

Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general

por

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ

Doctor en Derecho

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil

Universidad de Salamanca

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. APUNTES RELEVANTES ACERCA DEL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL.
3. EL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL.
4. EL CONCEPTO DE «SERVICIO» COMO PIEDRA ANGULAR DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL TIPO CONTRACTUAL GENERAL (CONTRATO DE SERVICIOS) Y EL ESPECIAL (CONTRATO DE OBRA):
 - 4.1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE SERVICIO.
 - 4.2. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN AL CRITERIO DE LA INMATERIALIDAD:
 - A) *Obligación de medios y obligación de resultado.*
 - B) *Otros criterios diferenciadores:*
 1. El criterio de la subordinación o dependencia.
 2. La forma de fijar la remuneración.
 3. El criterio del objeto de la obligación de hacer.
 4. El criterio de la materialidad.
5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo de servicios. El desarrollo del mercado y el crecimiento de eso que se ha dado en llamar sociedad del bienestar o del consumo han incrementado exponencialmente los servicios que, en los últimos cincuenta años, son ofertados en el mercado por los distintos operadores económicos.

No es de extrañar, por tanto, que el concepto de servicio, así como la regulación que del mismo ha hecho el legislador español, haya sido objeto de estudio por parte tanto de juristas como de economistas. No en vano, y quizás de manera exagerada aunque gráfica, ya nos decía SCHRICKER que del consumo, y especialmente de los servicios, deviene el contenido actual de la vida del hombre de nuestro tiempo (1).

Lo cierto es que, desde un punto de vista jurídico, tanto el concepto de servicio, a veces vago e impreciso, como su regulación, han presentado un conjunto de problemas que no han pasado desapercibidos. A su examen, así como a la propuesta de algunas soluciones en este ámbito, dedicaremos las siguientes páginas.

2. APUNTES RELEVANTES ACERCA DEL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL

Como es sabido, nuestro Código Civil menciona de manera extremadamente escueta e insuficiente (2) el contrato de servicios bajo la denominación

(1) SCHRICKER, G., «Concorrenza desleale e tutela dei consumatori», en *Rev. Dir. Ind.*, 1974, pág. 86-138.

(2) La reforma del contrato de arrendamiento de servicios en una única figura jurídico-positiva que abarque la totalidad de los contratos de servicios es una de las tareas pendientes del poder legislativo español. La situación arcaica y absolutamente desfasada de la realidad que presenta la actual regulación es una cuestión indiscutida [TORRES LANA, J. A., «Artículo 1.583», en *Comentario del Código Civil*. PAZ ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L.; SALVADOR, P. (dirs.), T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993. 2.^a ed., págs. 1170-1175; RUIZ VADILLO, «Esquema sobre una posible revisión parcial del Código Civil», en *ADC*, 1979, págs. 3-82] pues, como ha señalado el maestro BERCOVITZ, el arrendamiento de servicios es una «figura totalmente huérfana de regulación, para la cual cualquier reforma habrá de afrontarse como una nueva regulación» (BERCOVITZ, A., «*El nuevo Derecho Mercantil. 20 años de ordenamiento constitucional*. Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, 1999, págs. 120-139.) Una nueva regulación se intentó con el Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994, el cual no llegó a buen puerto por las circunstancias políticas del momento. A pesar de que el texto fue una bocanada de aire fresco pues, no en vano, configuraba una única categoría de contratos de servicios (art. 1.543 del Proyecto), lo cierto es que, en lo concreto, poseía, junto a algunos errores sistemáticos, un contenido excesivamente general de los preceptos reguladores del «contrato de servicio». En lo general, el Proyecto mos-

de *arrendamiento*, ex artículo 1.544, como aquella relación contractual consistente en el simple intercambio de servicio y precio. De esta manera, en primer lugar y de forma inexcusable, cabe cuestionarse si los contratos de servicios únicamente se ajustan a los estrechos ropajes del arrendamiento (3). Es esta una cuestión que comenzó a ser puesta de relieve en el pensamiento pandectístico (4) europeo y que, desde entonces, bien puede decirse que ha sido resuelto dando una respuesta negativa a la interrogante. De forma generalizada, en los países europeos cuyos procesos codificadores bebieron de la fuente del Código Civil napoleónico (5), esta categoría contractual se definió bajo la denominación de arrendamiento, pero no asumió el contenido de esta categoría contractual. Tanto en el comportamiento de los legisladores de los diferentes ordenamientos como en el pensamiento de las distintas corrientes jurídicas europeas, nunca existió la concepción de que el contrato de servicios fuera un tipo o una modalidad contractual inmersa en la figura del arrendamiento. La explicación a este fenómeno es mucho más sencilla y de un claro origen histórico. Al proceder a la definición del contrato de servicios, el legislador napoleónico siguió la institución romana en la que el contrato de servicios resultaba englobado. La *locatio conducti* romana, institución jurídica de una enorme amplitud (6), subsumía en su contenido la figura

traba un apego excesivo a la regulación decimonónica, que no era comprensible desde la realidad económica que pretendía regular, y que explica la frialdad con la que el texto fue acogido por la Doctrina española (CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obras», en *RDPr*, 1995, págs. 875-898).

(3) Ello a pesar de algunas opiniones significativas que señalan que nuestro Ordenamiento ha procedido: «[...] Restringiendo nuestra atención de lo que el arrendamiento de servicios en sus distintas categorías y motivos brinda como campo legislativo, a la pequeña y acotada parcela a que tan vasto instituto ha quedado reducido en nuestro Código, recordaremos que el concepto de dicho contrato lo constitúimos en nuestra mente por la coordinación de los elementos de servicio o trabajo y precio en el común consentir de ambas partes estipulantes». V. SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, T. XXIV, Parte Segunda, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1862, pág. 23.

(4) WINDSCHEID, *Diritto del Pandette*. Traducción de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensi, Torino, 1902, págs. 3-12; PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1845, págs. 7-24; KELLER, *Pandekten*, Leipzig, 1861, págs. 15-22; VANGEROW, *Pandekten*, Marburg und Leipzig, 1863, págs. 54-57.

(5) Una muestra clara de lo dicho es la diferenciación apreciada entre el Código Civil italiano, de clara influencia napoleónica, y el Código Civil alemán, que carece de la misma. Mientras en el primero se tipifica el contrato de servicios dentro de la categoría del arrendamiento (*Affitto*) (arts. 1615-1652), en el Código Civil alemán (BGB), ex § 611, se define una única categoría contractual de contratos de servicio (*Dienstvertrag*).

(6) Cabe precisar que en el seno de la figura de la *locatio conducti* se englobaban tres tipos de contratos diferenciados únicamente entre sí por el contenido de la prestación. De esta manera, se habla de la cesión temporal de una cosa (*locatio conductio rei*), la cesión del trabajo de una persona (*locatio conductio operarum*) y la cesión del resultado de un trabajo (*locatio conductio operis*). No obstante, es preciso señalar que, paradójicamente, esta distinción en el seno de la locación es ajena al mundo romano. En el Derecho

del arrendamiento en su sentido amplísimo (7). Tal era así, que la prestación de servicios en el Derecho romano se insertaba dentro de dicha categoría, por lo que, en aquel Derecho, no era descabellado afirmar que los servicios eran objeto de arrendamiento (*locatio conducti*). No obstante, y como es bien conocido, esta realidad jurídica fue muy diferente tanto en los ordenamientos europeos modernos como contemporáneos. Ya, a principios del siglo XIX, la pandectística alemana puso de manifiesto la amplitud de la categoría histórica de la *locatio conducti* y la inadecuación de, en función del origen histórico, calificar la prestación de servicios bajo la categoría de arrendamiento (8); figura jurídica que, incluso con anterioridad al propio contexto del proceso codificador, poseía un contenido muy concreto, esto es, la entrega de la cosa para su uso o disfrute por un tiempo determinado a cambio de un precio cierto (art. 1.543 del CC).

No obstante, a pesar de estas advertencias, los codificadores europeos que imitaron el Código Civil napoleónico, entre ellos, como es conocido, el español, decidieron acudir al concepto de arrendamiento. Y es, cuando menos, inevitable el preguntarse por qué. Basta observar el articulado que tipi-

romano, en el romanismo, la *locatio conducti* era una institución única que encarnaba de forma unitaria la figura del arrendamiento (V. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, pág. 518; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1997, 9.^a ed., págs. 562-590; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 10.^a Ed., Ariel, pág. 405). La distinción, por tanto, entre distintos tipos de arrendamiento dentro de la institución no es fruto del Derecho Romano sino de la Pandectística alemana del siglo XIX (vid. SOLE RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 12-19). De esta manera, los pandectistas definieron el arrendamiento como la relación jurídica mediante el cual se entregaba el uso a cambio de dinero. No obstante, siendo conscientes de que el uso podía recaer sobre cosas y sobre fuerzas de trabajo, procedieron a la distinción entre *locatio rei* y *locatio operarum*, respectivamente. Con todo, observando que el arrendamiento de servicios podía darse tanto dirigido a la obra como tal, cuando al resultado que con la obra se conseguía, añadieron la *locatio operis* (V. AMIRANTE, L., «*Voz Locaciones: in generale (Diritto Romano)*», en *Noviss. D. It.*, T. IX, Turín, 1963, pág. 992).

(7) Tal es así que, desde el siglo II a.C., la *locatio conductio* se convierte, junto a los contratos de compraventa, sociedad y mandato, en uno de los cuatro tipos contractuales básicos de la sociedad romana. A pesar de una definición de esta figura en las fuentes jurídicas romanas, lo cierto es que la figura de la locación era un tipo contractual unitario en la Roma del periodo señalado. Ahora bien, siendo cierta esta unidad del tipo, ello no nos impide observar que, dentro de éste, existen una pluralidad de modalidades de locación. No en vano, fue esta pluralidad —fruto como hemos visto de la propia amplitud del tipo— la que llevó a los pandectitas a realizar la tradicional diferenciación entre *locatio rei*, *operarum et operis* (vid. AMIRANTE, L., «Locazione», en *Novísimo Digesto Italiano*, T. IX, Turín, 1957, págs. 992-996; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, Napoli, Jovene, 1966, págs. 345-349; LONGO, G., «Osservazioni critiche sulla disciplina giustinianea della locatio conductio», en *Studi Biondi*, T. II, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 285-310; MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen Recht*, Viena-Múnich, 1956, págs. 1-35.

(8) PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1845, págs. 8-12; KÉLLER, *Pandekten*, Leipzig, 1861, págs. 20-26.

fica el contrato de servicios (arrendamiento de servicios) para obtener una respuesta. Como es sabido, su regulación específica comprendida entre los artículos 1.583 y 1.587, centra su atención en la regulación de las prestaciones de servicios manuales de los trabajadores dependientes, prestación que, no debemos olvidar, constituía en la sociedad decimonónica la manifestación prototípica del esfuerzo humano. No obstante, pocas dudas existen sobre la inconveniencia de esta decisión. Y lo fue porque, ya en la época de la promulgación del Código Civil, el desarrollo del trabajo manual asalariado había alcanzado cotas de desarrollo tales que exigía una normativa propia que solventara, de forma más concreta, su específica problemática que no era otra sino la laboral. Lo cierto es que el nacimiento de dicha regulación, y el origen del derecho laboral en nuestro país, no tardó en aparecer, dejando sin aplicación efectiva gran parte de la regulación del arrendamiento de servicios (9). El párrafo segundo del artículo 1.584 del Código Civil (10) debe entenderse derogado por la Constitución (11), al referirse a un criterio apoyado en una discriminación por razón social. El resto del articulado, a excepción del artículo 1.583 (12) y 1.587 (13), deben considerarse superados por la legislación laboral, debiendo reservarse su aplicación, dudosa en algún caso, para supuestos muy concretos que, por diversas razones, resultan excluidos del ámbito de aplicación de las normas del Derecho del trabajo: la razón por la

(9) Para un examen detallado de la evolución del contrato de trabajo desde la figura del arrendamiento de servicios hasta el actual derecho laboral, vid. GARCÍA SANMIGUEL, L., *De la sociedad aristocrática a la sociedad industrial en la España del siglo XIX*, Edicusa, Madrid, 1973; MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. XIII-XCIV; GONZÁLEZ POSADA, E., *El derecho del trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*. Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1996; DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, Comares, Granada, 2003.

(10) El artículo 1584.2 del Código Civil señala: «*El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1. Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico. 2. Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente*».

(11) TRIGO GARCÍA, M.^a B., *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, págs. 82-84.

(12) En el ámbito del contrato de servicios, este artículo no sólo es eficaz desde la perspectiva técnico-jurídica sino que, además, goza de una extraordinaria importancia. Así, el artículo 1.583 inserta en el concepto positivo del contrato de arrendamiento de obra o servicios (art. 1.544) el carácter temporal que le es ajeno. Para un análisis detallado del fundamento de dicha prohibición, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, págs. 369-384.

(13) El artículo 1.587 del Código Civil señala: «*La despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados, a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo*». En este sentido, su plena vigencia es defendida por TRIGO GARCÍA, que apuesta por su aplicabilidad a todo tipo de prestaciones de servicios (TRIGO GARCÍA, M.^a B., *ob. cit.*, págs. 104-108).

que no han sido objeto de derogación expresa es ese residual ámbito de aplicación que conservan (14).

Con todo, esta atipicidad sobrevenida no fue el único problema al que se enfrentó la configuración legal otorgada al arrendamiento de servicios. Fruto de la tradición histórica de la *locatio conducti*, y también al seguidismo legislativo del modelo francés en razón al momento temporal, el contrato de arrendamiento de servicios queda reservado, únicamente, a los trabajos manuales, quedando excluida cualquier prestación de carácter intelectual (15). Dicha configuración normativa, como tardó poco tiempo en demostrar la

(14) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de servicios», *ob. cit.*, pág. 17. Con todo, a mi juicio, ese ámbito de aplicación es tan extremadamente reducido que bien puede defenderse una derogación de dichos preceptos. Así, por ejemplo, del artículo 1584.1 del Código Civil se ha manifestado que, a pesar de su inadecuación y desuso, debe concedérse cierta vigencia (TRIGO GARCÍA, M.^a B., «Contrato de...», *op. cit.*, pág. 172), siendo especialmente aplicables a aquellos contratos de servicio doméstico que, por su escasa importancia social y económica, han sido excluidos de la regulación laboral (TORRES LANA, J. A., *Comentario del Código Civil*. PAZ ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L.; SALVADOR, P. (dirs.), T. II, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, 2.^a ed., págs. 1170-1175). Es esta una posición que no podemos compartir. El fundamento de las exclusiones realizadas por el artículo 2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (*RCL* 1985/2017), se encuentran en que dichas relaciones *inter partes*, bien no merecen una regulación propia al no constituir un supuesto conflictual (sirva de ejemplo el art. 2.c: «Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad»), bien son excluidos de la regulación laboral especial, pero no de la legislación laboral común.

(15) En este sentido debemos recordar que en el Derecho Romano las prestaciones de carácter intelectual no podían identificarse con la figura de la *locatio conducti*. La razón de esa imposibilidad se encuentra en que la locación era una figura romana de carácter remuneratorio, carácter del que no gozaban los trabajos de carácter intelectual, fruto de su alta consideración social. Dichas prestaciones, lejos de ser consideradas fruto de la locación, eran consideradas la consecuencia propia de un mandato que, por su propia naturaleza, tenía un carácter gratuito. No obstante, si bien de *iure* esta división mantuvo una vigencia plena, lo cierto es que de *facto*, la perdió plenamente cuando, en la época imperial, se elaboró la división entre la *merces* —precio de la *locatio*— y los honorarios propios del mandato. La diferencia esencial era que, si bien los primeros eran considerados como el precio por la prestación de un trabajo servil, los segundos eran simplemente entendidos como un reconocimiento por el trabajo o un honor. En este sentido, debemos tener presente que es, precisamente, en la época imperial cuando se producen grandes avances en los conocimientos y en la difusión de los mismos, lo que hace que importantes miembros de familias patricias romanas, con gran poder e influencia política, se dediquen, entre otros menesteres, a la práctica de las profesiones liberales, perspectiva desde la cual debe vislumbrarse el éxito de esta doctrina. No deja de resultar curioso que, desde un punto de vista meramente filológico, el español haya recogido la baja consideración del término *merces*, dando lugar al vocablo *mercenario* —quien realiza un trabajo a cambio de un precio—, pero que no posee en nuestra lengua ningún rasgo de honorabilidad; situación contraria ocurre con el concepto *honorario*, vocablo dotado de cierto prestigio que se entiende como aquel *estipendio o sueldo que se da a alguien por su trabajo en algún arte liberal* (RAE). Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1996, págs. 57-68.

práctica del tráfico económico, obtuvo un fracaso relativo. Si bien la España del siglo XIX era una sociedad eminentemente agrícola, no es menos cierta la existencia de una burguesía culta y dedicada a las profesiones liberales de carácter intelectual (abogados, médicos, ingenieros) que vieron, en el arrendamiento de servicios, un tipo contractual que les resultaba útil y del que, sin embargo, parecían quedar excluidos. Pensemos que, como se ha dicho, a pesar del amplísimo concepto que instaura el artículo 1.544 del Código Civil, el pensamiento jurídico de la época —fruto sin duda de la configuración histórica de la figura derivada de la *locatio*— se entendía que el arrendamiento de servicios únicamente era aplicable al trabajo manual, concepción en la que no encajaban los profesionales liberales (16). Con todo, la realidad y las exigencias del tráfico se impusieron. A pesar de las razones históricas, lo cierto es que, desde un punto de vista del derecho positivo, la configuración del arrendamiento de servicios ex artículo 1.544 del Código Civil hacía posible la inclusión, en el seno del mismo, de cualquier obligación *de hacer*, independientemente de su carácter intelectual o no.

La consecuencia de esta nueva situación no deja de ser paradójica. El contrato de servicios que, *a priori*, fue concebido para regular el trabajo dependiente, al pasar éste a ser regulado por la nueva disciplina del Derecho Laboral, queda destinado, no exclusiva pero sí mayoritariamente, a la regulación de prestaciones de carácter intelectual; unas prestaciones en las que los codificadores, tanto francés como español, no pensaban por las razones históricas derivadas de la *locatio* que ya han sido expuestas.

De este modo, con la aparición de la disciplina del Derecho Laboral, la práctica totalidad de los preceptos que regulan el arrendamiento de servicios quedan vacíos de contenido, a excepción de los artículos 1.583 y 1.587 del Código Civil que aún resultan aplicables. Ello hace inevitable una labor de interpretación continua de los órganos jurisdiccionales que solventan, caso a caso, las continuas patologías propias del contrato (determinación del precio, responsabilidad del prestador y desistimiento unilateral, principalmente) en las diferentes relaciones jurídico-contractuales. Para ello, y ante la palpable regulación insuficiente del arrendamiento de servicios, el operador jurídico acude a las normas de derecho positivo que regulan otras figuras jurídicas afines, especialmente el mandato, para proceder a aplicar analógicamente su regulación al supuesto concreto (17). En cualquier caso, esta solución no deja

(16) TROPLONG, M., *Droit Civil*, Du Mandat, Charles Hingray, París, 1846, págs. 359-370.

(17) En ocasiones, incluso, un sector de la doctrina ha propuesto abiertamente el considerar el mandato como «[...] marco normativo para acoger a las relaciones que se establecen entre profesional y cliente cuando éste contrata servicios profesionales» (vid. CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 92-93). De manera, más clara aún, lo expresa M.^a T. ALONSO PÉREZ al negar que la aplicación de la normativa del mandato sea una aplicación analógica al

de ser una salida de emergencia que dista mucho de ser satisfactoria. Y ello es así porque, si bien la normativa del mandato puede ser aplicable ante determinados tipos de servicios —aquellos que tienen por objeto la gestión patrimonial, llevan aparejados un poder de representación o una actuación frente a un tercero— debido a que son las únicas proporcionadas por el legislador, esta aplicabilidad no puede ser preconizada con carácter general. No en vano, el resto de las normas de la regulación del mandato se caracterizan por su inevitable adecuación al ser aplicables a un contrato que puede ser tanto gratuito como oneroso (art. 1.711 del CC) (18).

Con todo, junto a la figura del arrendamiento de servicios, y como si se tratara de la otra cara de la misma moneda, el legislador tipificó el arrendamiento de obra. En buena medida, y a la luz de la utilidad de la prestación, la metáfora numismática parece acertada. Si examinamos la figura general del arrendamiento, en su sentido histórico proveniente de la *locatio conducti*, podemos ver que los rasgos que unifican el arrendamiento de cosas, servicios y obras son excesivamente genéricos (19). El único rasgo unificador vendría determinado por la percepción de cierta utilidad por una de las partes (arrendatario) por la cual se obliga a pagar un precio determinado a quien la presta (arrendador). No obstante, pocas dudas existen de que, entre las cualidades de las prestaciones, hay diferencias insalvables, pues es muy distinta la na-

defender que el mismo de hecho aparece regulado con dos normas diferentes en el Código Civil: arrendamiento de servicios y mandato (vid. ALONSO PÉREZ, M.^a T., *Los contratos de servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, Bosch, Barcelona, pág. 125). De manera favorable a la analogía, se ha propuesto que, ante el vacío de contenido normativo sufrido por la regulación arrendamiento de servicios, se debe integrar el contrato mediante la aplicación de las normas propias del mandato, en la medida y atendiendo a las particularidades de la relación del abogado (vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., *La relación de servicios del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 191), indicándose que puede plantearse una posible aplicación analógica de ciertas reglas del mandato a algunos contratos de servicios, pero no aplicar directamente y sin mayor prejuicio todas las normas del mandato (vid. DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000, pág. 59).

(18) En este sentido, cabe poner de manifiesto que la aplicación de la normativa del mandato a la prestación de servicios de carácter oneroso produciría resultados intolerables. Así, resulta evidente que el reembolso de gastos e indemnización al mandatario (arts. 1.728 y 1.729 del CC) no compatibilizan bien con la prestación onerosa de servicios que es la regla general en el tráfico. Idéntica situación se produce en relación a las normas relativas a la extinción del contrato de mandato cuya aplicación conllevaría el favorecer la desvinculación contractual de quienes han comprometido su actuación profesional (renuncia del mandatario), justificar desistimientos unilaterales sin consecuencias indemnizatorias en perjuicio de quienes hacen de la prestación de servicios su forma de vida (reacción del mandante), o entender que se produce la extinción automática del contrato en supuestos en los que la continuación del contrato puede ser la mejor solución atendidos los intereses en conflicto (muerte, incapacidad, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia). Para un examen detallado de esta situación indeseada, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 272-295.

(19) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 73.

turaleza que constituye el mero goce de las cosas (*arrendamiento de cosas*) que la de las que se derivan de prestaciones provenientes del trabajo (*arrendamiento de servicios o de obra*). A la luz de nuestro Código Civil, bien podemos deducir que no era ajena al legislador español esta realidad, la cual le llevó a regular separadamente el arrendamiento de cosas (arts. 1.542-1.582) y el de servicios y obra (arts. 1.583-1.603).

3. EL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL

Como es sabido, el ámbito del arrendamiento de cosas no acarreó especiales problemas desde el punto de vista de la imputación del tipo contractual a un supuesto de hecho concreto. A pesar de la amplitud del artículo 1.543 del Código Civil, el tipo contractual resulta claro y, lo que es más importante, no presenta problemas de distinción con otros tipos contractuales. Pues bien, justamente lo contrario es lo que sucede en el ámbito del arrendamiento de servicios o de obra. Tanto el vasto concepto de arrendamiento de servicio, ex artículo 1.544 del Código Civil, configurado como el mero intercambio de «servicios» por «precio», como el impreciso artículo 1.588 del Código Civil, que configura el arrendamiento de obra sobre un concepto ilimitado de obra, o al menos no limitado normativamente, si bien resulta evidente que el legislador estaba pensando en una obra de carácter material, hace que la distinción entre una u otra modalidad en función del objeto contractual se haya convertido en una disputa doctrinal clásica en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos.

En la actualidad, esta diferenciación entre arrendamiento de servicios y de obra parecería generar *a priori* en nuestro Derecho positivo consecuencias de orden práctico. La normativa del contrato de servicios, como se ha visto en un momento anterior, se encuentra prácticamente vacía de contenido, debiendo reconducirse su disciplina normativa a la teoría general del Derecho de obligaciones. Por su parte, la normativa del arrendamiento de obra, al margen de las modificaciones e intervenciones sufridas desde el ámbito del Derecho administrativo (20), continúa eficaz y dotada de contenido, regulando extremos que no han sido regulados en el ámbito del arrendamiento de servicios.

Por todo ello, parece necesario determinar cuando la obligación de hacer —y de manera añadida, la obligación de dar— puede ser encuadrada dentro del concepto de obra y, consecuentemente, dentro de la categoría de *arrenda-*

(20) Entre ellas, especialmente, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (*RCL* 1999/2799). Ley 27/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (*RCL* 2003/2683). Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio (*RCL* 2000/1380).

miento de obra para poder beneficiarnos de su regulación. No en vano, tanto el servicio como la obra constituyen, fundamentalmente, una obligación de hacer. Ex artículo 1.544 del Código Civil, el servicio —como concepto general— se configura como la realización de esta obligación a cambio de un precio; la obra —como concepto más reducido— se caracteriza por exigirse su ejecución, un término que coincide con la idea del codificador de diseñar un *arrendamiento* destinado a regular, básicamente, la obligación *de hacer* que se concretaba en un resultado material y, más específicamente, en la construcción de una casa.

Con todo, resulta evidente que, desde los tiempos de la codificación, este concepto restringido de obra ha sido ampliado, englobando dentro del mismo, no sólo las obligaciones *de hacer* que se concretaban en un resultado material, sino también a aquéllas que no lo hacían (prestaciones de carácter intelectual). Tras esta ampliación del concepto, no existe otro deseo que obtener el beneficio para estas prestaciones de la regulación propia del contrato de obra; un deseo que parece fundamentado en la creencia de que esta regulación es la solución a todos los problemas.

A nuestro juicio, la realidad es muy diferente. Basta examinar la regulación legal para constatar qué preceptos del Código Civil dedicados a la regulación del arrendamiento de obra son, en verdad, aplicables a las prestaciones inmateriales. Existen algunos cuya aplicación es imposible al presuponer claramente la ejecución de una obra material (arts. 1.588, 1.591, 1.592, 1.597, 1.598 y 1.600 del CC). Se distinguen, también, un conjunto de normas que no pueden sino considerarse aplicaciones de la idea de bilateralidad de obligaciones, idea que debe inspirar, igualmente, el régimen propio del arrendamiento de servicios: la atribución del riesgo al deudor (arts. 1.589, 1.590 y 1592.2 del CC) y la simultaneidad del pago (arts. 1.599 del CC). Por su parte, los artículos 1.593, 1595.1 y 1.596 del Código Civil contemplan principios generales del Derecho de Obligaciones: la vinculación contractual (invariabilidad del precio pactado en forma alzada, arts. 1.593 del CC), la extinción de la obligación personalísima por muerte del deudor (arts. 1595.1 del CC) y la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento (arts. 1.596 del CC).

Así las cosas, el artículo 1.594 del Código Civil, precepto que contempla la facultad de desvinculación del comitente en el arrendamiento de obra, es el único que puede consentir su aplicación a la prestación inmaterial. Ahora bien, siendo esto cierto, no lo es menos que la *ratio* a la que responde esta norma —que no es otro que la posibilidad de ahorrar el esfuerzo del prestador sin merma de sus legítimas expectativas económicas (21)— consiente su

(21) PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil. Vol. II. Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivados de actos ilícitos*, Bosch, Barcelona, 1994, 2.^a ed., pág. 503.

aplicación generalizada al conjunto de contratos de servicios (22). No parece razonable, por tanto, alterar el concepto de obra del que parte el legislador al regular el arrendamiento de obra, para conseguir la aplicación de un solo precepto, máxime cuando es posible su aplicación analógica a cualquier contrato de servicios.

Consecuentemente, la solución debe venir por una vía diferente que debería producirse en dos pasos diferenciados: 1) El establecimiento de un tipo contractual unitario para todos los contratos de servicios (tipo general) dentro de cuyo ámbito —como tipo especial— se encuadrara el contrato de obra. 2) La dotación, de manera imprescindible, de una nueva regulación normativa al tipo general (contrato de servicios) (23).

4. EL CONCEPTO DE «SERVICIO» COMO PIEDRA ANGULAR DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL TIPO CONTRACTUAL GENERAL (CONTRATO DE SERVICIOS) Y EL ESPECIAL (CONTRATO DE OBRA)

A la luz de la normativa vigente, pocas dudas ofrece el hecho de que la calificación de un contrato como contrato de servicios en sentido amplio nos conduce a una figura contractual dotada de una atipicidad sobrevenida que, a efectos prácticos, remite su disciplina a la teoría general de las obligaciones y contratos. Situación bien diferenciada ocurriría si dicha relación contractual se enmarca en el arrendamiento de obra, donde existe una regulación determinada que solventa cuestiones específicas que, en el ámbito del arrendamiento de servicios, quedan en manos de la teoría general.

Esta situación nos fuerza a solventar dos cuestiones de forma inexorable. Determinar qué debemos entender por *servicio* y su delimitación, dentro del tipo general de contratos de servicios, entre el arrendamiento de servicios propiamente dicho y el arrendamiento de obra.

(22) Para un examen detenido de esta afirmación, VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 459-460.

(23) Conforme al estado actual de la cuestión, descriptivas, cuando no aclaratorias y desoladoras, son las palabras de algún autor cuando señala que cuando una relación jurídica es calificada como arrendamiento de servicios: «[...] la consecuencia será, por lo que se refiere a su régimen general, la inaplicabilidad de las reglas propias del arrendamiento de obras y del mandato; no hay, en cambio, una consecuencia positiva que se traduzca en la aplicabilidad de determinadas normas legales a la relación en cuestión pues, muy difícilmente, podrá obtenerse alguna utilidad de las normas que el Código Civil ha dedicado a la regulación del arrendamiento de servicios». PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., *Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolf. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. T. II, 2.^º Vol. 1. Doctrina Especial. Primera Parte, Bosch, Barcelona, 1963, 3.^a ed., pág. 455.

4.1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE SERVICIO

Dice la más reputada doctrina civilista que el objeto de la obligación permite identificar los contratos de servicios, caracterizados porque la prestación o comportamiento que debe realizar uno de los contratantes consiste, fundamentalmente, en el despliegue de cierta actividad, material o intelectual (24). Así, en primer lugar, y recordando el artículo 1.088 del Código Civil, que clasifica los distintos tipos de prestaciones del deudor, bien podemos señalar que el concepto de servicio se identifica con una clara conducta de *hacer*. No obstante, como es bien conocido por la doctrina civilista, el concepto de la obligación de *hacer*, y en especial en su relación con la conducta de *dar*, ha sido debatido históricamente. No en vano, no es discutido el hecho de que la obligación de *hacer* es, por antonomasia, más amplia que la de *dar*, en tanto en cuanto, desde que se produce la identificación del objeto de la obligación con la conducta objeto de la prestación (25), toda obligación es de *hacer* al suponer, necesariamente, un comportamiento del deudor consistente en la entrega de una cosa o en el despliegue de una actividad (26), lo que nos conduce a un serio problema en la definición conceptual de la obligación de *hacer* que excluya la obligación de *dar*. La obligación de *hacer* se identificaría con «*aquella en que la prestación debida es una actividad diferente de la entrega de una cosa*» (27). Consecuentemente, podemos afirmar que el objeto de la obligación propia del tipo general de los contratos de servicios se identifica, únicamente, con una prestación consistente en una obligación de *hacer*. Ahora bien, ello no implica que, conforme al examen específico de cada contrato de servicios, la existencia de una obligación de *dar*, junto a la obligación de *hacer*, altere el encuadre del contrato en el ámbito de los contratos de servicio. De hecho, en el ámbito del comercio electrónico, en las relaciones jurídicas enmarcadas en esta categoría contractual es habitual que en las prestaciones identificadas con el «servicio» concurran tanto una obligación de *hacer*, de carácter primordial, como una obligación de *dar*:

Un ejemplo paradigmático de esta realidad viene protagonizado por el contrato de creación de sitios web (28). Mediante

(24) GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 657-677; VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 33.

(25) Para una evolución histórica de la evolución doctrinal hasta llegar dicha identificación, vid. DE LOS MOZOS, J. L., «Voz: Obligación», en *NEJS*, T. XVII, Barcelona, 1982, págs. 785-795.

(26) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 34.

(27) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. II. *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, 5.^a ed., pág. 244.

(28) En este momento parece necesario precisar el concepto de *website* o *sitio web*. En este sentido, es habitual que conceptos como página web y websites sean usados de

éstos (29), el empresario se obliga con un prestador a pagar un precio determinado a cambio de una prestación consistente en dos obligaciones fundamentales. Una doble obligación de *hacer*, consistente en la creación de un sitio web y su mantenimiento durante el plazo acordado y, secundariamente, un obligación de *dar*, esto es, entregar el website creado, modalidad de entrega que se entenderá efectuada, normalmente, a través de la colocación en el servicio de *hosting* (30) correspondiente conforme a las órdenes del principal.

Vemos, por tanto, que el concepto de servicio, en un sentido jurídico, se identifica con una prestación, esto es, con una obligación de *hacer*. Sin que ello, claro está, impida que cada contrato en concreto se configure particularmente, tal y como hemos visto, con obligaciones de otro carácter (31). Por

forma sinónima. Una página web es un documento electrónico que forma parte de un website. Así, un website o sitio web se define como un conjunto de páginas web que pertenecen a una misma empresa, persona o institución, la cual está organizada jerárquicamente. La cabeza jerárquica y principal de las páginas web que componen el website se denomina *homepage* y se caracteriza porque desde ella puede accederse a todas las demás páginas del sitio web. Vid. ORTEGA DÍAZ, J. F., «Sitio web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la Propiedad Intelectual», en *RCE*, núm. 35. 2003, págs. 33-85.

(29) PANTALEÓN PRIETO, F. y SOLER PRESAS, A., «La protección jurídica de las páginas web», en *ADC*, julio-septiembre, 2001, págs. 1051-1103.

(30) El *hosting* o almacenamiento de datos es el servicio prestado a través de una relación contractual por la cual, una de las partes, se compromete a albergar en un *servidor* (ordenador que sirve información a una red central), los datos suministrados por la otra parte contratante (normalmente páginas o sitios web) a cambio de un precio determinado. Para un examen detenido de la cuestión, vid. PRENAFETA, J., «Contratos de hosting», en *Alfa-Redi*, núm. 43 (<http://www.alfa-redi.org/revista/revista.asp?idRevista=43>).

(31) No obstante, ello no nos debe llevar a desconocer el concepto de *servicio* en un sentido económico. Así, en este ámbito, se ha manifestado que el servicio es entendido como aquellas actividades económicas que, en el tráfico jurídico, se desenvuelven primordialmente mediante la ejecución de las obligaciones de hacer (vid. CALAIS-AULOUY, *Droit de la consommation*, París, 1980, págs. 87-88). No obstante, a pesar de esta identificación con la obligación de hacer, no se produce una identificación entre el concepto económico y jurídico (vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., «El contrato mercantil de servicios», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 1, 1997, págs. 291-335; VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, págs. 40-42). Y ello es así porque, en realidad, en el ámbito económico el concepto de servicio se identifica, más que con la obligación de hacer, con la obligación de dar que, como es sabido, es la obligación propia del sector terciario (vid. REICH, N., «La protección de los consumidores en los contratos de servicios según el Derecho comunitario», en *EC*, núm. 16, 1990, págs. 131-139; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil en un supuesto de prestación de servicios. La propuesta en el Derecho español», en *RDPr*, 1992, págs. 99-112; CAVANILLAS MÚJICA, S., «La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos», en *EC*, núm. 18, págs. 43-50). En este sentido, y a pesar de lo que podría pensarse, no parece que el concepto jurídico de *servicio*, como prestación equiparable a una obligación de *hacer*, esté teniendo demasiado éxito en su incorporación legislativa. Así, en el ámbito del comercio electrónico, basta ver la Exposición de Motivos de

ello, no parece superfluo el recordar qué requisitos debe cumplir la obligación de *hacer*, una obligación cuya identidad, insistimos, se configura como el elemento en común de todos los contratos de servicio.

Si una consecuencia resulta clara de lo expuesto, es que el objeto de un contrato de servicio se identifica con una obligación de *hacer*. No en vano, de forma apegada a la realidad, se ha definido al objeto contractual como las cosas y servicios a los que el contrato se refiere (32) y, de forma más sutil, como la realidad social acotada por la voluntad de las partes (33).

Así, parece adecuado que, para examinar esa obligación que se sustancia en el objeto del contrato, sea necesario acudir a los artículos 1.271 y 1.273 del Código Civil. Dichos preceptos tipifican los tres requisitos clásicos, e imprescindibles, para la existencia jurídica del objeto contractual (posibili-

la LSSICE («Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador [...]») para percibirse que los servicios recogidos a título ejemplificativo se identifican con una obligación de dar y no de hacer. Todo ello, parece eliminar de dicha norma legal el concepto jurídico de servicio a favor de una concepción plenamente económica; cuestión que, a tenor de la expresión «siempre que represente una actividad económica para el prestador», queda plenamente decantada.

(32) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», *ob. cit.*, pág. 197. En este sentido, debemos pensar el origen histórico que inspiró el concepto del objeto contractual en nuestro Derecho. En este sentido, parece preciso señalar que el artículo 1.226 del Código Civil francés señala que todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o a no hacer. Basta un examen detenido del contenido del precepto para vislumbrar una clara confusión terminológica. Así, el término *cosa* se emplea en un sentido extremadamente lato, incluso impropiado (vid. DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos...», *ob. cit.*, pág. 197), pues es entendible que las *cosas* puedan ser objeto de obligaciones de dar pero no de obligaciones de hacer o no hacer. Así, en las obligaciones de hacer, el protagonismo del objeto contractual lo asumirá la conducta del prestador (servicio) sin que de ello se derive la creación o transformación de una cosa (obra). Ante esta realidad, no hubiera sido extraño que el codificador español hubiera incurrido en el mismo error. Afortunadamente no fue así y, si bien recorre la misma línea de pensamiento que el Código francés, el Código Civil español estableció como elemento esencial del contrato un «objeto cierto que sea materia del mismo» (art. 1.262 del CC). Con todo, no es aquí donde se hace más palpable esta diferenciación con el Código Civil francés. En los artículos que lo desarrollan (arts. 1.271 a 1.273 del CC), el codificador español, sin referirse en ningún momento a la obligación de *dar* y a la de *hacer*, sí establece una dualidad entre *cosas* y «servicios», pareciendo atribuir la obligación de *dar* a la primera, y la de *hacer* a la segunda, respectivamente.

(33) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1982, pág. 192.

dad, licitud y determinación) (34). En este sentido, y a pesar de la dualidad conceptual entre «cosas» y «servicios» por la que se decanta nuestro Código

(34) La no apreciación de los tres requisitos constitutivos del objeto contractual ha generado un debate doctrinal entre civilistas que se extiende hasta nuestros días. Tradicionalmente, se ha manifestado que la nulidad es la forma más radical de ineeficacia en el seno de una relación jurídico-contractual. No obstante, en íntima relación con los elementos esenciales del contrato (art. 1.261 del CC), se ha manifestado que, ante una imputación negativa de alguno de estos elementos, cuestión que se producirá en relación al objeto (art. 1.261.2) si no se aprecia la concurrencia de los requisitos señalados (arts. 1.271-1.273), no nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad contractual sino, simplemente, ante un supuesto de inexistencia. Consecuentemente, este supuesto de inexistencia se convertiría en la forma más radical de ineeficacia que se diagnostaría a aquellas relaciones jurídicas que carecieran de alguno de los elementos esenciales ligados, ontológicamente, a su nacimiento jurídico (vid. SOTO NIETO, F., «Nulidad de los contratos», en *NEJS*, T. XVII, Barcelona, 1982, págs. 664-687). En el fondo de este razonamiento subyace la llamada concepción racional o lógica del contrato. Así, parece argumentarse el sinsentido (*lógica*) que produce el achacar existencia a una relación contractual que no reunió los requisitos esenciales para su nacimiento (inexistencia), frente a aquellas otras relaciones jurídicas que sí las reunieron y que, por tanto, existieron pero que, al enfrentarse a mandatos o prohibiciones legales, incurren en una nulidad radical. Lo cierto es que, estos siempre interesantes juegos intelectuales que tanto nos entretienen a los juristas, pocos efectos prácticos producen en el tráfico jurídico. Tanto la pretendida figura de la inexistencia como la nulidad radical producen los mismos efectos jurídicos, esto es, la más radical ineeficacia. En cualquier caso, como era de esperar, las críticas a esta concepción lógica o racional del contrato no tardaron en aparecer. Así, en el plano de lo teórico, se manifestó que en la ciencia del Derecho no existe una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer o no valer, siendo esto aplicable tanto al concepto de inexistencia como de nulidad (TRAVIESAS, M., «Sobre nulidad jurídica», en *RGLJ*, núm. 124, 1914, págs. 491-514). En palabras menos oscuras, y quizás simplistas aunque espero que aclaratorias, lo que se puso de manifiesto fue que el Derecho no se encarga de la disquisición de las esencias sino del examen de su validez y aplicación a la solución de problemas concretos. Y es precisamente, la consecuencia de este extremo la que nos conduce a la segunda gran crítica: No existe en Derecho una disciplina propia de la inexistencia sino que, simplemente, es necesario acudir al régimen de la nulidad. Ante semejante realidad, se impone el sistema dual de nulidades, esto es, nulidad *versus* anulabilidad como formas diferentes de ineeficacia en nuestro ordenamiento, subsumiéndose la inexistencia como causa de nulidad. Esta posición, finalmente, ha sido acogida por la doctrina científica por lo que, compartimos posición con VAQUERO PINTO cuando señala que, en el actual estado de nuestro Derecho positivo, los casos de inexistencia contractual son supuestos de nulidad radical, como resulta de los artículos 1.261, 1.300, 1.310 y 6.3 del Código Civil (VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, págs. 44-45; JORDANO FRAGA, F., *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineeficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 339-340). Me parece una afirmación correcta, diplomática y llena de sentido común. En otras palabras, lo que viene a defender la concepción racional o lógica del contrato es que el contrato que no cumple los requisitos esenciales no existe y, por tanto, no produce efectos jurídicos. En verdad, difícilmente se puede negar que la concepción racional o lógica del contrato sea racional o lógica aunque también es bastante obvia. Lo que no existe no puede producir efectos. Por ello, en puridad, en el plano de lo abstracto, me parece que no es que la inexistencia sea una causa de nulidad, pues no puede ser nulo, esto es, no se puede privar de efectos jurídicos a algo que nunca existió. No obstante, en el plano de lo concreto, y de ahí nuestro acuerdo con la citada autora, ese contrato inexistente genera en el tráfico una apariencia contrac-

Civil, es indudable que tradicionalmente las obligaciones de *dar* han gozado de un mayor protagonismo. Por ello, lo más habitual ha sido que los requisitos propios del requisito esencial del objeto contractual hayan sido examinados a la luz de las *cosas* materiales (35); examen que, en la mayoría de los supuestos, no parece presentar mayores complejidades. Realidad diferente acontece al poner en relación dichos requisitos con la obligación de *hacer*, puesta en relación que no se articula conforme a una cosa material (*objeto mediato*) sino a una conducta del prestador.

Por ello, parece conveniente examinar, individualmente, los requisitos propios del objeto contractual del contrato de servicios o, lo que es lo mismo, los requisitos que debe cumplir la conducta del prestador objeto del contrato.

tual. De ahí que sea preciso englobar, en aras de la seguridad jurídica en el tráfico, la inexistencia como causa de nulidad radical. Una nulidad, que en el caso de la inexistencia contractual, tiene unos efectos declarativos en el tráfico. Lo que se hace es declarar la no producción de efectos jurídicos; efectos estos que nunca pudo producir al no existir. Esto es, justo lo contrario que aquellos contratos que, al cumplir los elementos esenciales que ontológicamente le son propios, nacen como tales y que, sin embargo, al incurrir en un mandato o prohibición *contra legem* se les priva de los efectos jurídicos que *a priori* sí podrían generar. Finalmente, cabe señalar, si no insistir, en la inexistencia de consecuencias prácticas en la diferenciación entre inexistencia y nulidad. No obstante, no deja de llamar la atención que, a pesar de aceptar la inexistencia como un tipo de nulidad y de ser conscientes de la inutilidad patente de esta distinción, civilistas consagrados vean con buenos ojos esta distinción como un herramienta útil «*a efectos didácticos*» (PUIG PEÑA, F., «Ineficacia de los negocios», en *NEJS*, T. XII, 1977, págs. 453-458), como un «*instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites verdaderos o supuestos de una regulación dada sobre la nulidad*» [DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 1.300», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), T. XVII, Vol. 2.^º, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1995, 2.^a ed., págs. 302-320].

(35) Cabe destacar que, en opinión del algún autor, el protagonismo otorgado a las *cosas* en gran parte de los códigos europeos de inspiración codificadora napoleónica, tiene su fundamento en la adopción por éstos del sistema de transmisión de la propiedad que, como es sabido, está basado exclusivamente en la voluntad contractual. Dado que nuestro Código Civil acoge la doctrina del título y el modo (art. 609 del CC), el mantenimiento de ese protagonismo de las *cosas* en nuestra codificación supone una inconsecuencia dogmática, como mera reproducción de un antecedente. Consecuentemente, se afirma, los preceptos de la sección, relativas al objeto contractual, obedecen a la función pedagógica-popular que se impusieron los codificadores latinos, para poner de manifiesto que, en las contrataciones que versan sobre el dominio de las cosas, son éstas las que requieren de una especial concreción; en tanto que los contratos que disciplinan conductas lo que interesa es el entero comportamiento como conducta global del deudor [RAMS ALBESA, J., «Artículos 1.271 y 1.272», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). T. XVII. Vol. 1^º. B. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1993, págs. 441-469].

A) Licitud

En el ámbito de la teoría general de los contratos, y no sólo en relación a los contratos de prestación de servicios, es una afirmación clásica el afirmar la necesidad de la licitud del objeto contractual (36). La determinación de la licitud del negocio jurídico en general y, del objeto contractual en particular, es una de las preocupaciones que claramente reflejó el codificador en nuestro Código Civil.

En efecto, si debemos trazar un esquema que nos dibuje el sistema de control de la licitud tipificada en el Código Civil, éste se nos presenta como una pirámide de tres bloques diferenciados:

En primer lugar, y como norma general que se extiende sobre todo el texto, se halla el artículo 6.3, cuya aplicación se extiende a todos aquellos actos contrarios a las normas imperativas, condenando a los actos que incurrieren en tal comportamiento a la forma más absoluta de ineeficacia, la nulidad absoluta (37). Con todo, siendo esto cierto, no lo es menos el hecho de que el precepto en cuestión señala que la norma vulnerada puede establecer un efecto distinto en caso de contravención (38).

(36) DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos de...», T. I, *ob. cit.*, pág. 208.

(37) En este sentido, cabe señalar el carácter general de esta disposición que, al no estar vinculado a ningún régimen normativo concreto, puede devenir en una norma de imposible aplicación. Ello es así porque, debido a su carácter general, puede resultar imposible su conexión con los regímenes específicos de las nulidades. En el ámbito contractual, algún autor señala que el propio código, en la regulación que de éstos hace, ya parece agotar tanto los supuestos de nulidad de los propios contratos como sus propios regímenes (vid. CARRASCO PERERA, A., «Artículo 6.3.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., T. I. Vol. 1.^º, RDP, Madrid, 1992, págs. 769-782). En este sentido, creemos acertada la valoración de VAQUERO PINTO al señalar que el artículo 6.3 del Código Civil contendría un predicado de nulidad, pero no un supuesto específico de nulidad ni un régimen con el que hacerse practicable (VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 47). Ante esta perspectiva no parece desacertada la conclusión de CARRASCO PERERA al señalar que, en definitiva, este precepto no es más que un modo de formular sintéticamente la sanción de nulidad por contravención al orden público (vid. CARRASCO PERERA, A., «Artículo 6.3.», *ob. cit.*, pág. 780).

(38) La polémica acerca de cuál puede ser otro ese efecto o si ese otro efecto es posible, ha sido tarea ardua y duradera en el tiempo. En este sentido, aceptando la posibilidad de ese otro efecto, compartimos la posición de que éste debe identificarse, dentro de la categoría dogmática de las ineeficacias, con la figura de la anulabilidad [vid. DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Sub. Capítulo VII. De la nulidad de los contratos», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). T. XVII. Vol. 2.^º *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1995, 2.^a ed., págs. 273-302; VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 47]. De opinión contraria, sosteniendo que ese otro efecto no puede ni debe identificarse con la anulabilidad sino con las otras formas de particularización de la ineeficacia indisponible como la nulidad parcial (vid. GORDILLO CAÑAS, A., *Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de las nulidades en un Código*

En segundo lugar, y ya en el ámbito de la configuración general de los contratos, nos encontramos con el artículo 1.255 del Código Civil que, omitiendo la consecuencia que se produciría en el supuesto de infracción, realiza un claro control de licitud basado en la adecuación del objeto a las leyes, la moral y el orden público (39). No obstante parece preciso realizar, junto a un sector muy destacado de la doctrina, alguna consideración al respecto. Si bien es cierto que el artículo 1.255 del Código Civil habla de «causa», lo cierto es que ésta no parece verse afectada en relaciones contractuales que, objetivamente, son ilícitas o contrarias al orden público. En estos supuestos, la ineffectuación del contrato está más relacionada con la admisibilidad de la propia autonomía privada que con el propio elemento esencial de la causa (40). En cualquier caso, como nos señala la doctrina civilista, al guardar silencio acerca de las consecuencias de la infracción, el artículo 1.255 nos permite elegir, de forma matizada, el modelo de invalidez. De esta manera, y en una aplicación mixta de los artículo 6.3 y 1.255 del Código Civil junto

latino situado entre la primera y la segunda codificación. Centenario del Código Civil 1889-1999. T. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centro de Estudios Ramos Areces, Madrid, 1990, págs. 935-983).

(39) La redacción del artículo 1.255, que permanece inalterada desde el periodo codificador, es uno de esos preceptos que transpiran el ansia de perdurabilidad del Código Civil. Dicho precepto aspira a ser preciso pero sin dejar de ser flexible, no sacrificando esta cualidad en aras de una redacción más rígida. Para ello, el codificador emplea un concepto rígido de claro carácter positivo —Ley— y dos conceptos jurídicos indeterminados —moral y orden público—. Ambos conceptos son difícilmente definibles desde un punto de visto jurídico, pues su propia definición ya implica un juicio de valor subjetivo difícilmente sustentable de forma irrefutable desde un punto de visto metodológico. No obstante, este defecto es, precisamente, su mayor virtud. La moral, como tal, no es otra cosa que la concreción de la bondad o malicia del hacer humano conforme a los valores imperantes en cada momento histórico. Igualmente, el propio concepto de orden público como aquel estado de la sociedad en el que las autoridades pueden ejercer sus funciones, siendo éstas aceptadas y respetadas por los ciudadanos. Ambos conceptos indican realidades mutables y, por tanto, adaptables a cada momento a través de la interpretación. Son, como se ha señalado respecto al concepto del orden público, unos conceptos eminentemente dinámicos por su continua necesidad de adaptación a la sociedad que es una realidad esencialmente cambiante (DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 93).

(40) DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. I. *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 242; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2. *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelitos*, Madrid, Dykinson, 1999, pág. 453; CLAVERÍA GONZÁLEZ, L. H., «Artículo 1.275», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). T. XVII, 1.-B. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 536-577.

a los relativos a la interpretación de los contratos (41), podrá optarse por la nulidad parcial del contrato cuando únicamente una parte del contrato sirva para la consecución de los intereses legítimos y pueda ser amputada sin privar de sentido a la otra parte (42). Por el contrario, cuando el pacto, cláusula o condición atente sustancialmente contra una norma positiva o contra el orden público —más discutible si atenta contra la moral—, nos encontraremos ante dos supuestos: A) La ineffectuación plena del contrato cuando las cláusulas, pactos o condiciones atenten gravemente contra la ley y el orden público no pudiendo producir efectos jurídicos de forma independiente el resto del contrato. B) Afirmar la efectividad del contrato, al realizar una interpretación flexible (43), en los supuestos en los cuales la contrariedad entre la cláusula, pacto o condición del ordenamiento sea extraordinariamente leve (44).

En tercer lugar, y como tercer escalafón piramidal en el control de licitud, nos hallamos, ya en el seno de la regulación de cada uno de los elementos esenciales del contrato, el artículo 1.275. A tenor de lo dicho con anterioridad, pocas dudas existen respecto a que es en este artículo donde el codificador ha instaurado el auténtico control de licitud causal. Dicho en otros términos, únicamente las razones subjetivas son las que afectan a la causa, pues las objetivas se identifican más con la falta de operatividad de la autonomía de la voluntad. En este sentido, pocas dudas existen respecto a que, únicamente, el examen de la causa concreta, en una clara actividad valorativa y, por tanto subjetiva del juzgador, hace posible determinar la conformidad del contrato respecto al ordenamiento jurídico en función a las razones que han movido a las partes a contratar y en qué medida éstas han sido incorporadas al mismo (45).

(41) RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 103.

(42) VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 49.

(43) La doctrina de la «interpretación flexible» ha sido desarrollada de forma extensa por el Tribunal Supremo en el ámbito contractual como forma de modulación de la nulidad como sanción cuando ésta se deriva de la vulneración de normas que no prevén de forma expresa las consecuencias de su infracción. En este sentido, para un examen detenido de este desarrollo jurisprudencial, vid. CARRASCO PERERA, A., «Artículo 6.3», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), T. XVII. 1.º-B. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 796-804.

(44) VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 49.

(45) ALONSO PÉREZ, M., «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Castán Tobeñas*, T. III, Universidad de Navarra, 1969, págs. 7-32; JORDANO BAREA, J. B., «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1041-1060; CLAVERÍA GONZÁLEZ, L. H., *La*

Visto este marco general, resulta evidente que, en el ámbito de los servicios, la licitud del objeto reviste un carácter especial. Ello es así porque, en el ámbito de las cosas objeto de contrato, éstas no son ilícitas por su propia naturaleza, sino que poseen una ilicitud sobrevenida por imperativo ilegal, impidiéndoles superar el control de licitud propio del objeto del contrato. De esta manera, se puede decir que la licitud en el ámbito de las cosas se encuentra directamente relacionado con la posibilidad legal de su comercialidad en el tráfico.

La situación descrita respecto a la licitud en el ámbito de las cosas debe ser matizada en el ámbito de los servicios. Dicha realidad se fundamenta en el diferenciado control de licitud que nuestro Código Civil impone a las cosas y a los servicios. Así, el artículo 1.271 de dicha norma, tipificador del control de licitud, señala en su párrafo primero que «*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres*» mientras que, en su párrafo tercero, nos indica que «*pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*». Vemos por ello que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito de las cosas, el control de licitud en el ámbito de los servicios es más mutable, pues la superación del mismo se articula, no sólo sobre la inexistencia de una norma prohibitiva (46), cuestión a todas luces evidente, sino, fundamentalmente, sobre un concepto jurídico indeterminado e interpretable como las buenas costumbres.

Con todo, respecto al control de licitud que recae sobre las cosas, parece necesario realizar alguna consideración. Así, con respecto a las cosas, suele distinguirse entre ilicitud objetiva y sobrevenida. La primera se produciría cuando el objeto contractual recayera sobre alguna de las cosas dotadas *per se* del carácter de la extracomercialidad (47), mientras que, la segunda, ven-

causa del contrato. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, págs. 67-115; TORRALBA SORIANO, V., «Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC*, 1966, págs. 661-708.

(46) Cabe señalar que, en el ámbito de las cosas, la extracomercialidad viene determinada, de manera casi exclusiva, por la existencia de una norma legal específica que determina su ilicitud, excluyéndolas del comercio. No obstante, existen determinados bienes que, a la luz del propio Código Civil, gozan del carácter de extracomercialidad: A) Los bienes de dominio público ex artículo 339. B) Las cosas que no son susceptibles de apropiación, por ser cosas comunes a todos o por quedar fuera del ámbito y del poder de apropiación del individuo (por ejemplo: el aire, la luz, etc.). C) Los bienes no incluidos en el patrimonio y, por tanto, sustraídos de la libre disponibilidad de los particulares (p.ej.: el estado civil de las personas). Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos de...», *ob. cit.*, pág. 209.

(47) Si bien la posición de la doctrina se decanta mayoritariamente por considerar fuera del comercio a las cosas inapropiables, esta posición no es unánime. Así, algún autor ha señalado que la extracomercialidad es «*aquella situación en que se encuentran determinadas cosas en sentido jurídico que las hace estar sustraídas del tráfico, mientras no se produce una circunstancia, legalmente prevista, que determine la posibilidad de ser*

dría dada por una norma prohibitiva. No obstante, en el ámbito de las cosas, esta situación puede ser simplificada. En los supuestos de ilicitud objetiva, esto es, objeto contractual que recae sobre cosas inapropiables, lo cierto es que el llamado control de licitud no tiene demasiado sentido. Y no lo tiene porque, con carácter general, las cosas que gozan de tal carácter no pueden ser objeto de contrato (art. 1261.2 del CC). De esta manera, más que de un objeto contractual ilícito, parece más propio hablar de la inexistencia del objeto. En los supuestos de ilicitud o extracomercialidad sobrevenida, tampoco sería necesario llegar al control de ilicitud, pues la cosa objeto del contrato contravendría la ley, la moral o el orden público (art. 1.255 del CC), encontrándose, no ante un supuesto de nulidad sino de inexistencia contractual.

En el ámbito de los servicios, parece evidenciarse aún más lo superfluo del control porque la ilicitud (48) es coincidente con los límites generales de la autonomía privada autónomamente considerada: uno puede obligarse por contrato a todo aquello que no sea contrario a las leyes, las buenas costumbres o el orden público (49) (arts. 1271.3 y 1.255 del CC). Consecuentemente, y al margen de la existencia de una norma positiva, la ilicitud del servicio será apreciada, en tanto en cuanto sea el resultado de la apreciación de las buenas costumbres y del orden público en cada momento. Por ello, los ejemplos clásicos de servicios ilícitos, no se identifican con prestaciones aisladas, sino con prestaciones realizadas en un contexto social determinados y/o con fines condenados por los valores morales imperantes (proxenetismo, arrendamiento de servicios de carácter indefinido).

Finalmente, cabe preguntarse la conveniencia de este doble control del objeto (el general del art. 1.255 y el particular del 1.271 del CC). Lo cierto es que, en el ámbito de los servicios, compartimos la idea de que la ilicitud referida al objeto, ex artículo 1.271 del Código Civil, no sólo resulta superflua sino también perturbadora (50). Y ello es así porque, si consideramos la licitud como un presupuesto esencial de la existencia del objeto contractual, en el supuesto de que incurra en ilicitud no existe otra salida que la declaración de inexistencia del contrato (51) por contravenir el artículo 1261.2 del Código Civil, lo que, como es natural, impide la producción de cualquier efecto jurídico. Por el contrario, si se entendiera la existencia del objeto dotado de una ilicitud sobrevenida, podrían entrar en juego diferentes tipos de ineeficacia. De esta manera, un contrato de servicios por el que una de las

objeto nuevamente de relaciones jurídicas normales» (vid. ALEGRE GONZÁLEZ, en *RDPr*, 1971, T. LV, págs. 139-148).

(48) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 51.

(49) RAMS ALBESA, J., «Artículos 1.271 y 1.272», *ob. cit.*, pág. 472.

(50) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 51.

(51) SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 259-260; ALONSO PÉREZ, M.^a T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, pág. 376.

partes se comprometa a matar a un tercero, es necesariamente nulo al contravenir directamente los fundamentos del ordenamiento jurídico y, en el propio ámbito regulatorio, los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil. No obstante, un contrato de prestación de servicios por el que una de las partes se compromete a prestarlos a perpetuidad, puede ser eficaz en su mayor parte, sufriendo tan sólo una ineeficacia parcial en aquello que ataña a la perpetuidad (art. 1.583 del CC).

B) *Possibilitas*

Que el objeto contractual debe ser posible es algo que, en principio, parece adentrarse en los parajes de la obviedad. Ello es así porque, como ya señalaron los clásicos, *impossibilium nulla obligatio est* (52). En efecto, es muy razonable el afirmar que nadie puede obligarse a algo que es imposible.

No obstante, en un examen detenido de la cuestión, el concepto de «posibilidad» no se nos manifiesta tan nítidamente como pudiera parecer, obligándonos a cuestionarnos que debemos entender por «posibilidad» como requisito estructural del concepto de servicio en particular y, del objeto contractual, en general. El planteamiento de esta cuestión, que dista mucho de ser novedosa, se ha resuelto por la doctrina señalando que, respecto a las cosas, el concepto de «posibilidad» se identifica con la existencia real de las mismas (53) o, de forma más exacta, con la propia existencia real y con la cualidad del poder ser de la cosa (cosa futura) (54). En el ámbito de los servicios, por el contrario, dicho concepto se identifica con la posibilidad de su íntegra prestación.

De esta manera, insistimos, tanto la existencia o la futura cualidad de existir (cosas) como la posibilidad racional de la ejecución de la prestación (servicios) se configuran, únicamente, como el requisito estructural que examinamos (posibilidad). En otras palabras, las cosas o servicios «imposibles» quiebran el requisito estructural. No obstante, es aquí donde nos encontramos con un debate doctrinal que bien puede expresarse en la pregunta de qué entendemos imposible. ¿Debe entender que el concepto de imposibilidad únicamente se identifica con lo que empíricamente (materialmente) ni existe ni puede existir (cosas) o con la prestación que no se puede ejecutar (servicios)? O, por el contrario, ¿podemos entender que la imposibilidad jurídica,

(52) D. 50, 17, 185. Cels. 8 dig.

(53) RAMS ALBESA, J., «Artículos 1.271 y 1.272», en *Comentarios al..., ob. cit.*, pág. 453.

(54) GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a J., «Artículos 1.271-1.272», en *Comentario del Código Civil*. PAZ ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L., SALVADOR, P. (dirs.). T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, 2.^a ed., págs. 473-476.

esto es, aquello que no puede existir, crearse (cosas) o ejecutarse (servicios) por imperativo normativo, incurre también dentro del concepto de imposibilidad? Nos encontramos así con dos vertientes de la imposibilidad, la empírica y la jurídica (55), una dualidad que genera el interrogante de si la imposibilidad jurídica incurre en el tipo estructural. Es lo que podríamos bautizar como el dilema de la imposibilidad.

A pesar de que existe la existencia de una opinión unitaria respecto al carácter estructural de la imposibilidad empírica, no es menos cierto que el concepto suele entenderse en un sentido amplio, abarcando también a la imposibilidad jurídica (56). Es una opinión que no podemos compartir. La imposibilidad empírica fundamenta su carácter estructural del tipo en la base de que, de no existir, no cabe una realidad (cosa o servicio) sobre la que se deposite el consentimiento (art. 1261.1 del CC). Resulta por tanto evidente que, al analizar el objeto contractual ante una situación de imposibilidad empírica, el contrato es doblemente inexistente: Por un lado, no cabe afirmar la existencia del objeto y, por otro, al no existir dicho objeto no existe una realidad sobre la que depositar el consentimiento contractual.

Esta situación no ocurre ante un supuesto de imposibilidad jurídica. En esa realidad, el objeto existe o puede existir *de facto* (cosa) o puede ejecutarse (servicio). La realidad de la cosa o del servicio existe y es posible. Cuestión diferente es que la propia existencia o cualidad de ser (cosa) o su ejecución (servicio) pueda ser antijurídico lo que, en puridad, nada tiene que ver con el examen del tipo contractual sino con una valoración jurídica que podrá tener consecuencias en el ámbito de la ineficacia (57), pero no en el ámbito de la estructura del tipo (58). Como acertada y concisamente señala VAQUERO PINTO, la ilicitud que entraña la imposibilidad jurídica no supone la valoración estructural, sino jurídica o moral, y corresponde al tratamiento funcional de la ineficacia (59). De modo ejemplificativo, y quizá trámoso, un contrato de compraventa de estupefacientes no parece reunir dudas acerca del objeto. El objeto, los estupefacientes, existen. Es una realidad posible sobre la que puede caer el consentimiento. Cuestión diferente es que dicho objeto no cumpla el requisito estructural de la licitud (*res*

(55) La imposibilidad de carácter legal o jurídico ha sido definido como aquel supuesto en el que «El objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida». Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos de...», *ob. cit.*, pág. 204.

(56) SAN JULIÁN PUIG, V., «El objeto...», *ob. cit.*, págs. 267-268.

(57) En concreto, en el ámbito jurisprudencial, los supuestos de imposibilidad jurídica son habitualmente reconducidos a la figura de la causa ilícita, lo que merece alguna crítica para algún sector doctrinal. En este sentido, vid. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Comentario a la sentencia de 30-12-1985», en *CCJC*, 10, 1986, págs. 3387-3394.

(58) GORDILLO CAÑAS, A., «Nullidad, anulabilidad...», *ob. cit.*, pág. 962.

(59) VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 53.

extracommercium). A mi juicio, es dicho requisito estructural (art. 1.255 del CC) y no éste (art. 1.272 del CC) el que debe realizar el control de la licitud. Cabe destacar que esta discusión no es nueva. Desde la perspectiva de la licitud como presupuesto objetivo del contrato, mucho se ha discutido acerca del control de licitud y, muy especialmente, poniéndose de manifiesto el altísimo grado de dificultad que existe para distinguir la imposibilidad jurídica del requisito estructural de la licitud (60).

A mi juicio, es esta una discusión poco fructífera a tenor de las consecuencias que, en los supuestos concretos, pueden producirse. Como señala M.^a T. ALONSO PÉREZ, acudir al concepto de la imposibilidad jurídica suele ser habitual en los contratos de servicios, concepto al que suele acudirse ante situaciones de infracción de la regulación de dichas profesiones (titulación, colegiación, etc.). De esta manera, se argumenta, que siguiendo el sentido amplio de la concepción de la imposibilidad, se entiende que no puede apreciarse el requisito estructural de la posibilidad lo que, irremediablemente, no nos deja otra salida que declarar la inexistencia del contrato (61). Lo cierto es que no podemos compartir esta opinión. Y no lo hacemos por dos razones diferenciadas:

Nos parece que no responde a la configuración que del régimen contractual realizó el codificador. En otras palabras, nos parece que, en buena medida, traiciona el orden en el que el tipo contractual debe ser analizado para determinar o no su existencia y eficacia. Y lo es porque el codificador estableció con claridad el control de licitud en sede de estructura contractual. Y lo hizo, en primer lugar, estableciendo el control de licitud cuya finalidad es determinar la posible antijuridicidad del contrato. Sólo gozando de la seguridad de que el objeto es lícito, el codificador pasó a exigir el requisito estructural de la posibilidad con el fin de garantizar la no efectividad *inter partes* de obligaciones respecto a cosas o prestaciones imposibles, esto es, cosas que, bien ni existen ni pueden existir, bien no pueden ejecutarse (servicios). Esta es la configuración originaria. Sólo posteriormente, y por razones que veremos a continuación, se crea el concepto de imposibilidad jurídica —que no es otra cosa que un ilícito que debía ser analizado con anterioridad— y que no se ajusta con holgura al corsé del requisito estructural de la «posibilidad». En este sentido, no deja de resultar paradójico aceptar la licitud del objeto contractual durante el control de licitud para des-

(60) Para un examen detenido de la cuestión, vid. DE LOS MOZOS, J. L., «El objeto del negocio jurídico», en *RDPr*, 1960, págs. 372-391; DE LOS MOZOS, J. L., «Voz “Objeto del negocio jurídico”», en *NEJS*, T. XVII, Barcelona, 1982, págs. 771-785.

(61) ALONSO PÉREZ, M.^a T., «Los contratos...», *op. cit.*, págs. 379-382.

pués, al examinar el requisito de la posibilidad del objeto, declarar su «imposibilidad jurídica», es decir, su antijuridicidad.

La aceptación del criterio amplio de imposibilidad, con el fin de englobar a la imposibilidad jurídica, únicamente tiene un fin, esto es, negar la existencia del tipo estructural de la «posibilidad» (art. 1.255) y no, únicamente, negar el requisito de la «licitud». Tras este regate interpretativo se encuentra el deseo de poder argumentar, sin dejar ninguna otra salida, la nulidad absoluta del contrato al carecer del requisito estructural de la «posibilidad». Debemos tener presente que las consecuencias entre una y otra opción pueden generar consecuencias de muy diversa índole. Negar el requisito estructural de la «posibilidad» conlleva la declaración de la inexistencia del contrato. No superar, por el contrario, el control de ilicitud, deja otras puertas abiertas, permitiendo a las partes elegir matizadamente el modelo de invalidez (nulidad parcial, si una parte del contrato puede sobrevivir sin la parte declarada nula o nulidad radical, si no es así). Ante esta realidad, ¿qué utilidad práctica otorga al tráfico contractual una interpretación, sin duda forzada, que otorga un régimen de nulidad más severo? La respuesta, en nuestra opinión, es que ninguna ventaja aporta por lo que tampoco ninguna utilidad.

C) *Determinación*

La necesidad de la «certeza» (art. 1.261 del CC) es el tercer requisito exigido por nuestro Código Civil al objeto en una relación de carácter contractual. No obstante, el objeto no sólo debe existir en el ámbito de lo puramente abstracto, sino que debe ser determinable conforme a su especie (art. 1.273 del CC). Es, a todas luces, una exigencia lógica. No pueden existir obligaciones contractuales si no se ha determinado en qué consisten tales obligaciones. En este sentido, cabe señalar que el propio concepto de la certeza posee un destacado aspecto subjetivo, cuando no psicológico, ligado a la convicción de la existencia del objeto. La certeza del objeto del contrato vendrá determinada por un conjunto de circunstancias, fundamentalmente, la información que sobre el mismo posean las partes lo que determinará la formación psicológica de la certeza, extremo que, gráficamente, ha llevado a algún autor destacado a señalar que el requisito de la certeza no se encuentra tanto en el objeto como en el sujeto (62).

(62) SAN JULIÁN PUIG, V., «El objeto...», *ob. cit.*, pág. 57.

En este sentido cabe destacar el *iter* realizado por el codificador a través de los requisitos que determinan la existencia del objeto contractual. Si con la «licitud» se estableció la barrera de entrada al tráfico contractual de aquellos objetos que no gozaban del carácter de la comercialidad y con la «posibilidad» se restringió el objeto contractual al mundo de lo real, del *factum*, con la «determinación» se produjo la incorporación de la realidad a la obligación o al contrato, lo que, consecuentemente conlleva que, en ausencia de determinación, lo que faltará realmente es el consentimiento contractual (63).

Con todo, la apreciación del requisito de la «determinación» no puede producirse, de igual modo, cuando el objeto se identifica con una cosa como cuando lo hace con un servicio. Los procesos de formación de la convicción son particularmente diferentes. La convicción de la certeza de una cosa vendrá dada por la constatación de un *factum*, de una realidad que puede responder a una comprobación empírica. Igualmente, su determinación responderá a una constatación empírica del *quid*, el *quale* y el *quantumque* (64) que forme, en las partes contractuales, la convicción de la certeza y la determinación. Por el contrario, y como es fácilmente entendible, no ocurre lo mismo en el plano de los servicios. La constatación de los requisitos de la certeza y la determinación son diferentes cuando éstos no se refieren a cosas sino a servicios. La pregunta es obvia. ¿Cómo logramos formar la convicción de las partes respecto a la presencia de los requisitos de certeza y determinación cuando el objeto contractual es el propio de las obligaciones de hacer? A mi juicio, una respuesta definitiva no es posible. En este ámbito, creo que debemos distinguir entre la certeza (art. 1.261 del CC) y la determinación (art. 1.273 del CC). La certeza de la existencia de una obligación, que por antonomasia pertenece en exclusiva al mundo de lo abstracto (ideas), no puede ser exigida en el ámbito de lo concreto (real). La exigencia de la convicción psicológica de las partes de lo cierto a través de la recepción sensorial y comprobación empírica del objeto del contrato, no es posible. Así, pensemos que la exigencia del requisito de lo «cierto» en el ámbito de las obligaciones nos conduce al concepto de «obligación cierta». Este concepto no puede identificarse con la obligación que, en un sentido jurídico existe, pues las obligaciones, en el ámbito del Derecho Privado que examinamos, nacen como consecuencia de un contrato que aún no existe. Asimismo, este concepto de «obligación cierta» no puede ser identificado con aquella obligación de hacer cuyo cumplimiento es posible, pues ello se identifica con el requisito de la posibilidad (art. 1.272 del CC) que, como se ha estudiado, es el segundo de los requisitos estructurales del objeto contractual. Por

(63) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 57.

(64) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Artículo 1.273», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), T. XVII, Vol. 2.^º, *Revista de Derecho Privado*, Madrid. 1995, 2.^a ed., págs. 470-518.

ello, entiendo que la formación de la convicción de «certeza» en el ámbito de las obligaciones de hacer debe formarse en el ámbito de lo abstracto y no en el de lo material. Por ello, entendemos que el concepto de certeza, respecto a la obligación de hacer, debe identificarse con el fin perseguido por la obligación de hacer (65), en definitiva, por el problema a resolver (66). No obstante, en las obligaciones de hacer siempre existirá un cierto grado de indeterminación o, más técnicamente, «determinabilidad», cuya admisibilidad dependerá, ex artículo 1.273 del Código Civil *in fine*, de la existencia de modelos o criterios de determinación (67) que excluyen la necesidad de celebrar un nuevo convenio entre los contratantes.

Ante esta realidad, que no deja de causar cierta inquietud en el ámbito de los servicios, la pregunta a responder es qué criterio de determinación debemos emplear para conseguir dar cumplimiento a la exigencia de «determinación» en el ámbito de las obligaciones de hacer (servicios). En este sentido, y a pesar de la advertencia razonable y razonada por la cual en los contratos de servicios el modelo de determinación de la prestación conlleva, necesariamente, un cierto grado de discrecionalidad de los sujetos de la relación contractual (68), lo cierto es que el modelo general de determinación del arbitrio del tercero (69) —previsto para el contrato de sociedad y de compra-

(65) En este sentido, parece acertada la afirmación de que, respecto a lo servicios, se logra cierto grado de certeza: «[...] a través de la indicación de un *opus* u otro resultado de la actividad a desarrollar» (vid. MORENO QUESADA, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», en *RDP*, 1976, págs. 467-502).

(66) ALONSO PÉREZ, M.^a T., «Los contratos de...», *ob. cit.*, pág. 371.

(67) En este sentido cabe señalar que, *a priori*, no existe en nuestro Derecho una enumeración de cuáles pueden ser los criterios de simple determinabilidad del objeto de los contratos, siendo posible, por tanto, establecer una amplia gama de posibilidades. Con todo, fundamentalmente, los criterios de determinación han sido estudiados partiendo de la distinción entre remisión en el propio contrato a criterios objetivos (arts. 1.447 y 1.448 del CC), o remisión al criterio subjetivo o arbitrio de un tercero o al arbitrio de una de las partes del negocio (arts. 1.447, 1.449 y 1.690 del CC). (MARTÍN PÉREZ, A., «Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria», en *RGLJ*, 1958, II, págs. 3-31). En este mismo ámbito, al tratar esta cuestión, algunos han señalado, por vía de ensayo, y en referencia al ámbito de las cosas, algunas posibilidades tales como: A) Las partes establecen únicamente un género al cual ha de pertenecer el objeto del contrato. B) Las partes han tenido a la vista, han examinado o han establecido unas muestras, con las cuales han establecido unas muestras con las cuales ha de ser conforme a la mercancía vendida: venta sobre muestras (art. 327 del Código de Comercio). C) Las partes se remiten a criterios exteriores en orden a la fijación de la cuantía o de la especie de la prestación (art. 1.448 del CC). Con el mismo fin, pero con una aplicación mayor al ámbito de los servicios. D) La determinación del objeto se remite al arbitrio de una tercera persona. E) La determinación del objeto del contrato se deja al arbitrio de una de las partes (vid. DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos...», T. I., *op. cit.*, págs. 211-212).

(68) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 59.

(69) El arbitrio del tercero como modelo de determinación del objeto contractual permite a un tercero, ajeno a la relación contractual, proceder a la determinación del objeto a través de posibles actuaciones: A) *Arbitrium boni viri*. B) *Arbitrum mere*. En

venta (arts. 1447.1 y 1.690 del CC) (70)—, junto con el modelo de determinación de arbitrio de parte (71), han sido ampliamente aceptados por la doctrina (72). De esta manera, como ha señalado la doctrina más destacada, se

el primer caso, el tercero fundamentará su decisión en función de criterios objetivos de equidad, pudiendo impugnar las partes su decisión ante la jurisdicción ordinaria si no existen dichos criterios objetivos. En el segundo caso, sin embargo, el tercero únicamente deberá actuar conforme con su leal saber y entender, siendo su decisión únicamente impugnable cuando se haya producido con mala fe. En este sentido, para un estudio en profundidad de dicho modelo de determinación, ROCA JUAN, J., *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria*, Anales de la Universidad de Murcia, X (1951-1952), págs. 435-465; DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.

(70) A pesar de que el Código Civil español únicamente prevé específicamente a estos dos supuestos concretos, es opinión mayoritaria que no existe dificultad en admitir con carácter general este modelo de determinación cuando las partes así lo hayan aceptado. En este sentido, cabe señalar lo habitual de la aplicación de dicho modelo en la determinación del precio, por ejemplo, en la retribución de servicios o el interés de un préstamo, aunque este modelo no opera exclusivamente en la determinación de la cantidad sino que puede operar para determinar extremos de otra naturaleza. Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 212.

(71) El arbitrio de una de las partes como modelo de determinación del objeto es una figura cuya admisibilidad dista de ser obvia. Y es así porque, si el Código Civil reconoce en determinados momentos la posibilidad del arbitrio de un tercero, lo cierto es que repetidamente hace lo contrario respecto al modelo de determinación que examinamos. Así, de forma específica, lo niega respecto a la compraventa en el artículo 1.449 y respecto a la designación de partes en la sociedad en el artículo 1.690 del Código Civil. Con todo, por si ello no fuera suficiente, el Código Civil también lo niega de forma general en el artículo 1.256, pareciendo eliminar cualquier sombra de duda acerca de la admisibilidad del arbitrio de parte al señalar que «*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*». A pesar de esta aparente imposibilidad, a mediados del siglo pasado surge en el Derecho español la llamada doctrina del arbitrio de equidad que terminó por conseguir algo que parecía imposible, esto es, la compatibilidad de este modelo con la tipificación normativa del Código Civil. Este regate doctrinal parte de una correcta interpretación del Derecho histórico. Se manifiesta así que, en este punto, el codificador bebió de las fuentes romanas que, como principio, prohibían remitirse al arbitrio de una las partes. No obstante, se señaló que, en el Derecho romano, si bien esta prohibición era cierta, también lo era el hecho de su permisibilidad cuando el arbitrio de una de las partes procedía de manera equitativa (*arbitrium boni viri*). Únicamente la regla general, cuyo fundamento es la ausencia de equidad, fue recogida en el proceso codificador. Por ello, cuando la nota de equidad existe, quiebra el fundamento de la prohibición, razón por la cual no parece incompatible este modelo de determinación del objeto entendido este como *reductio ad arbitrium boni viri*. En este sentido, afirman los creadores de la exitosa teoría analizada, que la determinación equitativa aislada de la pura idea de subjetividad es compatible con una prohibición que lo que pretende eliminar es la pura arbitrariedad (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, T. II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1954, págs. 29-30).

(72) HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas. Derecho de Obligaciones*, T. II, Espasa Calpe, Madrid, 1988, págs. 60-61; DÍEZ PICAZO, L., «La formación del contrato», en ADC, 1995, I, pág. 8; HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Artículo 1.273», en *Comentarios al..., ob. cit.*, pág. 517; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», en ADC, 1983, págs. 1469-1514.

produce la diferencia entre voluntad y arbitrio (73) o, aún más nítidamente, entre «voluntad arbitraria» —auténtica conducta cuya prohibición deseaba el codificador— y el auténtico *arbitrium boni viri*. La importancia de su diferenciación es crucial para determinar la validez del modelo de determinación del objeto. Así, mientras la «voluntad arbitraria» no es en absoluto tolerada, pues no está sometida a límite alguno sino al capricho injusto de la parte; el arbitrio que procede conforme a criterios objetivos, y por tanto constatables, fundados en la equidad (*arbitrium boni viri*), es plenamente admisible como modelo de determinación del objeto. No en vano, a tenor de lo visto, bien puede declararse que el arbitrio basado en la equidad en nada es arbitrario. Esto es, el *arbitrium boni viri* tiene más que ver con la justicia, como manifestación de la equivalencia de las prestaciones que debe regir el ámbito contractual, que con el arbitrio entendido como la voluntad no gobernada por la razón sino por el apetito o el capricho.

4.2. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN AL CRITERIO DE LA INMATERIALIDAD

A) *Obligación de medios y obligación de resultado*

Es una posición extendida en el seno de la doctrina y la jurisprudencia, la idea por la que el contrato de arrendamiento de obra se diferencia del de servicios en función del carácter de la prestación. De esta manera, en el contrato de servicios, el prestador se compromete únicamente a desarrollar el objeto de la obligación de forma diligente, mientras que, en el de obra, se compromete a obtener un resultado concreto. Así —se argumenta— el prestador en los contratos de servicios asumiría una obligación de mera actividad; en los de obra, una obligación de resultado. Este posicionamiento, que goza de una difusión indiscutible (74), presenta dificultades que trataremos de analizar.

En efecto, parece necesario detenerse en la piedra angular de este criterio diferenciador, esto es, en la capacidad de distinguir cuándo una obligación de hacer es de medios y cuándo, de resultado. A pesar de su aparente sencillez

(73) DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», T. I, *ob. cit.*, pág. 213.

(74) Para comprobar esta realidad, al margen del examen de la postura de la mayoría de la Doctrina, basta examinar el artículo 1.583 del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994, dirigida a modificar la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, cuyo texto se decantaba por la diferenciación de la naturaleza de la obligación (medios/resultados) como criterio diferenciador entre el contrato de arrendamiento de servicios (tipo general) y el de obra (tipo especial). Artículo 1.583 del Proyecto: «*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. Los contratos de trabajo se regularán por su propia regulación.*».

en abstracto, no siempre lo es en concreto. Realizar esta distinción fuera de los casos arquetípicos no resulta sencillo (75), razón por la que debemos preguntarnos qué criterio debemos emplear para realizar la misma.

En este sentido, parece existir acuerdo en que la autonomía privada de las partes, en el negocio jurídico, es el principal criterio a la hora de determinar si el negocio jurídico creado está configurado por obligaciones de medios o de resultado (art. 1.255 del CC); una opinión que, en último término, no es más que una mera aplicación de la teoría general de las obligaciones (76), ya que no existe precepto legal que altere la regla general. Pero, el problema se plantea cuando del acuerdo que constituye el negocio jurídico, no se desprende claramente la voluntad de los contratantes. A nuestro juicio, y sorprendentemente es algo que parece obviar la doctrina, la voluntad de las partes deberá buscarse en los actos de éstos, y muy especialmente, en los coetáneos y posteriores al contrato (art. 1.285 del CC). Con todo, parece evidente que la mera aplicación de este criterio no resultará siempre suficiente. Por ello, en una postura inspirada claramente en el artículo 1.285 del Código Civil, se ha manifestado por parte de la doctrina que es preciso examinar el conjunto de cláusulas contenidas en el contrato al constituir éstas indicios reveladores de la intención de las partes (77) contratantes (78). Con todo, en múltiples

(75) Así lo señala VAQUERO PINTO poniendo como ejemplos arquetípicos y como: «[...] obligación de resultado la del transportista o la del contratista de obras quienes ni pueden pretender haber cumplido su prestación, sino cuando realizan el concreto opus o resultado debido: la traslación, en el espacio y sin daño, de las cosas o personas transportadas al punto de destino; la realización de la construcción o reparación comprometidas. Son normalmente obligaciones de actividad o de medios las del médico, del abogado o del mandatario y gestor de negocios. El médico cumple su obligación cuando desarrolla el conjunto de actuaciones exigibles a un profesional normal, en las circunstancias del caso, aunque el paciente no haya sanado porque no debe la curación. Lo mismo puede decirse del abogado, mandatario o gestor de negocios que cumplen si despliegan su actividad diligente, aunque el fallo judicial sea adverso para el cliente, o el resultado de la gestión haya sido perjudicial para los intereses del mandante o del *dominus negotii*». VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 111.

(76) DÍEZ PICAZO L., «Fundamentos...», T. II, *ob. cit.*, pág. 141.

(77) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de alguna jurisprudencia reciente», en *ADC*, 1991, págs. 5-96. Es destacable que en el fundamento del artículo 1.285 del Código Civil se encuentra esta idea. La única diferencia radica en la finalidad perseguida. Mientras el artículo 1.285 del Código Civil pretende hallar la intención de los contratantes para arrojar luz sobre el sentido de una de las cláusulas del contrato, en el caso que nos ocupa, la finalidad es determinar si en la voluntad de las partes se encontraba el deseo de asumir la obtención de un resultado concreto (obligación de resultado) o la mera realización de una actividad (obligación de actividad). Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Artículo 1.285», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M., T. XVII, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 41-42.

(78) De un rápido examen a los distintos y múltiples criterios que han sido planteados por la parte de la Doctrina, se desprende el hecho de que muchos de ellos, en realidad, no dejan de ser meros elementos de inducción de la voluntad contractual. Tal es el caso,

ocasiones, el despliegue de esta conducta tampoco genera resultados fructíferos. Ante esta situación, la pregunta vuelve a ser que cómo clasificamos la obligación, como de actividad o como de resultado. En este sentido, la doctrina ha desarrollado un conjunto de criterios de los que señalaremos los más relevantes:

- Criterio del *alea* y del *facere debido*: Conforme a este criterio, que sin lugar a dudas es el que goza de mayor apoyo tanto doctrinal como jurisprudencial, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control —la disposición anímica o los hábitos del paciente, en el caso del médico, o la formación y el talante de los Jueces, en el caso de los abogados—, no deben considerarse incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un *facere*, sino que deben clasificarse como tales obligaciones de medios. En este sentido, significativo es el pronunciamiento del TS en sentencia de 4 de marzo de 1993 al señalar que «[...] *la obligación del profesional sanitario no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, ya que está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia (lex artis ad hoc) y la situación actual de los conocimientos en medicina*» (79). No obstante, este criterio tampoco está libre de controversia. Como ha puesto de relieve la doctrina francesa (80), es necesario no olvidar que todas las obligaciones contractuales presentan un determinado nivel de riesgo, intrínseco al negocio jurídico. Diferenciar entre este normal riesgo obligatorio y las auténticas obligaciones aleatorias (obligaciones de medio) es un inconveniente que se ha intentado resolver a través de la conjugación de la intervención activa o pasiva del acreedor en el cumplimiento de la obligación (81). De esta manera, se argumenta, si el acreedor posee una conducta activa, debe valorarse la obligación como de medios mientras que, si posee una pasiva, será un in-

por ejemplo, del llamado criterio de la naturaleza de la actividad desplegada. De acuerdo con el mismo, las actividades propias de profesionales liberales asumirían siempre obligaciones de medios mientras que las actividades propias de los oficios se identificarían con obligaciones de resultado, puesto que éste se obtiene normalmente si la actividad se realiza conforme a la *lex artis*. Para un examen detallado de la cuestión, vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 44-45.

(79) STS de 4-3-1993 (*RJ* 1993/2001).

(80) FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, págs. 135-137.

(81) LE TOURNEAU, P. H., «*La responsabilité...*», *ob. cit.*, págs. 420-421.

dicio que nos indicará que nos encontramos ante una obligación de resultado (82).

- *Criterio de la determinación de la prestación:* Conforme al mismo, la naturaleza de la obligación vendrá determinada por la precisión y por los contornos jurídicos con los que el prestador se compromete a cumplir la obligación. Por ello, cuando existen contornos jurídicos claros y precisos, el prestador asume una obligación de resultado; cuando éstos no existen, asume una de medios (83). A nuestro juicio, la conveniencia de la adopción de este criterio es más que criticable. Y lo es por dos razones diferenciadas: *a)* El propio concepto de contornos jurídicos claros es un concepto jurídico indeterminado. ¿Cuándo se considera que la regulación contractual es lo suficientemente clara? Lo lógico sería entender que eso ocurriría cuando del conjunto del clausulado se pudiera extraer con claridad la voluntad de las partes contratantes; realidad que nos llevaría al criterio diferenciador que ya anunciara JORDANO (84). *b)* La solución a la que se llega es extraordinariamente simple: Cuando los pactos contenidos en el contrato no sean exhaustivos, teniendo, por tanto, el deudor cierto margen de acción, la obligación deberá ser considerada como de medios; siéndolo de resultado, en el caso contrario. Conforme a este criterio, en un contrato de prestación de servicios médicos de intervención quirúrgica en el que el cirujano determinara las actuaciones a realizar, éste asumiría una obligación de resultado y no de servicios; conclusión que, a todas luces, no resulta satisfactoria.
- *Criterio de la equidad:* El recurso al principio de la equidad es el último de los criterios que, especialmente en el ámbito del Derecho francés, ha gozado de cierta difusión. Como es fácilmente imaginable,

(82) A nivel internacional, este criterio se encuentra recogido en el artículo 5.5.d) de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI) de la UNIDROIT (www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf). Dicho precepto señala: «Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores: *a)* los términos en los que se describe la prestación en el contrato; *b)* el precio y otros términos del contrato; *c)* el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; *d)* la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación». De manera gráfica, los propios Principios ejemplifican el apartado *d* de la siguiente manera: «“A” se encuentra en condiciones de proveer a “B” de la asistencia técnica necesaria para aplicarla a nuevos descubrimientos en procesos químicos. “A” conviene con “B” en que éste enviará algunos de sus ingenieros para asistir a un curso de capacitación organizado por “A”. “A” no puede garantizar que “B” llegue a conocer en profundidad los nuevos procesos químicos, ya que dicho resultado dependerá, en parte, de que “B” efectivamente envíe a sus ingenieros al curso de capacitación, de la capacidad de estos ingenieros y de su atención durante el curso».

(83) FROSSARD, J., «La distinction des...», *ob. cit.*, pág. 167.

(84) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y...», *ob. cit.*, pág. 60.

la clasificación de la obligación del deudor como una obligación de medios o de resultado tiene consecuencias directas posteriormente, en el momento del examen de la responsabilidad del deudor. En función de que la obligación tenga uno u otro carácter será exigible un mero *opere* o un auténtico *opus*. Así, en función de que el criterio adoptado otorgue a la obligación un carácter de medio o de resultado, el acreedor o el deudor pueden ser colocados en una situación de privilegio. Ante esta realidad, el criterio de la equidad propone que, en determinados casos, se estime la existencia de una obligación de medios o de resultado en función de cual de estas naturalezas obligacionales favorezca al acreedor que, víctima del daño ante un incumplimiento, debe ser colocado en la mejor posición posible para exigir la correspondiente responsabilidad al deudor. Viendo lo anterior, en base al principio de equidad, la doctrina francesa ha entendido que deben ser consideradas obligaciones de medios aquellas cuyas prestaciones contractuales posean un carácter gratuito (85), aquéllas en las que el acreedor participe en la prestación (86) o en las que el deudor esté sometido al acreedor (87). Por el contrario, como nos recuerda VAQUERO PINTO, conforme al criterio de la equidad, «*son circunstancias que favorecen la calificación de la obligación como resultado: el papel pasivo del*

(85) Comparto con TRIGO GARCÍA la idea de que la mera gratuitad de la prestación no posee la entidad suficiente para atribuir la naturaleza de medios a la obligación. La gratuitad puede indicar, en concurso con otras circunstancias, que la voluntad contractual de las partes iba dirigida a configurar una obligación de medios, pero no cabe extraer de ello una regla general. Vid. TRIGO GARCÍA, M.^a B., «Contrato de servicios...», *ob. cit.*, págs. 202-203. De opinión contraria, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las obligaciones de...», *ob. cit.*, pág. 121.

(86) Obtener una regla general a partir de la conducta participativa del acreedor resulta, cuando menos, arriesgado. Imaginemos al propietario de una vivienda que contrata, con un grupo de operarios, la realización de determinadas reformas, participando él mismo en una parte de las mismas. Conforme a lo que antecede, podría surgir la duda acerca de si la obligación asumida puede ser calificada como una obligación de medios en vez de una auténtica obligación de resultado. Paradójicamente, la aplicación de tal criterio, en el supuesto señalado, resulta tremadamente injusto con el acreedor a quien, presumiblemente, se pretende proteger.

(87) La imprecisión del concepto de sumisión del deudor frente al acreedor parece configurarse, más que como un criterio, como una excusa que permita al operador jurídico, en el momento de calificar la naturaleza de la obligación, adoptar la decisión que más favorezca al acreedor. Ello es así porque no sólo en las obligaciones de medios el deudor está sometido al acreedor, sino también en las de obra. De esta manera, el carpintero, que construye unas puertas conforme a unas determinadas indicaciones, se encuentra sometido al acreedor que dicta las mismas. Ciento es que, en las obligaciones de actividad, el prestador del servicio goza de una mayor independencia, pero ésta nunca es absoluta. Pensemos en la actuación de un abogado a lo largo de un proceso judicial. El mismo desempeña su actividad con cierta independencia pero, a lo largo del proceso, debe contar con la aprobación de su cliente. La dependencia, en un sentido amplio, existe en ambas naturalezas obligatorias.

acreedor; la constatación de una situación de inferioridad del acreedor en la relación con el deudor; la fiabilidad de las técnicas y los instrumentos utilizados por el deudor para el cumplimiento de su obligación» (88).

B) *Otros criterios diferenciadores*

Basta examinar la literatura jurídica, en el ámbito del contrato de servicios, para comprobar que la diferenciación tradicional entre obligaciones de medios y de resultado sigue gozando de un éxito indudable. Y ello a pesar de que, desde que dicha distinción obtuvo difusión, fue sometida a duras críticas.

Así, se señaló la relatividad subjetiva existente en la apreciación de una obligación de medio y otra de resultado. En definitiva, dicha distinción lleva aparejada una decisión sobre la función teleológica de la obligación, un proceso decisorio éste que, en múltiples ocasiones, es hermenéuticamente complejo, cuando no imposible. Tal es así que, en múltiples ocasiones, una obligación puede ser clasificada como de actividad o como de resultado, en función de la posición subjetiva que se adopte.

Como es fácilmente comprensible, estas críticas arrojan serias dudas sobre el propio criterio clasificatorio. Esta situación, de cierta subjetividad, en la función teleológica de la obligación, ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que, en realidad, todas las obligaciones de medios son obligaciones de resultado. No en vano —se argumenta— «[...] lo que se llama obligaciones de medios no son sino obligaciones en las que el objeto se ha precisado estrechamente, mediante un resultado fragmentario, por una tarea parcial tocante a un objeto más extenso que, sin embargo, ha quedado fuera de la obligación» (89). De ahí, lo ideal es garantizar más rígidamente la posición del acreedor, posición reforzada que, en último término, «*beneficia el espíritu de los negocios*» (90).

Como era de esperar, la reacción de los defensores de la distinción no se hizo esperar, señalando que las críticas son «meras distinciones terminológicas que no suponen un inconveniente serio para el establecimiento de la distinción» (91). Según lo anterior, si bien es cierto que de las obligaciones de medios, el deudor espera un resultado, esa cuestión no impide establecer

(88) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 116.

(89) MARTON, M. G., «Obligations de résultat et obligations de moyens», en *RTDC*, 1935, págs. 499-543.

(90) WIGNY, M. P., «Responsabilité contractuelle et force majeure», en *RTDC*, 1935, págs. 19-95.

(91) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios...», *ob. cit.*, págs. 12-20.

la distinción. Como señala JORDANO, si bien es cierto que el deudor, en cualquier obligación, debe siempre esperar un resultado, también lo es que el contenido de ese resultado debido puede definirse o configurarse de distintas maneras. En las obligaciones de hacer siempre podrán distinguirse los casos en los que el finresultado al que se encamina la conducta debida por el deudor se incorpora a la prestación, de aquellos otros casos en los que no se incorpora a la misma (92). En el primer caso, el resultado debido por el deudor es la realización del *opus*; en el segundo, el resultado debido es sólo el despliegue de una conducta diligente, destinada al logro de un fin posterior que resulta excluido de la obligación (93).

A pesar de lo problemático que resulta la incorporación indubita del interés del acreedor a la prestación, como principio general, lo cierto es que el gran problema del criterio diferenciador, que hasta ahora hemos analizado, es que no permite identificar categorías de contornos definidos. Establecer, con el círculo de los principios generales, una marca que establezca con claridad cuáles son los tipos obligatorios que se incorporan al ámbito de los contratos de servicios (tipo general) y cuáles a los de obra (tipo específico) no es posible. Y ello es así, entre otras razones, porque, en ausencia de un régimen jurídico único que regule los contratos de servicios e imponga normas específicas, todas las relaciones contractuales pueden ser convencionalmente alteradas por las partes (art. 1.255 del CC), lo que conlleva la posibilidad de que, al examinar una determinada relación obligatoria, en ella concurren todos o algunos de los rasgos que caracterizan a una obligación de medios o de resultado (94).

Con todo, a pesar de las críticas, no existe ninguna duda acerca del éxito del criterio tradicional, pero ello no ha evitado que existan otros criterios delimitadores. Dichos criterios, si bien no han sido capaces de obtener la posición de prevalencia que el criterio tradicional ostenta en el tráfico, deben ser tenidos en cuenta. Y deben serlo porque, en situaciones en las que la calificación del tipo contractual sea dudoso —cuestión nada extraña teniendo

(92) La apreciación de que el interés primario del acreedor pueda o no incorporarse a la prestación, en cualquier situación, ha sido recientemente cuestionado. No sin razón, se afirma que en la determinación de ese interés primario existe una cierta dosis de arbitrariedad doctrinal. Y reveladoras me parecen las palabras de VAQUERO PINTO cuando señala que esta arbitrariedad existe, incluso «[...] en los supuestos arquetípicos. ¿Por qué el interés primario del acreedor debe ser necesariamente en un contrato de obra la conclusión de la misma y no un negocio especulativo posterior proyectado por el comitente? ¿Por qué el interés primario del acreedor de unos servicios médicos debe ser necesariamente la curación y no la supresión de un dolor incurable? ¿No sería más prudente entender que cada compromiso obligatorio es único y que en cada uno de ellos la extensión de la prestación aparece determinada por intereses que las partes han decidido incorporar?» (vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 120).

(93) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios...», *ob. cit.*, págs. 13-14.

(94) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 121.

en cuenta el grado de arbitrariedad que es intrínseco a la apreciación del interés primario del acreedor—, estos criterios pueden resultarnos tipológicamente útiles, pues nos ayudan a realizar una correcta calificación del tipo en aquellas situaciones en las que concurren con otros criterios de la misma naturaleza.

1. El criterio de la subordinación o dependencia

La subordinación del deudor de la prestación respecto al acreedor es uno de los criterios diferenciadores del tipo que ha gozado de cierta difusión doctrinal. Así, se entiende que, cuando el deudor depende directamente del acreedor, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios; por el contrario, cuando tal dependencia no existe, nos hallamos ante un arrendamiento de obra.

Asimismo, este criterio no está exento de problemas. El concepto de dependencia es un concepto difuso que debe ser acotado (95). Por ello, en el ámbito civilista, el concepto de dependencia se ha entendido ora en sentido técnico, ora en sentido económico. En el primero, el concepto de dependencia, en sentido técnico, ésta se identifica con la ausencia de libertad en la ejecución de la prestación. El deudor se ve obligado a realizar la obligación de hacer bajo las directrices del acreedor. Y lo cierto es que esta realidad nos recuerda indefectiblemente a las relaciones laborales. Y no es causal que así sea. No en vano, este criterio fue elaborado, en los albores del derecho laboral, con una clara inspiración en la figura romana de la locación. Pues bien, en una de las modalidades —la *locatio operarum*— identificada con el arrendamiento de servicios y con los trabajos que no requerían cualificación alguna (servicios domésticos y agrícolas principalmente), la ejecución del deudor debía ceñirse a las instrucciones del acreedor. Por el contrario, para trabajos cualificados, y en el seno de la *locatio conductio operis* —arrendamiento de obra—, el deudor realizaba con total libertad su trabajo, debiéndolo entregar únicamente al acreedor una vez finalizado. Esta realidad histórica sigue encontrándose en el sustrato de este criterio, esto es, la ejecución de las prestaciones que no requieren cualificación y que se encuentran subordinadas al

(95) El concepto de dependencia se ha entendido tradicionalmente que nace de cuatro elementos diferenciados: A) El moral, que se concreta en el respeto al empleador. B) El técnico, que se basa en el reconocimiento de la superioridad de conocimientos del empleador. C) El económico, que se fundamenta en el reconocimiento de que éste conoce mejor que los empleados lo que patrimonial y financieramente conviene más a la empresa y en el derecho organizativo del empleador como propietario del negocio, y D) El jurídico, que implica la cesión del resultado del trabajo. Vid. BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*. V. I.^o, 12.^a Ed., Marcial Pons, Zaragoza, 1978, págs. 18-23.

deudor serían calificadas como arrendamiento de servicio. Por el contrario, aquellas otras prestaciones cualificadas, cuya ejecución no se hallare sometida a las instrucciones del acreedor, serían calificadas como arrendamiento de obra. En este sentido, pensemos que la ejecución de las prestaciones no cualificadas puede generalmente estar sometida a la voluntad del acreedor (por ejemplo, el empleado doméstico que realiza las labores del hogar de una determinada manera), pero no así las cualificadas (por ejemplo, pensemos en lo absurdo de un cirujano que realice su prestación —una operación de corazón— siguiendo las instrucciones del paciente o la del escultor cuya ejecución es guiada por quien encargó la obra).

No es de extrañar, por tanto, que la calificación del tipo contractual conforme a la cualificación del deudor —y en íntima relación con la dependencia, en sentido técnico— haya sido mayoritariamente descartada por la doctrina (96). Desde la perspectiva actual, resulta evidente que prestaciones cualificadas —pensemos en cualquier profesión liberal de carácter intelectual— se ajustan a la perfección al concepto de contrato de servicios. No en vano, una misma prestación, conforme a la voluntad establecida por las partes, puede articularse en una relación obligatoria que constituya un arrendamiento de servicios o de obra (por ejemplo, pensemos en el abogado que, en el marco de un contrato de servicios de asesoramiento, solventa una serie de cuestiones jurídicas al Consejo de Administración de una Sociedad. Dicho profesional presta un servicio en el sentido jurídico, pero si dicho profesional celebra un contrato de obra en el que se compromete a solventar dichas interrogantes, no estaríamos ante un contrato de servicio, sino de obra) (97).

El concepto de dependencia se ha empleado también en sentido económico. Bajo esta perspectiva, este concepto se identifica con la obediencia a las órdenes contractuales, sobre el trabajo, emanadas del empresario (98). De este modo —se argumenta— el deudor de la prestación, en el contrato de

(96) DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontatos. Enriquecimiento sin justa causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, 6.^a ed., Madrid, 1996, pág. 429; ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, T. II. Derecho de Obligaciones. Vol. II. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 9.^a ed., Barcelona, 1994, págs. 304-305; SOLÉ RESINE, J., «Los contratos de...», *op. cit.*, pág. 24; VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 80.

(97) Aunque esta idea sería defendida por la mayor parte de la doctrina, defensora asimismo de la validez del criterio diferenciador entre obligaciones de medios y resultados, esta opinión no es unánime. Veremos cómo, conforme al recientemente propuesto criterio de materialidad, ambos supuestos serían calificados como contratos de servicios (vid. *infra*. Ep. 4.2.B.4).

(98) ENNECERUS, L. y LEHMAN, H., *Tratado de Derecho Civil. T. II. Primera Parte. Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1966, pág. 86; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en particular. T. II, Vol. V*, Barcelona, 1982, pág. 430; DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil. T. I. Parte General. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1988, pág. 523.

servicios, se encuentra sometido económicoicamente al acreedor, es decir, que el primero está en una situación de dependencia con respecto al segundo y esto es lo que, en último término, explica el porqué de la obediencia de las órdenes. Esta concepción, sin lugar a dudas, pertenece al pasado. Y ello es así porque esta realidad tenía sentido cuando el derecho laboral no existía, cuando el deudor (trabajador asalariado) se encontraba realmente en una situación de dependencia, puesto que el salario recibido del acreedor constituía su modo de subsistencia. Con el nacimiento del Derecho Laboral, estas relaciones, anteriormente sometidas al arrendamiento de servicios, pasaron a regularse por la más específica regulación laboral. Esta relación de subordinación económica caracteriza a los servicios prestados por los trabajadores por cuenta ajena, pero no a los servicios que quedan excluidos de la relación laboral (99); servicios cuyos prestadores son, además, en muchos casos, empresarios (paradigmático, por ejemplo, es el supuesto de las empresas de catering). Vemos, por tanto, cómo es un criterio que, aunque está ampliamente superado, su análisis se justifica por la difusión que dicho criterio gozó en el pasado.

2. La forma de fijar la remuneración

La forma de fijar la remuneración constituye otro de los criterios destinado a clasificar las relaciones obligatorias en el marco del contrato de arrendamiento de servicios o de obra. El criterio en sí dista de ser complejo. Mientras el deudor de la prestación en un contrato de servicios fija la remuneración en proporción al tiempo empleado, el prestador de un contrato de obra, por el contrario, fijará la misma, no en función del tiempo empleado, sino en función de la importancia de la obra. Por eso, se interpreta que el Código Civil, cuando manifiesta *ejecución de obra*, se refiere a una prestación caracterizada por estar retribuida con un precio a tanto alzado. Asimismo, cuando habla de *prestación de un servicio*, hace referencia a una prestación caracterizada por estar retribuida en función del tiempo (100) empleado por el deudor en su ejecución.

(99) Para una visión general sobre la diferenciación existente entre el contrato de arrendamiento de servicios y obra y el contrato de trabajo, vid. SOLÉ RESINE, J., «Arrendamiento de obras...», *ob. cit.*, págs. 117-140.

(100) En algunos ordenamientos extranjeros se ha desarrollado la llamada «Teoría del tiempo», la cual se constituye en un auténtico criterio diferenciador entre el tipo contractual general (contrato de servicio) y el especial (contrato de obra). De esta manera, el contrato de servicio se identificaría con aquellas prestaciones que tuvieran cierta durabilidad en el tiempo, esto es, que la prestación se ejecutara durante un determinado lapso de tiempo. Por el contrario, los contratos de obras se caracterizarían por la ejecución en uno o varios momentos puntuales. Como señala VAQUERO PINTO, lo cierto es que esta

Pocas dudas existen de que una interpretación de estas características sólo tiene sentido a la luz de su devenir histórico. Al igual que el Código Civil francés, el Código Civil español establecía la remuneración como criterio diferenciador principal del arrendamiento de obra; realidad que, en nuestro Código Civil se manifiesta en la Sección 2.^a del Capítulo III del Título VI del Libro IV, la cual lleva por título: «*De las obras por ajuste o precio alzado*» (101).

Con todo, a pesar de que, por un lado, el Código Civil se refiere expresamente a la retribución de las obras por piezas, por medidas o por un ajuste alzado [arts. 1.592 (102) y 1.593 (103) del CC] y que, por otro, el propio codificador se refiere indirectamente a la forma de retribución en función del tiempo empleado en los contratos de servicio» [art. 1.583 (104) del CC], la doctrina ha rechazado mayoritariamente el criterio remuneratorio como un criterio diferenciador de carácter sustancial, si bien puede resultar de utilidad como instrumento auxiliar para la calificación del tipo (105).

La razón de esta negativa proviene de dos frentes determinados: A) En el supuesto de dos relaciones jurídicas en las que se promete la misma pres-

teoría carece de cualquier apoyo normativo en nuestro ordenamiento (art. 1.583 del CC) (vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 82). Algún autor, en el pasado, expresó una idea muy similar a ésta, indicando que, en realidad, lo que diferenciaba al contrato de obra del de servicios era que, en el primero, se trataba de concentrar las energías hacia un resultado determinado y un momento también determinado y, en el segundo, se trata de la vinculación de dichas energías durante un lapso de tiempo (vid. SANTOS BRIZ, J., «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», en *RDPr*, 1972, págs. 379-419).

(101) La inspiración respecto al Código Civil francés está fuera de toda duda. Basta observar la regulación que de la figura del arrendamiento realiza el codificador napoleónico para observar que, al regular las modalidades del arrendamiento de obra e industria, se refiere especialmente a los contratistas de obras a presupuesto o ajuste (*Des devis et des marches*). No es de extrañar, por tanto, que, en la doctrina francesa, este criterio gozara de un razonable apoyo doctrinal (vid. PLANIOL, L. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit Civil*. T. II. *Obligations. Contrats. Sûretés Réelles*, París, 1943, pág. 893).

(102) Artículo 1.592 del Código Civil: «*El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha*».

(103) Artículo 1.593 del Código Civil: «*El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en 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; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario*».

(104) Artículo 1.583 del Código Civil: «*Pueden contratarse toda clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*». A la luz de este precepto, podemos observar cómo el codificador alude al elemento temporal, constituyéndolo como un elemento esencial del tipo.

(105) IZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil...», *ob. cit.*, pág. 49; TRIGO GARCÍA, M.^a B., «Contrato de servicios...», *ob. cit.*, pág. 183; CORDECH, P., «Artículo 1.588», *ob. cit.*, pág. 1181.

tación, pero se modifica únicamente la forma de cuantificar el precio, sería contrario a la equidad aplicar regulaciones distintas a problemas iguales (106). B) He aquí, a nuestro juicio, el principal argumento. Nada impide que, a pesar de no ser lo habitual, las partes puedan fijar una remuneración a tanto alzado en un contrato de servicios o una remuneración conforme al tiempo empleado por el prestador en un contrato de obra (107).

Que las partes puedan alterar la forma de fijar el precio, no significa que el codificador no dibujara estas figuras con el pincel de la remuneración. No obstante, es sólo una característica más, no una característica esencial.

3. El criterio del objeto de la obligación de hacer

El establecimiento del objeto de la obligación como criterio diferenciador entre el arrendamiento de servicios y el de obra es, sin lugar a dudas, uno de los criterios más populares en nuestra doctrina. El criterio podría definirse de la siguiente manera: Si el objeto de la obligación promete una mera actividad, nos encontramos ante un contrato de servicios. Por el contrario, si dicho objeto promete el resultado de una actividad o trabajo, esto es, una obra finalizada y completa, nos encontraríamos ante un contrato de arrendamiento de obra (108).

De esta forma, se afirma, en el contrato de arrendamiento de obra, es el deudor quien asume la responsabilidad por la obtención de un resultado y que

(106) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 83; SOLÉ RESINE, J., «Los contratos de...», *ob. cit.*, pág. 16.

(107) Esta posibilidad, como, a nuestro juicio, no podía ser de otra manera, a la luz del artículo 1.255 del Código Civil, ha sido reconocida a nivel jurisprudencial: Así, señala el Tribunal Supremo que, «[...] la fijación de una cantidad global a abonar [...] no constituye un dato favorable a las tesis [...] [de la existencia de un contrato de obra] ya que la retribución de los servicios puede, sin inconveniente alguno, señalarse de esta manera sin que tal circunstancia excluya la calificación contractual como arrendamiento de servicios ni conduzca a entender que nos hallamos ante un contrato de obra». STS de 7-2-1997 (*RJ* 1995/745).

(108) Con un apoyo normativo más clarificador, ésta es la posición adoptada por el BGB alemán. Así, el §611 señala: «*Por el contrato de servicios, aquél que promete los servicios se obliga a la prestación de los servicios prometidos y la otra parte a procurar la remuneración pactada. Pueden ser objeto del contrato de servicios, servicios de cualquier clase.*» Igualmente, y en relación al contrato de obra, su §631 señala: «*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.*» Esta es una realidad que no debe extrañarnos. El acierto del codificador alemán fue establecer con claridad los dos tipos contractuales (servicios y obra), realidad que, en el proceso codificador español, no se produjo por el apego a la figura romana de la locación y a la influencia de la pandectística (vid. *supra* Ep. 3).

es precisamente esta nota lo que lo distingue del contrato de arrendamiento de servicios (109). Con todo, este criterio no se ha mantenido únicamente en el plano doctrinal. La jurisprudencia patria también recoge esta opinión en un número significativo de resoluciones; así, a modo ilustrativo, en relación a un litigio en el que se dilucidaba el carácter de un proyecto arquitectónico, nuestro Tribunal Supremo señaló: «*Y es que el recurrente, ya de partida, califica mal el contrato como de arrendamiento de servicios, siendo así que lo fue de obra, pues lo que el profesional se comprometió a prestar al comitente no era su simple actividad, sino el resultado de la misma ajustado a las instrucciones recibidas*» (110).

A pesar de todo, la operatividad de este criterio encuentra dos importantes contratiempos. En primer lugar, en múltiples ocasiones, para apreciar el carácter de la obligación de hacer, es preciso calificar la obligación como de actividad o resultado, cuestión que si bien en abstracto es una tarea sencilla, no siempre lo es en el plano de lo concreto. En segundo lugar, la afirmación por la cual el deudor asume la responsabilidad por la obtención de un resultado es, a nuestro juicio, cuando menos dudosa. Y lo es porque parece confundirse la asunción de la obligación de cumplimiento con los criterios de imputación de la responsabilidad. En un contrato de arrendamiento de obra, el deudor se compromete a un resultado efectivo, sin embargo, en caso de incumplimiento, habrá de determinarse si es o no responsable conforme a los criterios de imputación correspondientes. En un régimen único de responsabilidad para el arrendamiento de servicios, régimen este que defendemos, una vez producido el incumplimiento, habrá que proceder a la imputación de la responsabilidad tras el examen de la concurrencia de los criterios de imputación —dolo y culpa—, no siendo, en ningún caso, a nuestro juicio, una imputación automática u objetiva, como propugnan aquellos que defienden la aplicación de un régimen dual de responsabilidad para el contrato de servicios y obra (111).

(109) ROCA TRÍAS, A., «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos», en *RDPr*, 1976, págs. 783-797; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español. T. III. Obligaciones y Contratos*, 3.^a ed., Madrid, 1976, pág. 140; SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 586; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil...», *ob. cit.*, págs. 42-43; FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 49-50; GETE ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Estructura y función...», *ob. cit.*, pág. 664; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil. II. El contrato en...», *ob. cit.*, pág. 449.

(110) STS de 10-2-1987 (*RJ* 1987/703). En el mismo sentido, STS de 11-3-1991 (*RJ* 1991/2209); STS de 7-2-1995 (*RJ* 1995/3130); STS de 31-1-1996 (*RJ* 1996/546).

(111) Vid. FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit te Jurisprudence, Paris, 1965, págs. 135-137; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, pág. 29.

En definitiva, lo mismo que los otros criterios examinados, si bien el criterio analizado puede cumplir una función auxiliar o indicaria para calificar el tipo contractual, no puede constituirse como un criterio diferenciador básico, criterio este que, además, en aquellos supuestos en los que la voluntad de las partes no esté claramente manifestada, nos impone identificar las obligaciones de la relación jurídica como de medios o resultado, conduciéndonos, de esa manera, al criterio diferenciador que goza de mayor difusión y apoyo, a nivel doctrinal.

4. El criterio de la materialidad

El criterio diferenciador de la materialidad es el último de los muchos elaborados por la Doctrina (112). Conforme al mismo, lo que diferencia al tipo general (contrato de servicios) del tipo especial (contrato de obra) no es otra cosa que el resultado material de la prestación. Cuando el resultado de la prestación es un elemento material, esto es, una cosa corporal, mueble o inmueble, que se crea o se transforma, nos encontraríamos ante un contrato de obra; en cambio, si el objeto de la prestación no posee esta cualidad, la prestación debería clasificarse en el seno del contrato de servicios.

Al contrario de lo que sucede con otros criterios, incluso en aquellos que gozan de un mayor apoyo doctrinal, el criterio de la materialidad posee un indudable soporte normativo. Y es por lo que, se argumenta, únicamente la intervención de un resultado material explica la regulación que el codificador instauró para el arrendamiento de servicios. Tal es así, que es ya casi un tópico el escuchar, al plasmar dicha regulación, que fue la «*construcción de un edificio*» lo que tuvo en mente el codificador (113).

De esta manera, la creación de un elemento material, *ex novo*, surgido a partir de elementos preexistentes, es lo que caracteriza el contrato de obra. Y, llegados a este punto, una cuestión merece ser puesta de relieve. La caracterización del propio contrato de obra también queda dibujada por las obligaciones adquiridas por el deudor. En un contrato de obra en el que interviene un elemento material, el deudor no sólo se compromete a una obligación de hacer (crear o transformar) sino que también asume una obligación principal de dar, que haga efectivo y garantice el cumplimiento del interés primario del acreedor. Aquí discrepamos de quienes sostienen que la obligación de dar es de carácter accesorio en el ámbito del contrato de obra, que sólo surge cuan-

(112) Este criterio, de muy reciente elaboración, ha sido propuesto por la profesora VAQUERO PINTO. Para un estudio detallado del mismo, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 158-179.

(113) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Voz contrato de obra», en *EJB*. Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1597-1603.

do es imprescindible (114). En efecto, entendemos que, en los contratos de obra, la obligación de entrega es consustancial a las obligaciones del deudor. Así, ningún sentido tiene rebajar el carácter de aquella obligación que, precisamente, permite la satisfacción del acreedor (115).

Volvamos al fundamento del criterio, el carácter normativo. A este respecto, una pregunta parece clarificadora. Si eliminamos el carácter material de la prestación en el contrato de obra, de la regulación del contrato de obra, ¿qué preceptos pueden resultar aplicables? La respuesta es sencilla a la par que desoladora. Algunos preceptos son inaplicables al presuponer la existencia de una prestación de carácter material (arts. 1.588, 1.591, 1.592, 1.597, 1.598 y 1.600 del CC). Otros grupos de artículos recogen únicamente la idea de la bilateralidad de las obligaciones, un principio general que afecta tanto a la regulación del contrato de obra como a la del contrato de servicios: La atribución de riesgo al deudor (arts. 1.589, 1.590 y 1592.2 del CC) y la simultaneidad en el pago (art. 1.599 del CC). Finalmente, la casi totalidad de los artículos restantes contempla principios generales del derecho de obligaciones, que, como es obvio, son de aplicación en el ámbito del tipo general (contrato de servicios): [art. 1.593 del CC —invariabilidad del precio pactado en forma alzada (116)—; art. 1591.1 del CC —extinción de la obligación personalísima por muerte del deudor—; art. 1.596 del CC —responsabilidad del deudor por los auxiliares que intervienen en la obra (117)—]. Ante esta realidad, la regulación del contrato de obra, ¿qué nos queda? Únicamente el artículo 1.594 del Código Civil, precepto que establece la facultad de desvinculación unilateral del acreedor. Este precepto es el único aplicable en supuestos donde el resultado de la prestación no posee un carácter material. No obstante, esta respuesta, como ha puesto de relieve VAQUERO PINTO, es engañosa, puesto que la *ratio* de la norma, esto es, la posibilidad de ahorrar esfuerzo del prestador sin merma de sus expectativas económicas, consiente su aplicación generalizada al conjunto de contratos de servicios (118).

Además, si dicha situación no fuera suficientemente reveladora, basta poner en relación el tipo de problemas que genera el hecho de la materialidad del resultado del contrato de obra con la regulación de esta figura en el Código Civil. Así, es razonable pensar que, para el acreedor de una obra material, una serie de cuestiones le generen dudas:

(114) BADOSA COLL, F., «La diligencia y...», *ob. cit.*, págs. 195-197.

(115) En términos semejantes, se ha señalado que la obligación de entrega constituye el medio adecuado para trasladar al comitente la utilidad derivada de la actividad del contratista (vid. LINARES ROSI, R., «El contrato de...», *ob. cit.*, pág. 139; VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 160-161).

(116) Cfr. artículos 1471.1, 1.091 y 1.256 del Código Civil.

(117) Cfr. artículos 1.596, 1.783, 1.784, 1.601, 1.602, 1.564, 1.890 y 1.721 del Código Civil. Artículo 17 LOE.

(118) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 177.

A) Es lógico cuestionarse a partir de qué momento adquiere el acreedor el dominio de la cosa creada *ex novo* en virtud del contrato de obra. Es ésta una situación que, si bien no viene regulada expresamente en la regulación del contrato de arrendamiento de obra, no parece presentar una complejidad excesiva. Para ello, basta aplicar los preceptos generales de adquisición de dominio —sistema de título y modo— para dar respuesta al interrogante (arts. 609 y 1.095 del CC); realidad ésta que explica la no regulación de esta cuestión en el seno codificador del arrendamiento de obra (arts. 1.583-1.600 del CC) (119).

(119) Sigo así la opinión de RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, pág. 146; MARTÍNEZ MÁS, F., «La terminación, entrega...», *ob. cit.*, pág. 61; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Comentario al artículo 6. Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación», *ob. cit.*, pág. 148; VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 161-162. Esta opinión dista de ser unánime desde un punto de vista doctrinal. Un sector importante de la doctrina defiende la llamada tesis dual de adquisición del dominio. Por ello —se argumenta— la solución a la adquisición del dominio sobre la cosa depende del caso en concreto. Así, cuando la cosa sea una obra inmobiliaria o mobiliaria en la que el comitente (acreedor) aporte los materiales, el dominio se adquirirá por accesión; por el contrario, cuando la cosa se identifique con una obra mobiliaria, el dominio se adquirirá conforme al sistema general de título y modo (vid. MONFORT FERRERO, M.^a J., «Adquisición de la...», *ob. cit.*, pág. 124). Esta teoría dual ha suscitado severas críticas tanto en relación a la obra mobiliaria (vid. LINARES ROCÍ, R., *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código Civil*, Trivium, Madrid, 2001, págs. 66-69) como a la inmobiliaria. Respecto a esta última, aunque es opinión extendida en la doctrina el hecho de que cualquier incorporación realizada sobre un terreno se entiende absorbida por el propietario del mismo, formando una unidad dominical con él (*superficie solo cedit*) (V. BIERMANN, «Superficies solo cedit». *Jherings Jahrbücher für die dogmatik des heutigen und deutchen Privatrechts*. Vol. 34, 1895, págs. 169-280; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La recepción de obra», en ADC, 1978, págs. 287-314; DE FRANCO PAZ, F., *El derecho de sobreedificación: Su naturaleza jurídica*, Aranzadi, 2001, págs. 31-53; ALONSO PÉREZ, M.^a T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, 2000, págs. 40-44; MOLL DE ALBA LACRUVE, C., *La edificación en suelo ajeno*, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, págs. 91-118; WEISMANN, M., *Copropiéte*, Delmas, 17.^a ed., París, págs. 47-76), lo cierto es que la aplicación de las normas sobre accesión a las obras inmuebles no está exenta de problemas. Y ello es así por varias razones. En primer lugar porque las normas de la accesión están diseñadas para un marco extracontractual y el arrendamiento de obra es un contrato. En segundo lugar porque existen dudas acerca del momento en el que adquiere el propietario del terreno la propiedad en base al expediente de accesión. Para un sector doctrinal, esto ocurre, automáticamente, como consecuencia del dominio sobre el solar [vid. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. (Director), T. V, Vol. I, Revista de Derecho Privado, 1980, págs. 193-215; NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D., *La accesión en las edificaciones*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 67-70]. Para otros, el artículo 361 del Código Civil, al utilizar la expresión *previa indemnización*, entiende que no hay tal adquisición automática y que ésta se encuentra sometida a la condición del previo pago. De admitirse esta segunda posibilidad, muy difícilmente puede defenderse la operatividad de la figura de la accesión en el ámbito de las obras inmobiliarias. (Para un examen detenido de la cuestión, vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Las garantías del...», *ob. cit.*, págs. 107-130.) Finalmente, un pequeño sector doctrinal defiende que, lejos de lo descrito, la cuestión es mucho más sencilla. Así

B) Si el contrato de obra conlleva un resultado material, cabe preguntarse quién correrá con el riesgo de la pérdida de los materiales aportados, de la cosa creada *ex novo* o transformada. Esta vez el Código Civil sí da una respuesta efectiva, haciendo portador del riesgo al deudor hasta el momento de la entrega o puesta a disposición (120) de la cosa al acreedor (arts. 1.589 y 1.590). Igualmente, el Código Civil reguló el riesgo de pérdida de los materiales. De ahí que, cuando éstos sean aportados por el acreedor (*contratista*), será éste quien sufra la pérdida, salvo que éste haya incurrido en mora en la recepción de la misma (art. 1.589 del CC); en cambio, cuando los materiales son aportados por el deudor (*comitente*) será éste quien deba sufrir la pérdida, salvo que haya habido morosidad para recibirla o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, siempre que el deudor haya advertido de esta circunstancia al acreedor (art. 1.590 del CC).

—se argumenta— el acreedor adquiere siempre de forma originaria como consecuencia de la voluntad plasmada en el contrato (arts. 1.258 y 1.258) [vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., «Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra», en ADC, 1964, págs. 21-63; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Artículo 1.588», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (Directores), T. XX, Vol. 2.^a, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, 2.^a ed., págs. 261-263]. Lo cierto es que dicha argumentación no deja de resultar sorprendente al proponer, *de facto*, la ruptura con las normas generales de la transmisión de dominio (arts. 609 y 1.095 del CC), reglas que, evidentemente, no son derecho dispositivo, quedando su alteración fuera de la voluntad contractual de las partes.

(120) Si bien el propio artículo 1.589 del Código Civil tipifica el momento de la transferencia del riesgo de la cosa con las palabras *antes de ser entregada*, ciertamente es opinión extendida en la doctrina el criterio de que no es la mera entrega o puesta a disposición, sino la recepción definitiva, pues no en vano implica la prestación conforme del acreedor, el momento que determina la transferencia del riesgo (vid. CADARSO PALAU, J., *Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra. Según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código Civil. Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la Reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*. GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), Universidad de Jaén, Jaén, 1996, págs. 55-130; PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A., *Derecho de la construcción*, Comares, Granada, 2.^a ed., pág. 314; FERNÁNDEZ COSTALES, J., «El contrato del arquitecto en la edificación», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, pág. 178). A pesar de ello, me sumo a quienes defienden la entrega como criterio de determinación del riesgo. Y ello es así por dos razones. En primer lugar, fijando la recepción definitiva como momento de transferencia del riesgo, lo que estamos haciendo es reforzar la protección del acreedor frente a un eventual incumplimiento defectuoso; supuesto que tiene su propio medio de protección. En cualquier caso, siendo ésta la única razón, podría discutirse la conveniencia o no de reforzar la posición del acreedor. El problema es que no es así. De adoptarse dicho criterio, al deudor se le coloca en una posición sumamente desventajosa y no equitativa, además de absurda. A modo ilustrativo, basta imaginar un supuesto en el que la entrega de la cosa se produzca con anterioridad a la aprobación definitiva por parte del acreedor, momento —recordemos— de la recepción definitiva. En caso de pérdida de la cosa antes de la aprobación, la pérdida deberá ser soportada por el deudor, quien no tenía ningún control sobre la misma; realidad que, al margen de ser radicalmente contraria a la equidad, se adentra con alegría en el terreno de lo absurdo (vid. FISAC DE RON, M.^a P., *El cumplimiento del contrato de obra: La recepción*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 130).

Finalmente, cabe únicamente señalar una última cuestión a este respecto. Como bien ha apuntado VAQUERO PINTO, la materialidad del resultado, presente en el arrendamiento de obra, es tal que incide en el reconocimiento, al contratista y a otros intervenientes en la obra, de ciertos medios de protección de su derecho de crédito. El primero de ellos es el carácter privilegiado del crédito del contratista (arts. 1922.1, 1923.3 y 5 del CC). El segundo medio de protección del derecho de crédito es la acción directa que pueden ejercitar contra el comitente los que ponen su trabajo y materiales. El tercero, y último, propio de la materialidad del resultado, es el derecho de retención del contratista que ejecuta una obra en cosa mueble (art. 1.600 del CC) (121).

De esta manera, se concluye, el diseño de la regulación del arrendamiento de obra se fundamentó en la idea de que únicamente bienes de carácter material constituirían el objeto de dicho contrato, realidad por la cual el codificador reguló los aspectos que hemos señalado.

5. CONCLUSIONES

Consecuentemente, debemos entender que el contrato de servicios debe ser considerado un tipo contractual propio —separado del contrato de obra que se configura como un tipo contractual especial— que debe regular todos los supuestos de hecho que se ajusten al concepto de servicio que hemos descrito. Su inclusión dentro de la figura del arrendamiento —debido a las razones históricas descritas— no posee hoy sentido alguno.

Con todo, el Derecho Positivo y la figura del arrendamiento siguen presentes en nuestro Derecho Positivo. Mientras esta situación permanezca —y por tanto no quede claramente definido bajo qué criterio enmarcar la conducta del deudor dentro del tipo general o del especial— entendemos que el criterio de la materialidad es el que más se ajusta tanto a la intención del codificador como al propio texto normativo.

No obstante, es imprescindible poner de manifiesto que, en la actualidad, encuadrar un determinado contrato dentro del tipo general (contrato de servicios) aporta pocas ventajas pues, no en vano, la regulación de éste en el Código Civil es, no sólo imprecisa, sino insuficiente. La situación mejora si el contrato es calificado como de obra pues, no en vano, el tipo especial está dotado de una regulación más amplia —pensada, como ya se ha señalado, para los bienes materiales— si bien esta mejora deja sin cubrir amplias exigencias del actual tráfico económico.

Ante esta realidad, pocas dudas existen de la necesidad de una reforma normativa que regule el contrato de servicios de manera uniforme, configu-

(121) Para un recorrido detallado de estos medios de protección del crédito del contratista, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 168-173.

rándolo positivamente como un tipo contractual general, separadamente, del contrato de obra que deberá regularse —a la manera del Código Civil de Québec (122)— como contrato de edificación. En este sentido, recordando las palabras del maestro A. BERCOVITZ, resulta lamentable que en nuestro Derecho Positivo no se haya introducido «[...] una nueva regulación legal del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obra, que superando los planteamientos del Código Civil en estas materias, en gran parte obsoletos, establezca un régimen jurídico general aplicable a los contratos de servicios» (123). Y todo esto, ciertamente, es lamentable, máxime cuando esta reforma, una vez concluido el interminable proceso de reforma del Derecho Concursal, se ha convertido en la última gran reforma iusprivatista que ya goza de cierta entidad histórica.

RESUMEN

CONTRATO DE SERVICIOS

Mediante el presente trabajo, el autor examina el actual concepto legal de servicio en nuestro Derecho vigente y examina las razones históricas que llevaron al codificador a establecer un tipo contractual de servicios y otro de obra, enmarcados ambos en la figura del arrendamiento. Diferenciar un tipo contractual

ABSTRACT

SERVICE AGREEMENT

In this paper the author examines the current legal concept of «service» in the legislation now in force and examines the historical reasons that led lawmakers to establish one type of contract for services and another for works, both being within the framework of the concept of «rental». It is a historical challenge of

(122) En el Código Civil de Québec, el contrato de obra y servicio viene regulado en un único capítulo, una regulación coherente con el concepto unitario de contrato de servicio; concepto que engloba nuestras dos modalidades (servicio y obra). Dicho capítulo se divide en tres secciones diferentes. La primera, relativa a la caracterización general del contrato —*De la nature et de l'étendue du contrat* (arts. 2.098-2.100)— y la tercera —*De la résiliation du contrat* (arts. 2.125-2.129)—, dedicada a la extinción del mismo, son aplicables a cualquier contrato de servicio u obra. Por el contrario, la sección segunda, dedicada a la regulación de las obligaciones de las partes —*Des droits et obligations des parties* (arts. 2.101-2.124)—, se divide, a su vez, en dos partes. La primera es aplicable a cualquier contrato de servicios o de obra —*Dispositions générales applicables tant aux services qu'aux ouvrages* (arts. 2.101-2.109)—; la segunda, únicamente a los contratos de obra —*Dispositions particulières aux ouvrages* (arts. 2.110-2.116)—. Dentro de esta parte, aplicable únicamente a los contratos de obra, se distinguen unas disposiciones generales destinadas a resolver los conflictos propios de la intervención de un resultado, en sentido material —*Dispositions générales* (arts. 2.110-2.116)—; otras disposiciones, aplicables exclusivamente a las obras inmobiliarias —*Des ouvrages immobiliers* (arts. 2.117-2.124)—. El *Code Civil du Québec* puede consultarse en: <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/c-1991/20050616/tout.html>

(123) BERCOVITZ, A., *El nuevo Derecho Mercantil. 20 años de ordenamiento constitucional*, Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, 1999, pág. 127.

de otro, y encontrar el criterio diferenciador propicio, ha sido un desafío histórico en nuestro Derecho. En este trabajo se examinan estos criterios, se ponen de relieve los inconvenientes de los mismos y se propone, junto con las últimas tendencias doctrinales, la adopción de uno de ellos. Igualmente, el autor, establece algunas consideraciones sobre cómo debería reformarse nuestro Derecho en el ámbito del contrato de servicios, proponiendo la existencia de un tipo contractual único de contrato de servicios —el actual arrendamiento de servicios— y un nuevo contrato de edificación que se identificaría con el actual contrato de obra.

Spanish law to differentiate one type of contract from the other –and to find the right differentiating criterion. This paper examines these criteria, highlights their drawbacks and proposes, together with the latest trends in doctrine, the adoption of one of them. The author moreover shares a number of considerations about how service-contract legislation should be reformed. The author proposes a single type of service contract (the current contract for the renting of services) and a new building contract that would be tantamount to today's works contract.

(Trabajo recibido el 27-03-07 y aceptado para su publicación el 4-12-07)