

partes pactan que el riesgo corresponde al empleado, debe ser calificado de contrato de ejecución de obra. Inversamente, el contrato que tiene por objeto la ejecución de una obra -entendida como la realización de una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva- a cambio de un precio, en el que los contratantes pactan que el riesgo corresponde a la parte para la que ésta se ejecuta, debe ser calificado como contrato de servicios.

Pero no es ésta ni la única ni la más importante de las contradicciones que plantea la tesis apuntada. En páginas anteriores anunciábamos ya que, en nuestra opinión, la diferencia entre contrato de servicios y contrato de ejecución de obra, realizada en función del objeto de la obligación de hacer, que se entrama con la que se hace entre obligaciones de medios y de resultado, no tiene, en el Ordenamiento jurídico español, una base legal firme y no resulta operativa.

La principal causa de tal inoperancia se halla, probablemente, en que el Código Civil español permanece absolutamente ajeno a la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado que, según se vio, data de una fecha posterior a la redacción de este cuerpo legal.

Tal clasificación nace con la pretensión de explicar la coexistencia de dos regímenes de responsabilidad contractual, uno objetivo que se aplica a las obligaciones de hacer de resultado, en las que la no consecución del resultado, que implica el incumplimiento de la obligación, permite presumir la falta de la diligencia exigible en el cumplimiento de la prestación; y otro subjetivo, en virtud del cual sólo hay incumplimiento si se prueba que la actividad no se ha realizado con la diligencia exigible. Todo esto incide en una diversa distribución de la carga de la prueba, de modo que la culpa o negligencia se presume en el primer caso, y en el segundo, debe ser probada por quien alega el incumplimiento.

Posteriormente, y partiendo ya de la existencia de un único régimen de responsabilidad común a las obligaciones de medios y de resultado, esta clasificación de las obligaciones se utiliza para graduar la exigibilidad de la conducta en el cumplimiento de la obligación. Así, en algunos supuestos, cuando la obligación es de resultado, el deudor debe obtener la finalidad perseguida por el acreedor; en otros, en cambio, cuando la obligación es de medios, el deudor cumple desplegando la actividad con la diligencia exigible, aunque con ello no logre satisfacer el interés del acreedor. La diferencia no se halla, aquí, en el diverso régimen de responsabilidad, y consecuentemente, en la distinta distribución de la carga de la prueba de la culpa o negligencia, sino que se concreta en la distinta configuración del incumplimiento de las obligaciones de medios y de resultado en función de su objeto.

La diversa configuración del cumplimiento de la obligación no afecta, pues, a la carga de la prueba, que incumbe siempre a quien alega el incumplimiento, pero tiene importantes consecuencias en relación a su contenido. Así, en las obligaciones de resultado, el contenido de la prueba del incumplimiento se limita a la constatación de la falta de resultado; mientras que en las obligaciones de medios, debe probarse la falta de la diligencia exigible en la prestación.

En páginas antecedentes demostramos que el diverso contenido de la prueba influye, en la práctica, en la instrumentalización de la clasificación de las obligaciones, por parte de los Tribunales, en aras a beneficiar a una u otra parte atendiendo a consideraciones de equidad. Cuando se persigue favorecer al deudor de la obligación de hacer, ésta se califica de obligación de medios, y, entonces, recae sobre el acreedor la difícil prueba de que el deudor no se ha conducido con la diligencia exigible y, por este motivo, no ha cumplido. Por el contrario, cuando se persigue favorecer al acreedor de la obligación de hacer, ésta se califica de obligación de resultado, de modo que probando la no consecución del resultado, mucho más sencillo en la práctica,

éste prueba el incumplimiento, y corresponde al deudor que pretende eximirse de responsabilidad, probar la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito.

La instrumentalización de la clasificación de las obligaciones que realizan los Tribunales se dirige a la búsqueda de la justicia material del caso concreto, y consigue de este modo, por regla general, soluciones equitativas. Sin embargo, con frecuencia, las resoluciones judiciales no se limitan a ponderar el rigor de las normas interpretándolas equitativamente, sino que atienden únicamente a consideraciones de equidad, cosa que produce, a menudo, que las normas se instrumentalicen para tal fin, y de ahí que su aplicación no se realice con el rigor técnico necesario. En este punto debe recordarse que tal proceder queda prohibido por el artículo 3.2 del Código Civil según el cual "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita." Además, esta calificación casuística y a posteriori de la realización del contrato, cuando existe litigio, comporta un grado de inseguridad jurídica alarmante.

Pero, dejando a un lado la forma más o menos ajustada al derecho de calificación de las obligaciones que realizan, en la actualidad, los Tribunales, lo que parece evidente es que el Código, en sede del contrato de arrendamiento de obra o servicios, regula el contrato en cuya virtud una parte se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto, sin precisar distinción alguna en orden al régimen de responsabilidad aplicable al obligado a ejecutar la obra o a prestar el servicio, y sin especificar un diverso contenido del objeto de la obligación de hacer -actividad diligente u obtención de un resultado- en cada uno de estos supuestos. En otras palabras, del Código no se desprende ninguna diferencia en relación al grado de exigibilidad de la conducta debida en función de si ésta se concreta en la prestación de un servicio o en la ejecución de una obra.

Los problemas de la aplicación de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado a la distinción de estos contratos se plantean, de un lado, en la determinación de los conceptos de riesgo y responsabilidad, que parecen confundir quienes sostienen esta tesis; de otro, en la distinción de resultado fáctico y resultado jurídico, que tampoco aparece tratada con el rigor técnico necesario.

En cuanto al binomio riesgo/responsabilidad debe señalarse que:

Los artículos 1.589 y 1.590 regulan la imputación de los riesgos en el contrato de obra pero no afectan al ámbito de la responsabilidad. Se trata de dos normas dispositivas de las que no puede deducirse que la no entrega de la obra implique por sí misma el incumplimiento de la obligación, ni, por tanto, la responsabilidad del deudor. El contratista, como el obligado a prestar un servicio, cumple si realiza la prestación con la diligencia exigible, aunque no consiga entregar la obra, por lo que en este caso no se entra en el juicio de responsabilidad, y ello con independencia de que deba, o no -en función de si son aplicables los artículos 1.589 y 1.590 del C.C., o si las partes han pactado otra cosa-, asumir el riesgo por la pérdida de la obra. El contratista se halla vinculado, en principio, por una obligación de medios.

Por otra parte, no cabe olvidar que las obligaciones de resultado se caracterizan, según se ha visto, porque la no consecución del resultado prometido -que se "garantiza"- implica el incumplimiento de la obligación⁸⁰³, y da pie a que se inicie el juicio de responsabilidad.

Cuando la obligación de resultado se incorpora a una relación jurídica sinalagmática, la no obtención del resultado

⁸⁰³ Vid., págs. 380 y ss.

comporta, también, ciertamente, la atribución del riesgo a la parte que se obligó a obtenerlo, porque su incumplimiento exime a la otra parte contratante de cumplir con su obligación de pagar la remuneración. En este sentido se ha llegado a afirmar que "En el Derecho español, el único uso útil de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es el de articular la asignación de riesgos, no distribuir la carga de la prueba; se dirá entonces que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustración del resultado o los intereses del acreedor. O, dicho de otra forma, es de medios aquella obligación donde el *interés empírico* del acreedor no se corresponde en toda su medida con el *interés contractual* que el deudor debe satisfacer.⁸⁰⁴"

Sin embargo, en nuestra opinión, lo verdaderamente característico de las obligaciones de resultado es que tienen por objeto una actividad dirigida a la consecución de un resultado, y no, que atribuyen el riesgo, cuando se circunscriben dentro de una relación sinalagmática, a la parte que se compromete a obtener el resultado. Tal atribución del riesgo es, en definitiva, una consecuencia de su configuración.

La identificación de la obligación de ejecutar una obra con la obligación de resultado, confunde, así, el riesgo y la responsabilidad. El contrato de ejecución de obra se caracteriza, según la doctrina mayoritaria de la que discrepamos, por atribuir el *periculum obligationis*, que no la responsabilidad, al contratista. La obligación de resultado, en cambio, debido a la configuración de su objeto, implica que con la no obtención del resultado -incumplimiento- se inicia el juicio de responsabilidad.

La correcta delimitación de estos conceptos conduce a la negación de la identificación anunciada. En este sentido, el

⁸⁰⁴ CARRASCO PERERA, *Ob. Cit.*, pág. 592.

profesor BADOSA⁸⁰⁵, afirma: "en contra de toda apariencia, la obligación de obra está constituida jurídicamente 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)."

Pero, además, la falta de operatividad de esta clasificación de las obligaciones en orden a la distinción de los contratos estudiados se hace patente, a tenor de la actual legislación española, al analizar el concepto de resultado.

Por un lado, la ejecución de una obra implica la creación de una cosa corporal o incorporeal, susceptible de ser identificada del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con plena autonomía propia, fruto de una determinada actividad encaminada a ella y a cambio de la cual se recibe un precio⁸⁰⁶. Implica, pues, la obtención de un resultado material a cambio de un precio. La prestación de un servicio, en cambio, es la realización de una actividad, distinta a la ejecución de una obra, a cambio de un precio, no tipificada de forma autónoma⁸⁰⁷.

Por otro, la obligación de resultado comporta el compromiso, por parte del deudor, de obtener una determinada finalidad - resultado jurídico- perseguida por las partes, de modo que sólo

⁸⁰⁵ BADOSA, *Ob. Cit.*, pág. 191.

⁸⁰⁶ *Vid.*, págs. 173 y ss.

⁸⁰⁷ *Vid.*, págs. 325 y ss.

si ésta se consigue se entiende cumplida la obligación⁸⁰⁸. La obligación de medios, en cambio, compromete al deudor a desplegar una determinada actividad con la diligencia exigible, sin que ésta derive en la consecución de un resultado.

Ciertamente, la producción de un resultado, en la obligación de resultado, comporta la obtención de una consecuencia o efecto nuevo, que no existía con anterioridad a la prestación de la actividad. De ahí que tenga en común con la "ejecución de una obra" la idea de creación a la que hacíamos referencia.

En este sentido afirma HERNANDEZ GIL: "De igual manera que la prestación de dar surge de la combinación del comportamiento con la entrega de una cosa, de igual manera también en la prestación de resultado hay algo más que se incorpora al comportamiento. En ambas hipótesis la prestación no se agota en la conducta. Desde este punto de vista existe similitud. Pero entre las prestaciones de dar y las de resultado media, entre otras, la importante diferencia de que en aquéllas se requiere precisamente la presencia de una cosa (corporal) que preexiste a la prestación de la actividad, mientras que en éstas el resultado puede no estar encarnado en una cosa corporal, sino más ampliamente en el bien capaz de representar la objetivación del fin perseguido; pero además y sobre todo, el resultado es algo nuevo, no preexistente o coexistente con la actividad, sino el producto logrado por el desarrollo de ésta"⁸⁰⁹.

En realidad estamos, en un caso, ante un resultado fáctico, y en el otro, ante un resultado jurídico. Ciertamente, la ejecución de una obra es la creación de una cosa nueva o consecución de un resultado fáctico, mientras que en la obligación de resultado, éste se concreta en la obtención de una finalidad que no es necesariamente la creación de una cosa nueva,

⁸⁰⁸ *Vid.*, págs. 389 y ss.

⁸⁰⁹ HERNANDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones, Ob. Cit.*, pág. 126.

sino que puede derivar de cualquier tipo de conducta.

Entonces, la obligación de ejecutar una obra puede concretarse en una obligación de resultado, y de este modo el contratista se obliga a ejecutar una obra y, además, "garantiza" su consecución -debe conseguir un resultado fáctico que coincide con el resultado jurídico debido-. Pero también puede no hacerlo, así, cuando el obligado a ejecutar la obra no se compromete a obtener un resultado jurídico, sino a poner los medios adecuados para conseguirlo.

Del mismo modo, la actividad considerada en sí misma, objeto del contrato de servicios, configura el objeto de una obligación de resultado cuando la finalidad que con ella se persigue está *in obligatione*.

Ciertamente, no toda obligación de resultado "garantiza" la ejecución de una obra. Así, el contrato que celebramos con un conocido pintor para que nos haga un retrato es, en todo caso, un contrato de ejecución de obra -pues tiene por objeto la prestación de una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva, y un precio- y, sin embargo, no obliga al pintor a obtener un resultado determinado -una reproducción exacta del sujeto retratado-, sino únicamente a realizar el retrato con tanto acierto como le sea posible.

De lo dicho anteriormente resulta que no toda ejecución de obra comporta una obligación de resultado -sólo aquella por la que el contratista "garantice" la entrega de la obra en las condiciones pactadas-, y que, además, la obligación de resultado puede constituirse también a partir de la prestación de un servicio, porque también en este supuesto el empleado puede "garantizar" la finalidad perseguida por el empleador y a la que se encamina su actividad.

En otras palabras, el hecho de que la prestación se concrete en un servicio o en la ejecución de una obra no añade ningún dato

que permita determinar si se está ante una obligación de medios o de resultado. Para ello deberá atenderse a los criterios propuestos con este fin por la doctrina y la jurisprudencia tales como la voluntad de las partes, la naturaleza de la prestación debida, y las consideraciones de equidad⁸¹⁰.

En principio, y dado que del Código no se desprende lo contrario, puede afirmarse que tanto en la prestación de un servicio, como en la ejecución de una obra, la parte que desarrolla la actividad queda sujeta a una obligación de medios: en ambos casos el deudor debe realizar la actividad con la diligencia que resulte exigible en cada supuesto concreto.

En ocasiones, cuando la obligación principal de medios se compone de diversas obligaciones instrumentales de resultado, la falta de la diligencia exigible resulta, precisamente, del incumplimiento de los resultados parciales necesarios para el cumplimiento -diligente- de la obligación principal. Así, en el supuesto de un reconocimiento médico, el facultativo puede quedar vinculado al cumplimiento de obligaciones de resultado tales como la realización de una analítica o de unas radiografías, imprescindibles para emitir un diagnóstico, esto es, para el desarrollo diligente de la obligación principal o cumplimiento de la obligación de medios. De modo que probando el incumplimiento de alguna de estas obligaciones parciales se prueba la falta de la diligencia exigible y, con ello, el incumplimiento de la obligación principal de medios.

Sin embargo, también es posible que en la prestación del servicio o en la ejecución de la obra, el empleado o el contratista "garantice" -bien expresamente, o bien porque se deduzca de la obligación- la obtención de un resultado jurídico, quedando vinculado, así, por una obligación de resultado, o que la existencia de una obligación de este tipo, derive de los usos.

⁸¹⁰ Vid., págs. 367 y ss.

Hasta aquí hemos tratado de demostrar que el criterio del objeto de la obligación de hacer, tal y como lo presenta la doctrina, no tiene una base jurídica en nuestro Ordenamiento, que permita calificarlo como definitivo en orden a la distinción de los contratos de servicios y de ejecución de obra. Cabe plantearse, sin embargo, la conveniencia de que la legislación española lo adopte para tipificar dos contratos diferenciados, y sustituya así la actual regulación del contrato de arrendamiento de obra o servicios, por una nueva normativa que tenga como base esta clasificación de las obligaciones. Los nuevos contratos se distinguirían, entonces, en el objeto de la obligación de hacer, y podrían denominarse "contrato de medios" y "contrato de resultado".

Para analizar esta cuestión deben aplicarse las consecuencias de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado, examinadas con anterioridad, a la distinción de estos dos tipos contractuales. Suscintamente cabe señalar que:

El "contrato de medios" sería un contrato por el cual una parte se obligaría a realizar una actividad diligente a cambio de un precio. El "contrato de resultado", por el contrario, obligaría a una parte a conseguir un determinado resultado jurídico -que se corresponde con el interés del acreedor-, también a cambio de un precio.

La diversa configuración del objeto de la obligación de hacer comportaría la distinta concreción del cumplimiento, y del incumplimiento de ésta en cada uno de estos contratos. La parte obligada a realizar la actividad en el "contrato de medios" cumpliría si actuara con la diligencia exigible e incumpliría en caso contrario. En el "contrato de resultado", en cambio, el incumplimiento vendría determinado por la no consecución del resultado pretendido por la parte para la cual se realiza la actividad.

Con ello, variaría también el contenido de la prueba del incumplimiento que, en el primer caso consistiría en la constatación de la falta de la diligencia exigible en el desarrollo de la actividad, y en el segundo, en la constatación de la falta del resultado. Al margen del contenido de la prueba del incumplimiento, la calificación del contrato no tendría ninguna otra consecuencia, ni en sede de carga de la prueba del incumplimiento, ni tampoco en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable.

Ahora bien, el primer problema que plantea esta clasificación radica en que traslada a la distinción de estos contratos los problemas existentes en orden a la calificación de las obligaciones. De hecho, como se advirtió en páginas antecedentes, no existe un criterio definitivo que permita calificar una obligación de medios o de resultado, operación que realizan los Tribunales, según tuvimos ocasión de comentar, atendiendo a la presencia de diversas notas que caracterizan a cada uno de estos tipos y, frecuentemente, recurriendo a las consideraciones de equidad, con la consecuente inseguridad jurídica que ello comporta.

Por este motivo parece que lo más probable sería que, en la práctica, la calificación de estos contratos se realizara -como ocurre en la actualidad con la calificación de las obligaciones- a *posteriori*, cuando se suscitara alguna controversia ante los Tribunales, y con base en estos mismo criterios. De este modo, serían los Tribunales quienes deberían decidir, casuísticamente, la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes litigantes. La solución a esta cuestión que permitiría, a su vez, determinar el tipo de obligaciones a las que las partes se hallarían sujetas. Pero, de hecho, este análisis ya se realiza en la actualidad atendiendo a cada una de las obligaciones que se originan de un contrato de actividad, por lo que de la tipificación de los contratos "de medios" y de "resultado" derivarían las mismas consecuencias, aunque para obtenerlas debería recorrerse un camino más largo y más complejo. En

definitiva, esta solución no parece aportar luz alguna a esta cuestión.

Del estudio realizado se desprende que con la aplicación de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado a la distinción de los contratos de servicios y de ejecución de obra, la doctrina ha pretendido, en verdad, solucionar el problema del grado exigibilidad de la conducta en las obligaciones de hacer. Por este motivo, entendemos que la causa que origina esta controversia se halla, realmente, en la deficiencia de la normativa relativa a las obligaciones de hacer que presenta el Código Civil.

Se trata, no obstante, de una deficiencia que se plantea en sede de obligaciones y no en sede de contratos, por lo que entendemos que debe ser resuelta en aquella y no en ésta. En otras palabras, la normativa relativa a los contratos de actividad no es la apropiada para regular la exigibilidad de la conducta en la obligación de hacer. La naturaleza jurídica de estos contratos debe permanecer ajena a esta cuestión; en caso contrario, se produce una equiparación de la obligación con su fuente -el contrato- de la que derivan, según se ha visto, numerosas incoherencias.

VII. RECAPITULACION

Al final del Capítulo II dedicamos unas líneas a recapitular lo expuesto hasta aquel momento. Retomamos ahora aquel discurso con el fin de explicar, desde una perspectiva general, las principales conclusiones de este trabajo.

Nos planteábamos allí la cuestión de si el arrendamiento de obra o servicios configura en el Código Civil español un único tipo contractual o si, por el contrario, pueden distinguirse dos tipos independientes. Para obtener una solución realizamos un estudio de la evolución histórica de esta institución, del que se desprende la unidad contractual. Sin embargo, esta conclusión es contraria a la sostenida por la mayoría de la doctrina actual, por lo que resultaba indispensable contrastar su validez con un exhaustivo análisis de las características que ésta atribuye a los contratos de ejecución de obra y de servicios, realizado sobre la base de los criterios que se proponen para su distinción.

Descartados los criterios de la forma de fijar la remuneración, la subordinación o dependencia en la realización de la prestación, el contenido del trabajo y la imputación de los riesgos, estos últimos capítulos se han dedicado a analizar la viabilidad del criterio del objeto de la obligación de hacer que es, según la mayoría de la doctrina actual, el definitivo en orden a la clasificación de estos contratos.

Con esta finalidad se ha procedido a delimitar el objeto del contrato de servicios y el objeto del contrato de ejecución de obra, así como a examinar la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado, y a valorar la aplicabilidad de ésta en la distinción de aquellos, obteniendo las siguientes conclusiones:

- 1) El objeto del contrato de servicios queda representado

por la prestación de un servicio -realización de una actividad-, distinta a la ejecución de una obra, no tipificada de forma autónoma, a cambio de un precio. De este modo, el contrato de servicios actúa como el cajón de sastre de los contratos de actividad, pues se reconducen a él todas aquellas relaciones jurídicas en las que se compromete la prestación de una actividad a cambio de un precio, a las que el Código no dedica una regulación específica.

2) El objeto del contrato de ejecución de obra es la ejecución de una obra, entendida como la creación de una cosa corporal o incorporal susceptible de ser identificada del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con plena autonomía propia, fruto de la puesta en práctica de una determinada actividad encaminada a ella, a cambio de un precio.

3) En otro orden de ideas, la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado se realiza en función del objeto de la obligación, de tal suerte que corresponde al primer tipo aquella obligación que tiene por objeto una actividad diligente, y al segundo, aquella cuyo objeto se corresponde con la obtención de un resultado, entendido como finalidad jurídica, de forma que la obligación "garantiza" la satisfacción del interés del acreedor.

La clasificación de las obligaciones en función de su objeto implica necesariamente una distinta configuración del cumplimiento de cada uno de estos tipos de obligación, así como del contenido de la prueba del incumplimiento. Esta distinción no supone la aplicación de diversos regímenes de responsabilidad -objetivo y subjetivo- en uno u otro caso. Sin embargo, no puede negarse que el diverso contenido de la prueba del incumplimiento trasciende al ámbito de ésta, pues sólo si existe incumplimiento puede cuestionarse el juicio de responsabilidad.

4) La aplicación de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado en orden

a la distinción de los contratos de servicios y de ejecución de obra, defendida mayoritariamente por la doctrina, debe rechazarse porque la primera está basada en la obligación puramente, sin tener en cuenta su inclusión en un contrato (relación contractual). Es decir, no es lo mismo considerar, en sí misma la diferenciación de las obligaciones, en la teoría general, que la manera de operar esta clasificación cuando forman parte de un contrato; particularmente, además, cuando se trata de un contrato sinalagmático: existe la interdependencia de la otra obligación (el precio).

De un lado, la normativa del Código Civil distingue, la ejecución de una obra y la prestación de un servicio en función de que estas prestaciones se dirijan, o no, a la obtención de un resultado material o fáctico que se concreta en la creación de una cosa nueva. Además, contiene disposiciones que actúan en una distinta distribución de los riesgos en función de si el objeto del contrato es la prestación de un servicio o la ejecución de obra, atribuyéndolos, a falta de pacto en contrario, al empleador en el primer caso, y al contratista en el segundo. Pero no hace referencia alguna a un diverso grado de exigibilidad de la conducta debida, por lo que ha de entenderse que en ambos supuestos la actividad debe realizarse con la diligencia exigible en cada caso concreto.

Por el contrario, la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado, propuesta por la doctrina con posterioridad a la redacción del Código Civil español y, en consecuencia, no prevista en sus disposiciones, incide en el ámbito de la responsabilidad, en tanto que configura distintamente el incumplimiento de la obligación. En otras palabras, la principal característica de esta clasificación se halla en que gradúa la exigibilidad de la conducta debida en función de si se está ante uno u otro tipo de obligación.

Las obligaciones se distinguen, así, según comprometan al deudor a desarrollar una actividad diligente, o lo comprometan

a obtener con su actividad un resultado. Téngase en cuenta, no obstante, que el resultado al que se refiere esta distinción es un resultado jurídico, entendido como finalidad, como "garantía" de la satisfacción del interés del acreedor, y que, por tanto, no coincide necesariamente con un resultado material o fáctico.

Las contradicciones apuntadas obligan a rechazar el criterio del objeto de la obligación de hacer -actividad diligente o resultado jurídico- como definitivo en orden a distinguir el contrato de servicios y el contrato de ejecución de obra.

Puede afirmarse, entonces, que no es útil ninguno de los criterios propuestos por la doctrina para distinguir el contrato de servicios del contrato de ejecución de obra, lo que pone nuevamente en duda la real existencia de dos tipos contractuales diferenciados.

La unidad contractual debe deducirse, sin embargo, no sólo de la falta de un criterio definitivo que permita esta distinción, sino, fundamentalmente, de la carencia de especificidades propias de estas relaciones jurídicas que aconsejen un diverso régimen jurídico. Se trata, en definitiva, de valorar si ambos tipos de prestaciones divergen suficientemente entre sí como para requerir la existencia de dos tipos contractuales con normativas distintas. Un repaso a las características propias de cada una de estas modalidades permitirá abordar esta cuestión.

En cuanto a las similitudes, debe destacarse desde un principio que, tanto el contrato en virtud del cual una parte presta a la otra un servicio a cambio de un precio, como el contrato en virtud del cual una parte ejecuta una obra para la otra a cambio de una remuneración, tienen por objeto la prestación de una actividad a cambio de un precio.

El precio debe ser cierto por imperativo del artículo 1.544 C.C., pero cabe que se materialice mediante cualquier forma de

remuneración. Es decir, con independencia de cual sea la modalidad de la actividad prestada, la retribución puede pactarse a presupuesto o ajuste, o en función del tiempo empleado en ella.

También, en cuanto originan una obligación de hacer, estas modalidades tienen en común:

a) ambas pueden contraerse *intuitu personae*, ya que en ambos casos la identidad de la persona que ha de llevar a cabo la actividad prometida puede llegar a representar un elemento esencial en la formación de la voluntad contractual;

b) la necesaria temporalidad de la prestación, que en caso contrario, y con independencia de que ésta se dirija o no a la creación de una cosa nueva, podría comprometer la libertad personal;

c) en ningún caso puede excluirse de su contenido un determinado tipo de actividad material o intelectual, ni ligar a éste un diverso grado de subordinación técnica, entendida como subordinación a las órdenes del empleador;

d) ambas pueden desarrollarse bajo cualquier grado de subordinación organizativa, entendida como sujeción al ámbito de organización del empleador;

e) las dos modalidades son objeto de una relación laboral cuando puede predicarse la ajenidad en el mercado de la parte que realiza la prestación; y

f) ambas originan, en principio, una obligación de medios, de modo que el obligado a realizar la actividad cumple si la realiza con la diligencia exigible. Aunque también en ambos supuestos, por voluntad de las partes o por aplicación de los usos jurídicos, la obligación de hacer puede convertirse en una obligación de resultado.

La principal diferencia entre la prestación de un servicio y la ejecución de una obra se origina en la contraposición de estos conceptos realizada por el artículo 1.544 del C.C., y radica, según se vio, en que la primera se concreta en la realización de una actividad considerada en sí misma, mientras que la segunda se configura como la realización de una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva. Esta nota distintiva se traduce en una diversidad de características propias a cada una de estas modalidades.

En primer lugar cabe señalar que, en la ejecución de obra, la obligación de hacer se complementa con una obligación de dar, que no existe en la prestación de servicios y que requiere de una normativa propia que regule, precisamente, la entrega, la recepción y la aceptación de la obra.

Además, la existencia de una cosa y de unos materiales a partir de los cuales se especifica incide en una determinada distribución de los riesgos. En concreto plantea el problema del *periculum rei* y del *periculum obligationis* cuya solución difiere de la que se aplica en el supuesto que la actividad se concrete en la prestación de un servicio.

Ciertamente, la cuestión de la atribución del *periculum rei* no se plantea cuando la prestación se concreta en un servicio, porque al no existir una cosa, no existe el riesgo de su pérdida. En este caso, el riesgo se circunscribe únicamente al supuesto del *periculum obligationis*, entendido como la posibilidad de tener que cumplir la propia obligación habiéndose extinguido el derecho a percibir la contraprestación. Y en este sentido, la imposibilidad sobrevenida de prestar el servicio comprometido - único avatar que contempla el Código Civil en relación a la prestación de un servicio (art. 1.184 C.C.)- no exime al empleador de su obligación de pagar la remuneración, por lo que cabe concluir que el *periculum obligationis* recae, salvo pacto en contrario, sobre el empleador.

Por el contrario, cuando la prestación debida es la ejecución de una obra, sí se plantea la cuestión del *periculum rei*. Los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil, que se dedican a regular este tema, atribuyen, salvo pacto en contrario, el riesgo a la parte que debe ejecutar la obra, en un esfuerzo por aplicar la máxima *res perit domino*, propia de los derechos reales a las obligaciones bilaterales, actuando sobre la remuneración. De este modo, atribuyen la pérdida de la cosa a los que aportaron los elementos económicos que intervinieron en su existencia, y, en consecuencia, niegan el derecho a la retribución a quien aportó el trabajo.

A modo de conclusión puede afirmarse que las características propias de la ejecución de obra frente a la prestación de servicios requieren que de *lege ferenda* su regulación, prevea la existencia de unos materiales y una obra, por una parte, y la existencia de una obligación de dar accesoria a la obligación principal de hacer, por otra, y contenga disposiciones especiales en orden a la atribución de los riesgos, y a la entrega, recepción y aceptación de la obra.

Sin embargo, la necesidad de estas disposiciones especiales, no descarta la aplicabilidad de las disposiciones dirigidas a regular la prestación de un servicio que son igualmente aplicables a la ejecución de obra. Por lo que tipificar de forma diferenciada los contratos de servicios y de ejecución de obra daría lugar, en la práctica, a repeticiones o remisiones innecesarias.

La regulación de los contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio o la ejecución de una obra puede quedar circunscrita, así, a una serie de disposiciones generales aplicables con independencia de la modalidad de la prestación debida, a las que deberían añadirse las disposiciones especiales que requiere la ejecución de obra por sus características propias. En otras palabras, la falta de la suficiente particularidad jurídica de las figuras estudiadas implica que en

rigor, y atendiendo a la normativa actual, deba hablarse de la existencia de dos modalidades de un único tipo contractual, el contrato de servicios o ejecución de obra y aconseja seguir en esta línea de cara a una futura reforma.

Sin embargo, cuando la actividad o la obra hayan alcanzado, en la sociedad, una independencia y autonomía propias, sería oportuno regularlas como contratos independientes y separados. En esta situación se encuentran, hoy, el contrato de edificación, y el de servicios médicos y hospitalario, entre otros. En definitiva, parece que lo más apropiado será un tipo contractual -como se ha dicho- de obras y servicios, en el que se contuvieran las reglas básicas o mínimas de lo que, en la actualidad, son los contratos innominados *facio ut des* y *facio ut facias* del Derecho romano, que actuara como el tipo general al que se pudiera reconducir, contractualmente, toda actividad (sea pura, sea de resultado).

CAPITULO VII

LA REFORMA DE LA NORMATIVA RELATIVA AL CONTRATO DE SERVICIOS Y DE EJECUCION DE OBRAS

SUMARIO: I) EL PROYECTO DE LEY 123/000043 POR EL QUE SE MODIFICA LA REGULACION DEL CODIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA: 1) La necesidad de la Reforma; 2) La sistemática del Proyecto; 3) Los conceptos de contrato de servicios y de obra; 4) La terminología propuesta; 5) Las consecuencias de la adopción de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado superpuesta al mantenimiento de algunos conceptos tradicionales; 6) La diversidad de los regímenes jurídicos de los contratos de servicios y obra propuestos por el Proyecto. II) RECAPITULACION.

I) EL PROYECTO DE LEY 123/000043 POR EL QUE SE MODIFICA LA REGULACION DEL CODIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA⁸¹¹.

Se ha creído oportuno mencionar y explicar lo que se señala en este Proyecto, para constatar las vías a través de las que se pretende regular a estos contratos. Por ser la previsión normativa más próxima en nuestro ordenamiento.

En este apartado analizaremos las líneas generales de este Proyecto. En nuestra opinión, se trata de un texto que, aunque no carece de algún que otro acierto, resulta incoherente, plagado de contradicciones y absolutamente falto de rigor técnico. Exponemos aquí, haciendo la oportuna crítica, las siguientes cuestiones: 1) la necesidad de la reforma; 2) la sistemática del Proyecto; 3) los conceptos de contrato de servicios y contrato de obra que propone; 4) la terminología que emplea; 5) las consecuencias de la adopción de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado superpuesta al mantenimiento de algunos conceptos tradicionales; y 6) La diversidad de los regímenes jurídicos de los contratos de servicios y de obra que se proponen.

1) La necesidad de la reforma.

La Exposición de Motivos señala que la razón principal de la reforma "se encuentra justificada por los problemas que la regulación hasta ahora vigente plantea en la práctica, de lo que es prueba el alto número de litigios de que se tiene que ocupar la jurisprudencia, y los esfuerzos de ésta por suplir las manifiestas insuficiencias de los textos legales".

⁸¹¹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de abril de 1994 y reproducido en el ANEXO 1.

La necesidad de una reforma está fuera de toda duda dada la creciente importancia práctica de estos contratos y la inadecuación de la regulación que, en este punto, ofrece el Código Civil. Inadecuación que deriva, por una parte, de la escasez de las modalidades de estos contratos que contempla la actual normativa, que se reducen a los servicios de criados y trabajadores asalariados, las obras por ajuste a precio alzado, y el transporte, omitiendo cualquier referencia a modalidades tales como la prestación de servicios liberales de gran importancia práctica, situación que se agrava por el hecho de que el Código no prevé unas disposiciones generales aplicables a toda modalidad de estos contratos, que quedan así exentos, por completo, de regulación. La normativa actual resulta, en definitiva, insuficiente.

Pero, además, se plantea el problema de la falta de vigencia de algunos de sus preceptos -en concreto de los que hacen referencia al servicio de criados y trabajadores asalariados- originada por el desarrollo, posterior a la redacción del Código Civil, del Derecho laboral. El desarrollo de esta nueva disciplina autónoma, especial frente a la civil, obliga a limitar el objeto de la normativa civil, en lo que a los contratos de servicios y ejecución de obra se refiere, a los supuestos no contemplados por el Derecho del Trabajo. Sin embargo, el carácter supletorio (art. 4.1 C.C.) de la regulación contenida en el Código Civil respecto de estas modalidades contractuales, tanto para el Derecho Laboral, como Administrativo, hacen necesaria una regulación más abierta y acorde con la configuración de ellas.

En definitiva, la regulación del Código Civil responde a las necesidades y a la realidad jurídica de los tiempos de su redacción, necesidades y realidad que han cambiado sensiblemente en el último siglo y que, sin lugar a dudas, aconsejan su modificación.

2) La sistemática del Proyecto.

El Proyecto sistematiza la regulación de estos contratos de forma diversa a como lo hace la normativa actual. Así el Título VI del Libro Cuarto del Código Civil rubricado "Del contrato de arrendamiento" queda redactado, según el Proyecto como "Del arrendamiento y de los contratos de servicios y de obra", y el Capítulo Tercero de este mismo Título, rubricado "Del arrendamiento de obras y servicios" se convierte en dos; el primero de ellos, el Capítulo Tercero, pasa a denominarse "Del contrato de servicios", mientras que el segundo, de nueva creación, pasa a configurar el Capítulo Cuarto titulado "Del contrato de obra". Se añade un Quinto Capítulo a este título rubricado "De los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas". Por último, se suprimen las demás subdivisiones y rúbricas del Título VI del Libro Cuarto del Código Civil.

Con ello el Proyecto distingue cuatro tipos contractuales: el arrendamiento de cosas, el contrato de servicios, el contrato de obra, y el contrato de transporte. De esta forma desvincula por completo los contratos de servicios y de obras del arrendamiento, tipifica independientemente los contratos de servicios y de obras, y concede autonomía propia al contrato de transporte.

La opción de separar los contratos de servicios y de obras del arrendamiento de cosas parece acertada, ya que entre estas figuras contractuales no persiste en la actualidad más afinidad que el vestigio histórico de su denominación⁸¹².

La dualidad de tipos contractuales en que se enmarcan los contratos de servicios y de obras plantea el problema de su distinción, es decir, de la validez y operatividad del criterio

⁸¹² Vid., págs. 65 y ss.

diferenciador, con base al cual se justifica la conveniencia de establecer dos tipos contractuales autónomos. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Por otra parte, compartimos la opinión de que el contrato de transporte goza, en la actualidad, de características especiales que aconsejan su tipificación autónoma respecto de los contratos de servicios y de obras, por lo que alabamos esta opción⁸¹³. Sin embargo, entendemos que siendo así, el transporte debería figurar también en la rúbrica que se propone para hacer referencia al Título VI del Libro Cuarto del Código Civil "Del arrendamiento y de los contratos de servicios y obra", que no se corresponde, en verdad, con su contenido, que abarca, además, otro contrato autónomo o independiente de los anteriores, el contrato de transporte.

Por último, suprimiendo las demás divisiones y subdivisiones del Título VI, el Proyecto consigue extender su regulación a todas las posibles modalidades de prestación de servicios y de ejecución de obra, rompiendo definitivamente con las notas de trabajo dependiente remunerado en función del tiempo y de retribución fijada por ajuste o presupuesto que caracterizan, respectivamente, a las modalidades de contrato de servicios y de ejecución de obra contempladas en la normativa actual.

3) Los conceptos de contrato de servicios y contrato de obra.

La principal característica de la modificación de la regulación del Código Civil que realiza el Proyecto se encuentra en la adopción de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado, que se utiliza para definir y distinguir los contratos de servicios y

⁸¹³ Vid., págs. 302 y ss.

obras.

Los contratos de servicios y de obras quedan definidos con los siguientes términos:

"Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado" (art. 1.583.1).

Por el contrato de obra "el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resultare de los usos. Se entiende por obra la construcción reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes." (art. 1.588.1 y .2)

En esta conceptualización parece clara la influencia del Código Civil alemán que establece que "por 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. Puede ser objeto del contrato de servicios, servicios de cualquier clase" (& 611 B.G.B.) y que "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" (& 631 B.G.B.).

De este modo, la ejecución de una obra se equipara a la prestación de una actividad con obtención de un resultado. Pero, conviene recordar que la ejecución de una obra no es el único objeto posible del contrato de obra, ya que este contrato también puede tener por objeto la obtención de un resultado distinto a la "construcción, reparación o transformación de una cosa". Por otra parte, la prestación de un servicio se reduce a la prestación de una actividad que no compromete este fin, por lo que, en ningún caso, la prestación de una actividad considerada

por su resultado puede ser objeto del contrato de servicios, aunque esta actividad se defina en la práctica jurídica con el término "servicio".

En este sentido la Exposición de Motivos del Proyecto reconoce que "la reforma contiene un concepto de cada uno de estos contratos, para el cual se utiliza la distinción -ya firmemente consagrada en doctrina y jurisprudencia- entre las obligaciones de actividad, también llamadas obligaciones de medios o de diligencia, y las obligaciones de resultado: En el contrato de servicios se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que en el contrato de obra se asume la obligación de producir un resultado. Por supuesto, es evidente que toda prestación de actividad tiende a la consecución de un resultado; lo es, igualmente, que la obtención de un resultado presupone una actividad encaminada a producirlo y adecuada para ello. Pero de lo que se trata es de determinar si el resultado, y cuál de los posibles resultados, ha sido incorporado al contrato, hasta el punto de que el obligado se comprometa a conseguirlo o si, simplemente, se ha comprometido a desplegar determinada actividad", y añade la Exposición de Motivos, que "la distinción entre obligación de actividad y obligación de resultado no sólo se utiliza para caracterizar cada una de las dos figuras contractuales, sino también para evitar la necesidad de acudir a enumeraciones casuísticas de los posibles contenidos de los contratos de servicios y de obra. Con todo, habrá supuestos fronterizos en los que resulte problemática la adscripción a uno u otro tipo y dependerá entonces de la interpretación la calificación del contrato, en función del criterio indicado, cifrado en la circunstancia de que pueda estimarse que se ha prometido la prestación de una actividad o la producción de un resultado. Dependerá también de la interpretación la exacta individualización del resultado previsto y debido; una vez más, la referencia que en el artículo 1.258 se hace a la buena fe y a los usos habrán de tenerse muy en cuenta para esta labor de interpretación."