</sup> URÍA, *Ob. Cit.*, pág. 674.

<sup>613</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 521.

difundir el mensaje publicitario a través de la correspondiente vía<sup>614</sup>. Se trata de una prestación de actividad con utilización de determinados medios técnicos a disposición de la agencia que, aunque dirigida a la consecución de un resultado material -el resultado publicitario-, no implica la creación de una cosa nueva -no es una ejecución de obra- ni se corresponde con la actividad propia de otro contrato especial de servicios de naturaleza civil. Se trata, en definitiva, de una prestación de servicios.

c) El contrato de patrocinio publicitario. El artículo 24 de la Ley General de Publicidad define este contrato como "aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador"<sup>615</sup>.

En opinión de DIEZ-PICAZO, este precepto describe el carácter oneroso y sinalagmático del contrato, caracterizándolo como perteneciente al tipo "*do ut facies*"<sup>616</sup>. Sin embargo, entiende este mismo autor, la definición de la prestación del sponsor o patrocinador como "ayuda económica" es imprecisa, porque la "ayuda" parece indicar la atención de una parte del costo, mientras que el patrocinio no tiene límite alguno en este sentido; por este motivo sería preferible hablar simplemente de atribución patrimonial. Es asimismo imprecisa, afirma, la definición de la prestación del patrocinado o esponsorizado que la ley califica como colaboración en la publicidad del patrocinador, porque tal prestación puede concretarse ya en una colaboración -así, cuando un miembro del equipo deportivo sale

---

<sup>614</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 521; y SANCHEZ CALERO, *Ob. Cit.*, pág. 169.

<sup>615</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON ["El contrato de esponsorización" en *Anuario de Derecho Civil*, 1.994, pág. 9] entiende que la denominación que emplea la Ley General de Publicidad -"contrato de patrocinio publicitario"- es inexacta y equívoca, y aboga por el término "contrato de esponsorización".

<sup>616</sup> En sentido similar JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 522.

en un anuncio del patrocinador-, ya en la facilitación de una publicidad que debe producirse de acuerdo con otros medios de instrumentalización -así, cuando un miembro del equipo deportivo realiza su actividad laboral ordinaria llevando una camiseta en la que figura el nombre del sponsor-. Por último, señala, la enumeración de los posibles destinos de la ayuda económica que realiza el precepto comentado -actividad deportiva, benéfica, cultural o científica de lo patrocinado- no es cerrada, y queda al arbitrio de las partes la actividad que se patrocina o que se esponsoriza<sup>617</sup>.

El contrato de patrocinio publicitario se caracteriza, así, frente a los contratos de publicidad en que en estos la difusión del menjase publicitario constituye la prestación y la obligación de una de las partes, mientras que aquel trata de asociar intuitivamente un nombre o una marca a un evento cultural o deportivo que lo prestigia<sup>618</sup>.

Algunos autores sostienen que este contrato es, en verdad, una subespecie del contrato de difusión publicitaria que se caracteriza por la voluntad benefactora del patrocinador o patrocinadores respecto a la actividad del patrocinado<sup>619</sup>. Sin embargo, entendemos con DIEZ-PICAZO que no cabe tal equiparación, ya que los artículos 20 y 21 de la L.G.P., que regulan el contrato de difusión publicitaria, no encuentran aplicación al contrato de sponsorización<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> DIEZ-PICAZO, *Ob. Cit.*, págs. 9-10.

<sup>618</sup> DIEZ-PICAZO, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 7.

<sup>619</sup> SANCHEZ CALERO, *Ob. Cit.*, pág. 169.

<sup>620</sup> El artículo 20 de la L.G.P. dice que si el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos sustanciales, vendrá obligado a ejecutar, de nuevo, la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuera posible, el anunciante o la agencia podrá exigir reducción del precio y la indemnización de los perjuicios.

La aplicación de este precepto al contrato de sponsorización resulta compleja, ya que en éste ni existen órdenes, ni es fácil

En lo que aquí interesa, la actividad prestada por el patrocinado es, de nuevo, un servicio, porque no implica ni la ejecución de una obra -creación de una cosa *ex novo*-, ni se corresponde con la actividad propia de un contrato civil de servicios especial independiente del contrato de servicios en sentido estricto.

Los contratos de *engineering*, a pesar de su atipicidad, han adquirido en la práctica mercantil un especial relieve. La doctrina distingue varias modalidades. En lo que atañe a las especialidades de *consulting engineering* y *asistencia técnica "llave en mano"*, cabe recordar que, según expusimos líneas más arriba, gozan, en nuestra opinión, de la naturaleza jurídica de contratos de ejecución de obra, ya que se caracterizan, el primero, por obligar a una de las partes a suministrar estudios técnicos y económicos a la otra, a cambio de una contraprestación; y el segundo, por obligar a una de las partes a instalar una planta o fábrica completa, debiendo ser entregada en condiciones de inmediato funcionamiento, a cambio de un precio. El objeto es, pues, la ejecución de una obra intelectual en el primero de estos supuestos, y material, en el segundo, a cambio de un precio<sup>621</sup>. Por contra, el resto de modalidades del

---

la prestación de la rectificación porque no hay anuncios singulares.

El artículo 21 de la L.G.P. dice que en caso de incumplimiento total, el medio es reponsable, salvo causa de fuerza mayor. El anunciante o la agencia dispone de la facultad de optar entre la ejecución posterior de la misma prestación o la resolución del contrato, y, en ambos casos, tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios. La falta de ejecución imputable al anunciante o agencia determina la inexistencia de la obligación de pagar el precio íntegramente, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo contratadas.

La aplicación de este precepto es asimismo difícil, ya que en el contrato de sponsorización es raro el supuesto de incumplimiento total.

<sup>621</sup> Y ello sin perjuicio que a la ejecución de obra se le añada una prestación de servicio que convierta el contrato en complejo.

contrato de *engineering* gozan, en nuestra opinión de la naturaleza jurídica de contrato de servicios, aunque su complejidad las convierte, a menudo, en contratos mixtos<sup>622</sup>. Así:

a) El contrato de Know how o de transferencia de tecnología es normalmente un contrato complejo que, además de la cesión de derechos, implica la colaboración de técnicos que intervienen en la puesta en marcha de métodos de producción en los que se emplean secretos industriales que ellos mismos aportan<sup>623</sup>. A la prestación de servicios técnicos, se añade, en este caso, la cesión de patentes o de procedimientos industriales no patentados, pero la prestación de servicios no pierde su esencialidad, porque de ella depende, normalmente, que la cesión tenga los efectos pretendidos por la contraparte.

b) Por el contrato de merchandising una empresa colabora con otra haciendo que sus productos sean más competitivos, haciendo estudios de producto, elementos identificativos o envoltorios, a fin de que resulten fácilmente diferenciables; facilitando su almacenamiento y transporte, e incrementando la eficacia de los puntos de venta<sup>624</sup>. La empresa *engineering* presta así una actividad de colaboración que puede identificarse con un servicio en sentido estricto<sup>625</sup>, aunque, a menudo, el servicio, entendido como la actividad de colaboración, implique la ejecución de una obra que es parte de la actividad a desarrollar, y un instrumento necesario para la propia prestación del servicio (así, el

---

<sup>622</sup> También en opinión de URÍA, *Ob. Cit.*, pág. 679; y JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 505. Aunque estos autores también califican de contrato de servicios el contrato de *consulting engineering*.

<sup>623</sup> URÍA, *Ob. Cit.*, PÁG. 679; y JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 506.

<sup>624</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 506.

<sup>625</sup> JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 505] afirma que este contrato "difícilmente se distingue del puro arrendamiento de servicios".

servicio de colaboración para el incremento de la eficacia de los puntos de venta puede requerir un estudio del producto que, en sí mismo, es una ejecución de obra). En este caso hablaremos de un contrato mixto de servicios y ejecución de obra.

El contrato de factoring es otro contrato de colaboración entre empresas, atípico en nuestro ordenamiento jurídico. Por éste el "factor" se obliga, a cambio de una retribución, a prestar un servicio que puede concretarse en: a) Informar sobre la clientela, procediendo a su "clasificación" en función del riesgo que es aconsejable asumir con arreglo a la solvencia y características de cada cliente; b) La facturación de los productos y servicios prestados a dicha clientela, efectuada a nombre del propio interesado, y su contabilización; c) La gestión de cobro de facturas emitidas; y d) La cobertura del riesgo de eventual insolvencia del deudor de dichas facturas, y en este caso se hable de *factoring propio*<sup>626</sup>.

El gran abanico de servicios que pueden constituir su objeto permite atribuir al contrato de *factoring* distinta naturaleza jurídica, en función del caso concreto. Puede constituirse como un contrato de servicios, cuando el interés se centre, por ejemplo, en la información de la clientela, como un contrato de comisión, cuando la prestación fundamental sea la gestión de cobro de las facturas emitidas, o, como un contrato de cesión de créditos, en el caso del *factoring propio*, en que existe una cesión de créditos *pro soluto*. Frecuentemente, no obstante, se tratará de un contrato en el que el factor se obligará a realizar varias de estas actividades y existirán elementos que caracterizan a dos o más de las mencionadas figuras, configurando, así, un contrato mixto<sup>627</sup>.

La doctrina mercantilista ha dado nombre a otros contratos de servicios atípicos, identificándolos, de este modo, por las

---

<sup>626</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 269.

<sup>627</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 269.

características especiales que presentan. En este caso se halla el llamado "contrato de asistencia técnica" en virtud del cual una empresa cede a otra, mediante precio, la asistencia técnica, dentro de sus conocimientos tecnológicos para la mejor utilización de los procesos de producción de la empresa o particular que reciben esas prestaciones, a las que se añaden tareas o servicios de mantenimiento retribuidos y, en ocasiones, englobados en una oferta de venta<sup>628</sup>; el llamado "contrato o servicio de mensajería" por el que empresas especializadas y constituidas a ese fin se encargan de recibir y entregar cartas y paquetes y trasladarlos de un lugar a otro, generalmente en muy breve plazo de tiempo<sup>629</sup>; el llamado "contrato o servicio de vigilancia" por medio del cual un empresario mercantil asume las funciones de vigilancia y protección de las personas bienes y propiedades que le indica la empresa, según pacto llevado a cabo con los clientes<sup>630</sup>; y el llamado "contrato de abastecimiento" o catering en virtud del cual un empresario del ramo de la hostelería se compromete no sólo a abastecer de comida en sentido estricto, sino también al acondicionamiento, alquiler de menaje, transporte y servicio personal<sup>631</sup>; entre otros.

Por otra parte, entendemos -en contra de la mayoría de la doctrina que sostiene que se trata de contratos de ejecución de obra, porque obligan a la obtención de un resultado- que comparten la naturaleza de contrato de servicios algunos contratos del ámbito del derecho marítimo tales como el contrato de remolque-maniobra, por el que el naviero o capitán de un buque

---

<sup>628</sup> En este sentido JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 512]. Sin embargo este autor califica el contrato de asistencia técnica de contrato de obra porque "el contrato no se limitará sólo a un hacer sino que se esperan unos resultados mínimos".

<sup>629</sup> JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 513]. Aunque también en este caso aboga por la naturaleza jurídica de "arrendamiento de obra" de este contrato.

<sup>630</sup> JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 513] lo califica de contrato de "arrendamiento de obra".

<sup>631</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 509.

se obliga, mediante precio, a desplazar un buque que no puede utilizar su propia propulsión en el interior de un puerto<sup>632</sup>; el contrato de salvamento marítimo, por el que una parte se obliga a ayudar a un buque que se encuentra en peligro en el mar<sup>633</sup>, el contrato de practicaje, al hace referencia el artículo 612.6 del C.de C., por el que, el práctico asiste, a cambio de una retribución, al buque en las necesidades de la navegación, principalmente al entrar a puerto, canal o río, o tomar una rada o fondeadero<sup>634</sup>; y el contrato de carga y descarga de la nave<sup>635</sup>.

---

<sup>632</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 818.

<sup>633</sup> JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 854] califica el contrato de salvamento de contrato de ejecución de obra porque la retribución se condiciona a la consecución del resultado pretendido. En nuestra opinión, esta nota no permite sostener tal afirmación, porque, en verdad, lo que ocurre es que existe una determinada distribución de los riesgos que no afecta, para nada, a la cuestión de la responsabilidad: el salvamento que se efectúa con la diligencia exigible no implica incumplimiento, aunque si no se consigue el resultado material pretendido no de lugar a la contraprestación.

<sup>634</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 820.

<sup>635</sup> También en este caso, la doctrina mercantilista afirma la naturaleza jurídica de contrato de "arrendamiento de obra" de esta convención en función de la pretensión de un resultado material por las partes. Así, JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 820.

## V) LOS CONTRATOS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>636</sup> distingue los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Dichos contratos quedan regulados por esta ley y, supletoriamente, por las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado (art. 7 de la L.C.A.P.). Tampoco en esta ocasión cabe plantearse la cuestión de la aplicación subsidiaria de la normativa civil relativa al contrato de servicios -inexistente, según se ha visto- en la regulación de los contratos administrativos que compartan la naturaleza jurídica de contratos de servicios en sentido estricto.

Mayor interés puede revestir el determinar la naturaleza jurídica de los contratos administrativos nominados, aunque las propias limitaciones de este trabajo -que pretende circunscribirse en el ámbito del derecho civil- no aconsejan más que un somero análisis de este punto.

Apuntábamos páginas más arriba que el contrato administrativo de obras es, según el artículo 120 L.C.A.P., "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 substancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones,

---

<sup>636</sup> Sirvan en este punto las consideraciones generales referidas a la contratación administrativa, expuestas en sede de los contratos de ejecución de obra administrativos (pág. 196 y ss.)

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."

Observábamos, entonces, que el objeto del contrato administrativo de obras se reduce a la prestación de una actividad o trabajo (de los mencionados en el precepto transcrito) a la Administración, a cambio de un precio, y que, en este punto, se distingue del contrato de ejecución de obra civil, que tiene por objeto la creación de una cosa *ex novo*, a cambio de un precio.

La principal consecuencia de esta diferenciación, se halla en que el contrato administrativo de obras sólo comparte la naturaleza jurídica de contrato de ejecución de obra, cuando la actividad que se promete va dirigida a la creación de una cosa nueva -como la construcción de un bien inmueble-. Entonces -téngase en cuenta que en estos contratos el precio se fija siempre a presupuesto o a tanto alzado<sup>637</sup>- los artículos 1.588 a 1.600 C.C. son de aplicación subsidiaria. En caso contrario, esto es, cuando la actividad prometida no comporta la creación de una cosa nueva -cuando se prometa, por ejemplo, la conservación de un bien inmueble-, estaremos, en verdad, ante lo que el Código denomina la prestación de un servicio en sentido estricto.

Quedan, aún, algunas consideraciones a tener en cuenta en la aplicación de la normativa civil a los contratos administrativos de obras: a) los contratos administrativos, en general, se caracterizan -según apuntamos con anterioridad- por generar para el contratista obligaciones de resultado, por lo que su propia especialidad implica un régimen de responsabilidad diverso al previsto para los contratos de ejecución de obra y de

---

<sup>637</sup> Recordamos que la legislación civil presenta una importante laguna legal en la regulación del contrato de ejecución de obra retribuido de distinta forma.

servicios en el Código Civil; y b) los contratos administrativos se rigen por el principio de riesgo y ventura del contratista, mientras que este principio sólo inspira la regulación de los contratos civiles retribuidos a presupuesto o tanto alzado.

El contrato de gestión de servicios públicos es aquel mediante el que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público (art. 155 L.C.A.P.). El artículo 157 de esta misma Ley señala que son modalidades de gestión de servicios públicos: a) la concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura; b) la gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; c) el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; d) la sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas<sup>638</sup>.

GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ<sup>639</sup> afirman que el contrato de gestión de servicios es "un contrato de empresa, expresión de un arrendamiento de obra porque el concesionario se obliga a prestar un resultado (construcción y explotación -o sólo ésta- de un servicio público en el nivel técnico exigido por los pliegos) a cambio de un precio alzado, que es aquí el derecho a

---

<sup>638</sup> GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, [Ob. Cit., págs. 694-695] afirman que no se trata de "un contrato único tipificado por una determinada estructura obligacional, sino una pluralidad de figuras contractuales, tantas como la colaboración de los particulares en la gestión de los servicios puede permitir", y continúan "en realidad, son cuatro contratos perfectamente diferenciados en cuanto que cada uno tipifica estructuras obligaciones distintas de incorporación de particulares a la gestión de los servicios públicos; son los contratos a los que el precepto llama concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta".

<sup>639</sup> GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, Ob. Cit., pág. 695.

la percepción de unas tarifas fijas". Por el contrario, PARADA<sup>640</sup> afirma que los contratos de gestión de servicios públicos "pueden ser simples o puros, o bien mixtos de obra y servicio, si a la gestión de la actividad se incorpora la previa realización por el concesionario de una obra pública que servirá de soporte o infraestructura para el desarrollo de aquélla, y de cuyo coste se resarcirá aquél mediante el percibo de un precio o tasa por parte de los usuarios. Tal es el caso, por ejemplo, de las autopistas en régimen de concesión."

En nuestra opinión, el contrato de gestión de servicios públicos no tiene naturaleza jurídica de contrato de servicios, y esto porque no encaja en el concepto que de él se desprende en el art. 1.544 del Código Civil, según el cual una de las partes se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de una remuneración. Ciertamente, en el contrato de gestión de servicios públicos la persona, natural o jurídica, que contrata con la Administración no se obliga a prestar un servicio a la Administración, sino a gestionar un servicio público, es decir, a prestar unos determinados servicios a los administrados<sup>641</sup>.

Por último trataremos de la naturaleza jurídica de los contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración.

El artículo 197.2 de la L.C.A.P. señala que los contratos de consultoría y asistencia tienen por objeto: "a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la

---

<sup>640</sup> PARADA VAZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo (Parte General)*, Madrid, 1.989, pág. 373.

<sup>641</sup> Estas relaciones jurídicas quedan fuera del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así lo dispone el art.3.1 de este cuerpo legal: "Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: b) Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios"

dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obra, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: Toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual".

De la letra de este precepto se deduce que el objeto del contrato de asistencia puede ser tanto la prestación de un servicio a cambio de un precio, como la ejecución de una obra contra remuneración. Ciertamente, la actividad de la "asistencia" técnica implica, en ocasiones, la creación de una obra intelectual -así lo reconoce este precepto cuando señala que puede ser objeto del contrato de asistencia la elaboración de informes, estudios, planes, proyectos, etc.- y, entonces, la asistencia técnica se identifica con la ejecución de una obra. Sin embargo, en otros casos, la asistencia se limita a la realización de una actividad que no conduce a la creación de una cosa *ex novo* -así, por ejemplo, la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. Aquí, hay, en verdad un contrato de servicios.

De este modo, a nuestro entender, la naturaleza jurídica del contrato de asistencia debe considerarse caso por caso en función del objeto de cada contrato. De la solución a esta cuestión depende la determinación de la normativa civil aplicable de forma subsidiaria a este tipo de contrato administrativo, aunque las características propias de los contratos celebrados por la

Administración obligan a tener en cuenta en el ejercicio de ésta la diversidad de los regímenes de responsabilidad correspondientes a contratos civiles y administrativos, y el también diverso funcionamiento en ellos del principio de riesgo y ventura<sup>642</sup>.

El artículo 197.3 de la L.C.A.P. dice que "son **contratos de servicios** aquéllos en los que la realización de su objeto sea: a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro. b) Complementario para el funcionamiento de la Administración. c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma."

El contrato de servicios administrativo es, como el civil, un contrato residual. Sin embargo tampoco en este caso el objeto del contrato de servicios administrativo se corresponde con el objeto del contrato de servicios civil. En primer lugar, porque comprende actividades dirigidas a la creación de una obra - programas de ordenador-, y, en segundo lugar, porque excluye la prestación de servicios cualificados -que son objeto de los contratos de asistencia y consultoría-. De nuevo aparecen mezclados supuestos de contrato de servicios y contrato de ejecución de obra y la aplicación subsidiaria de la normativa civil referente a estos deberá realizarse con las debidas precauciones.

El artículo 197.4 de la L.C.A.P. señala que "Son **contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales** los que, no estando incluidos en los dos apartados anteriores, se celebren excepcionalmente por la Administración

---

<sup>642</sup> A ello nos hemos referido en líneas anteriores.

cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos." El objeto de este contrato comprende, de nuevo, tanto la prestación de servicios en sentido estricto, como la ejecución de una obra, por lo que no puede determinarse, con carácter general, la naturaleza jurídica de este contrato.

## VI) DISTINCION ENTRE EL CONTRATO DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

Las relaciones sociales objeto del Derecho del Trabajo son, en palabras de ALONSO OLEA<sup>643</sup> "las derivadas de la modificación del mundo exterior por el hombre, que en esto consiste genéricamente el trabajo, realizada en condiciones singulares, esto es, a través de un tipo especial y definido de trabajo, que se especifica por la concurrencia en él de las notas de productividad, ajenidad y libertad"<sup>644</sup>.

Esta definición del objeto del derecho del trabajo es la que sustenta, con las debidas matizaciones, la mayoría de la doctrina laboralista en la actualidad. Por nuestra parte damos por válida la reproducida, porque lo que pretendemos es, no ensayar una definición del contrato de trabajo -cuestión que atañe a la disciplina laboral-, sino iniciar este punto con el planetamiento de la problemática que nos ocupa: la similitud de las relaciones llamadas laborales con aquellas objeto del contrato de servicios. Nuestra atención queda centrada a partir de este momento en la

---

<sup>643</sup> ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al derecho del trabajo*, 4ª ed., Madrid, 1.981, pág. 32.

<sup>644</sup> El hombre trabaja productivamente cuando pone como finalidad de su esfuerzo procurarse los bienes precisos para su subsistencia, no así cuando dirige su actividad al entretenimiento de su ocio, a su formación personal o a la práctica de la benevolencia.

El trabajo por cuenta ajena implica que los frutos resultantes del trabajo productivo del hombre son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo. Por el contrario, en el trabajo autónomo o por cuenta propia quien trabaja retiene la titularidad inicial de los frutos de su trabajo, sin perjuicio de que a *posteriori* pueda disponer de ellos por títulos jurídicos varios.

Por último, el trabajo es libre cuando la atribución originaria de los frutos deriva de un acto voluntario del trabajador, y se opone al trabajo forzoso en el que tal atribución deriva de actos o relaciones independientes a la voluntad de éste -como sucede en los regímenes de esclavitud o servidumbre-.

En este sentido ALONSO OLEA, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 31 y ss.

búsqueda del criterio que permite distinguir ambos tipos de trabajo -lo que un sector de la doctrina laboral llama el criterio definitorio del contrato de trabajo- cuya utilidad se centra en la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos de actividad y de la normativa aplicable en cada caso concreto.

Tradicionalmente la existencia de una relación de subordinación o dependencia en el desarrollo de la actividad -entendida como la inserción del trabajador en el círculo organicista, rector y disciplinario del empresario<sup>645</sup>, o disponibilidad o puesta en disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza-trabajo del trabajador<sup>646</sup>-, se ha considerado la nota distintiva básica del contrato laboral. En este sentido se pronuncia, todavía, un sector de la doctrina civilista<sup>647</sup> y en esta misma línea señala el artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores que "La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario."

Sin embargo, en este punto, la doctrina laboralista no es pacífica. Algunos autores siguen sosteniendo que el criterio

---

<sup>645</sup> LUCAS FERNANDEZ, "Comentario a los artículos 1.542 a 1.544 del C.C." en *Comentario del Código Civil*, Ob. Cit., pág. 1.059.

<sup>646</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, "La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo", *Revista de Política Social*, nº 71, 1.966, pág. 159; y SALA FRANCO, Tomás, ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPOS RUIZ, Luis, GARCIA NINET, Ignacio, *Lecciones de derecho del trabajo (actualizadas al 1 de octubre de 1.985)*, Valencia, 1.985, pág. 293.

<sup>647</sup> Entre otros: LUCAS FERNANDEZ, "Comentario a los artículos 1.583 a 1.603 del C.C." en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, Ob. Cit., pág. 90; PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Ob. Cit., pág. 462; SANTOS BRIZ, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 332; CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 455; DIEGO ESPIN, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 597; PUIG PEÑA, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 139; y RIVERO, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 308.

definitorio del contrato laboral es la existencia de dependencia o subordinación, mientras que otros entienden que la nota característica del contrato laboral se halla en la ajenidad. Así:

RODRIGUEZ PIÑERO mantiene que la única nota válida para determinar el ámbito de aplicación del derecho laboral es la de la dependencia. Afirma que "El trabajador se ordena bajo el poder directivo del empleador no sólo porque éste regula el trabajo a través de órdenes y directrices, sino ya sólo porque el trabajador se pone a disposición de otra persona. Más exactamente pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquél. De esta puesta a disposición deriva la disponibilidad por el empleador de la fuerza del trabajo del trabajador, el dominio, por tanto, sobre la persona de éste, y basta esto para afirmar la existencia de una relación de trabajo". Y añade: "En la relación de trabajo -y ésta es otra nota característica- no se delimitan previamente las concretas y determinadas prestaciones singulares de trabajo que ha de realizar un trabajador, sino que, en general, ésta se va especificando caso por caso por el empleador en el curso de la relación a través de órdenes que él debe obedecer. Esto constituye el llamado poder de dirección del empleador, que nuestra doctrina ha estudiado con bastante precisión"<sup>648</sup>,<sup>649</sup>.

Sin embargo, un importante sector de la doctrina laboralista entiende superado el criterio de la dependencia. Así, ALONSO OLEA, tras demostrar que con el paso del tiempo, a la vez que se acentúan la libertad y la temporalidad del trabajo por cuenta ajena, se reduce y concreta el ámbito dentro del cual las órdenes son impartidas y obedecidas, afirma que en la actualidad "lo que caracteriza desde este plano el Derecho del Trabajo no es tanto la relación de dependencia como su progresiva limitación a la

---

<sup>648</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, *Ob. Cit.*, págs. 158-159.

<sup>649</sup> DIEGUEZ, Gonzalo, *Lecciones de derecho del trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1.988, pág. 33.