

Revista de Derecho Bancario y Bursátil

2020

Número 158 Abril-Junio

Crónicas

3. La reforma del contrato de servicios (JUDITH SOLÉ RESINA)

3 La reforma del contrato de servicios

Service contract reform

JUDITH SOLÉ RESINA

Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona

ISSN 0211-6138

Revista de Derecho Bancario y Bursátil 158
Abril - Junio 2020

Sumario:

- I. Concepto de contrato de servicios en el código civil español
 - 1. Unidad o dualidad contractual
 - 2. El objeto de la obligación de hacer: obligaciones de medios o de actividad y obligaciones de resultado
 - 3. Especificidades propias de la prestación de un servicio y la ejecución de una obra
 - 4. Onerosidad o gratuitad del contrato
- II. Delimitación del contrato de servicios
 - 1. El criterio definitorio del contrato laboral
 - 2. Distinción con el contrato de mandato
- III. Propuestas de modernización del CC
 - 1. El Proyecto de Ley 121/000043 de 1994, por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obras
 - 2. La Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios de 2009
 - 3. La Propuesta de regulación de los contratos de servicios y del mandato de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (2011-2012)
 - 4. La Propuesta de algunos profesores de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
- IV. Propuestas de modernización del CCCAT
 - 1. Propuesta de 2001
 - 2. Propuesta de 2010
- V. Conclusiones

RESUMEN:

La importancia del contrato de servicios en las economías modernas y la deficiente regulación con la que cuenta en el ordenamiento jurídico español evidencia la urgente necesidad de la revisión en profundidad de su regulación. Para ello es imprescindible partir de un análisis riguroso del concepto y delimitación de esta institución en el Código Civil español. En este trabajo se estudia especialmente el objeto del contrato de servicios y se delimita frente a otras modalidades contractuales. También se presentan las diversas propuestas legislativas para la modernización del contrato de servicios que se han materializado hasta el momento y se proponen, a modo de conclusión, las bases fundamentales de la regulación de lege ferenda de esta modalidad contractual.

PALABRAS CLAVE: Contrato de servicios - Contrato de obra - Mandato - Contratos de actividad - Obligaciones de medios - Obligaciones de resultado

ABSTRACT:

The importance of the service contract in modern economies and the poor regulation it has in the Spanish legal system demonstrates the urgent need for an in-depth review of its regulation. For this, it is essential to start from a rigorous analysis of the concept and delimitation of this institution in the Spanish Civil Code. In this work, the object of the service contract is specially studied and it is delimited against other contractual modalities. Also presented are the various legislative proposals for the modernization of the service contract that have materialized so far and propose, by way of conclusion, the fundamental bases of the regulation of future regulation of this contractual modality.

KEYWORDS: Services contract - Construction contract - Mandate - Activity contracts - Media obligations - Result obligations

I. CONCEPTO DE CONTRATO DE SERVICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El contrato de servicios constituye en la actualidad un pilar fundamental de la economía en las sociedades modernas. Su importancia social y económica le confiere una transcendencia equiparable a la del contrato de compraventa. Con todo, la regulación contenida en el Código Civil español se limita a unos pocos preceptos, en gran parte derogados, que responden a las necesidades que planteaba la sociedad de siglos pasados y que han permanecido inalterados a pesar de los profundos cambios sociales acontecidos a lo largo de este último siglo. Es urgente, pues, su modernización para la que, desde luego, habrá que considerar las propuestas legislativas de unificación de la regulación contractual de ámbito europeo.

Hay que empezar señalando que los términos “arrendamiento de servicios” y “arrendamiento de obras” que emplea el Código han caído en desuso. Hoy, la doctrina prefiere hablar de “contrato de servicios” y “contrato de obra” o “contrato de ejecución de obra” para referirse a estas instituciones.

En todo caso el CC, anclado en el pasado, define el arrendamiento de obras o servicios en el art. 1544 como aquel contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto. Y, a pesar de los amplios términos de esta definición, ninguna disposición general trata de esta institución. El Código contiene únicamente, a modo de disposiciones especiales, en los arts. 1583 a 1603, la regulación de tres modalidades del contrato de arrendamiento de obras o servicios: la del servicio de criados y trabajadores asalariados, la de las obras por ajuste o precio alzado, y la de transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas.

Una primera aproximación a esta normativa evidencia, de una parte, que existen otras muchas modalidades de este contrato que se hallan absolutamente faltas de regulación; y, de otra, que hay ciertos contratos típicos autónomos o independientes del de servicios que pueden subsumirse perfectamente en la amplia definición de éste que ofrece el Código Civil. Por último, pone en la pista de la existencia de una especial relación entre el contrato de servicios y el contrato de ejecución de obra, que trasciende a la mera afinidad. Todo ello incide en crear incertidumbre sobre cuál sea según el Código Civil el objeto del contrato de servicios.

1. UNIDAD O DUALIDAD CONTRACTUAL

La primera cuestión que nos planteamos es la de si en el Código Civil español existe un único tipo contractual.

La dualidad de conjunciones –disyuntiva y copulativa– que utilizan los preceptos del Código Civil para unir el contrato de servicios y el de ejecución de obra plantea la duda de si ambas instituciones se configuran, en el CC, como dos modalidades de un único tipo contractual o dos tipos contractuales diferenciados. La solución debe buscarse, en parte, en su evolución histórica.

Ésta demuestra que el Código Civil es ajeno a la tripartición de la *locatio conductio* en *locatio conductio rei*, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum* ideada por los pandectistas y sigue, por el contrario, la tradición romanista recogida en el Proyecto de Código Civil de 1851 y el Código Civil francés. De este modo, el CC configura el arrendamiento de obras o servicios como un único tipo contractual, en el que se distinguen tres modalidades, el servicio de criados y trabajadores asalariados, las obras por ajuste o precio alzado y el transporte por agua o tierra tanto de personas como de cosas¹⁾.

Ello explica la naturaleza jurídica del contrato de transportes que, en otro caso, no quedaría incluido ni en el contrato de servicios ni en el de ejecución de obra, a pesar de hallarse regulado en la sección tercera del capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios.

También la unidad contractual permite conjugar la definición del contrato de arrendamiento de obras o servicios establecida en el art. 1544 con su regulación, puesto que ésta se limita a establecer disposiciones especiales para tres de sus posibles modalidades sin pretensión de limitar a estos supuestos el posible objeto del contrato de arrendamiento de obras o servicios, mucho más amplio.

En contra de la unidad contractual que sostengamos, la doctrina y la jurisprudencia han venido defendiendo mayoritariamente la dualidad de tipos contractuales y se han propuesto diversos criterios de distinción entre el contrato de servicios y el de ejecución de obra. Así:

- a) La diversa forma de fijar la remuneración: en proporción al tiempo en el contrato de servicios y a presupuesto o a medida en el contrato de ejecución de obra²⁾;
- b) La subordinación o dependencia en la realización de la prestación: existente en el contrato de servicios y ausente en el de ejecución de obra³⁾;
- c) El contenido del trabajo: actividad técnicamente cualificada en el contrato de ejecución de obra y actividad no cualificada en el de servicios⁴⁾;
- d) La imputación de los riesgos: que corresponden al empleador en el contrato de servicios y a quien realiza la prestación en el de ejecución de obra⁵⁾;
- e) El objeto de la obligación de hacer: una mera actividad en el contrato de servicios y un resultado en el contrato de ejecución de obra⁶⁾.

En nuestra opinión ninguna de estas notas sirve para distinguir ambas figuras. También la doctrina mayoritaria las rechaza casi todas, si bien hay que destacar que el criterio del objeto de la obligación de hacer ha tenido y mantiene aún una importante acogida entre los autores y la jurisprudencia, por lo que nos detendremos en su consideración.

2. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN DE HACER: OBLIGACIONES DE MEDIOS O DE ACTIVIDAD Y OBLIGACIONES DE RESULTADO⁷⁾

La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado atiende al objeto de la obligación. Es de medios aquella obligación que tiene por objeto una actividad diligente; mientras que es de resultado aquella actividad cuyo objeto se corresponde con la obtención de un resultado entendido como finalidad jurídica, de forma que la obligación “garantiza” (entre comillas) la

satisfacción del interés del acreedor.

Esta clasificación comporta una distinta configuración del cumplimiento de cada uno de estos tipos de obligaciones, así como del contenido de la prueba del incumplimiento. Por el contrario, no supone la aplicación de diversos regímenes de responsabilidad –objetivo y subjetivo– en uno y otro caso, aunque el diverso contenido de la prueba incida indirectamente en el ámbito de la responsabilidad⁸⁾.

La más importante, si no la única, de las aplicaciones de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado que ha realizado la doctrina hasta el momento se halla en la diferenciación de los contratos de servicios y de ejecución de obras. El criterio de la obligación de hacer se configura, así, como definitivo en orden a la distinción de estos tipos contractuales.

Parte de la doctrina afirma que el contrato que tiene por objeto la realización de una actividad diligente, a cambio de un precio, es un contrato de servicios; mientras que aquel cuyo objeto se concreta en la obtención de un resultado, a cambio de un precio, es un contrato de ejecución de obra⁹⁾.

El criterio del objeto de la obligación de hacer deriva, en verdad, de la cuestión de la imputación de los riesgos. De hecho, parte de la premisa que, en el contrato de ejecución de obra, el *periculum obligationis* recae en el contratista; mientras que, en el contrato de servicios, lo soporta el empleado. La distinta atribución de los riesgos, se afirma, es consecuencia del diverso objeto de la obligación de hacer: en el primer caso, el contratista debe proporcionar un resultado y, por este motivo, si no lo obtiene soporta el riesgo; en el segundo supuesto, en cambio, el empleado sólo ha de conducirse, en la prestación de la actividad, con la diligencia debida y, por esta razón, no soporta el riesgo que implica la posible frustración del interés del empleador.

Pero la afirmación de que en el contrato de ejecución de obra el riesgo recae sobre el contratista, y en el de servicios sobre el empleado no es absolutamente cierta. En ambos casos la atribución de los riesgos sigue la regla general y recaen, de este modo, sobre el empleador o comitente, aunque en el supuesto de la ejecución de una obra, los arts. 1589 y 1590 CC –que por otra parte son normas dispositivas que permiten un pacto en contrario– lo atribuyen al contratista en el supuesto de pérdida de la cosa debida anterior a la entrega. La imputación de los riesgos no es, pues, un criterio definitivo para la distinción de dichos contratos. De ahí la fatal de rigor técnico de la primera de las premisas de la que parte esta teoría.

Adelantamos ya que en nuestra opinión no parece aplicable esta distinción de las obligaciones de hacer como criterio diferenciador de los contratos de servicios y de ejecución de obras. Probablemente porque el Código Civil español permanece completamente ajeno a una clasificación de las obligaciones que se sistematizó con posterioridad a su redacción¹⁰⁾.

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

Posteriormente y partiendo ya de la existencia de un único régimen de responsabilidad común en las obligaciones de medios y de resultado, esta clasificación de las obligaciones se utilizó para graduar la exigibilidad de la conducta en el cumplimiento de la obligación. Así, en algunos supuestos, cuando la obligación es de resultado, el deudor debe obtener la finalidad perseguida por el acreedor; en otros, en cambio, cuando la obligación es de medios, el deudor cumple desplegando la actividad con la diligencia exigible, aunque con ello no logre satisfacer el interés del acreedor. La diferencia no se halla, aquí, en el diverso régimen de responsabilidad y

consecuentemente en la distinta distribución de la carga de la prueba del incumplimiento, sino que se concreta en la distinta configuración del incumplimiento de las obligaciones de medios y de resultado en función de su objeto.

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

Pues bien, el Código Civil, en sede de contrato de arrendamiento de obras o servicios, regula el contrato en cuya virtud una parte se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto, sin precisar distinción alguna en orden al régimen de responsabilidad aplicable al obligado a ejecutar la obra o a prestar el servicio y sin especificar un diverso contenido del objeto de la obligación de hacer –actividad diligente u obtención de un resultado– en cada uno de estos supuestos. En otras palabras, del Código no se desprende ninguna diferencia en relación al grado de exigibilidad de la conducta debida en función de si ésta se concreta en la prestación de un servicio o en la ejecución de una obra.

Los principales problemas que plantea la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a la diferenciación entre los contratos de servicios y de ejecución de obra se hallan, pues, en la confusión entre dos pares de conceptos: de un lado riesgo y responsabilidad, y de otro resultado fáctico y resultado jurídico.

En cuanto al binomio riesgo/responsabilidad es de señalar que:

Los arts. 1589 y 1590 CC regulan la imputación de los riesgos en el contrato de ejecución de obra, pero no afectan al ámbito de la responsabilidad. Se trata de dos normas dispositivas de las que no puede deducirse que la no entrega de la obra implique por sí misma el incumplimiento de la obligación, ni, por tanto, la responsabilidad del deudor. El contratista, como el obligado a prestar un servicio, cumple si realiza la prestación con la diligencia exigible, aunque no consiga entregar la obra, por lo que en este caso no se entra en el juicio de responsabilidad y ello con independencia de que se deba o no –en función de si son aplicables los arts. 1589 y 1590 CC o si las partes han pactado otra cosa– sumir el riesgo por pérdida de la obra. El contratista se halla vinculado, en principio, por una obligación de medios¹¹.

Por otra parte, no cabe olvidar que las obligaciones de resultado se caracterizan porque la no consecución del resultado prometido –que se “garantiza”– implica el incumplimiento de la obligación y da pie a que se inicie el juicio de responsabilidad.

Cuando la obligación de resultado se incorpora a una relación sinaligmática, la no obtención del resultado comporta, también, la atribución del riesgo a la parte que se obligó a obtenerlo, porque su incumplimiento exime a la otra parte contratante de cumplir con su obligación de pagar la remuneración. En este sentido se ha llegado a afirmar que “en el Derecho español, el único uso útil de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado es el de articular la asignación de riesgos, no distribuir a cargo de la prueba; se dirá entonces que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustración del resultado o los intereses del acreedor. O, dicho de otra forma, es de medios aquella obligación donde el interés empírico del acreedor no se corresponde en toda su medida con el interés contractual que el deudor debe satisfacer”¹²

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

En el contrato de ejecución de obra, a falta de pacto en contrario, el contratista asume los riesgos

de la pérdida de la cosa debida, pero esto no implica necesariamente que se halle vinculado por una obligación de resultado, pues esta distribución del riesgo no deriva de la existencia de incumplimiento, sino de la aplicación de la regla *res perit domino*. En definitiva, carece de rigor técnico la afirmación de que quien se compromete a ejecutar una obra y asume el riesgo de la pérdida de la cosa debida anterior a la entrega, garantiza el resultado de su prestación, pues se confunde riesgo y responsabilidad.

En cuanto al binomio resultado jurídico/resultado fáctico hay que señalar que:

Si bien la ejecución de una obra implica la creación de una cosa nueva y la obligación de resultado compromete a la obtención de una consecuencia o efecto nuevo, en el primer caso se trata de un resultado material y en el segundo de un resultado jurídico que no tiene por qué concretarse en la creación de una cosa nueva, sino que puede derivar de cualquier tipo de conducta, también de la prestación de un servicio. De ahí que el hecho de que la prestación se concrete en un servicio o en una ejecución de obra no añada ningún dato que permita determinar si se está ante una obligación de medios o ante una obligación de resultado.

El contratista se obliga siempre a obtener un resultado material, la obra. Si además se obliga a obtener un resultado jurídico, coinciden en la obra los conceptos de resultado material y resultado jurídico; pero la obligación de ejecutar una obra también puede configurarse como una obligación de medios dirigida a la creación de un resultado material, empleando en la realización de la actividad la diligencia exigible atendiendo a la naturaleza de la obligación. En este caso, la obra es resultado material pero no resultado jurídico de la actividad debida. Del mismo modo, el prestador de un servicio, que nunca se obliga a obtener un resultado material, puede comprometerse a obtener un resultado jurídico, por lo que cabe concluir que no puede identificarse, de una parte, la obra o resultado material con el resultado jurídico objeto de una obligación de resultado; ni de otra, el servicio con el objeto de una obligación de medios.

3. ESPECIFICIDADES PROPIAS DE LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO Y LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA

Entre las similitudes de la prestación de un servicio y la ejecución de una obra –tal como se encuentran recogidos en el CC– pueden señalarse:

1. Ambas tienen por objeto la prestación de una actividad a cambio de un precio cierto ( [art. 1544 CC](#));
2. Ambas pueden contratarse *intutitu personae*, ya que en ambos casos la identidad de la persona que ha de llevar a cabo la actividad prometida puede llegar a representar un elemento esencial en la formación de la voluntad contractual;
3. Las dos deben celebrarse por tiempo determinado. Es necesaria la temporalidad de la prestación, que en caso contrario y con independencia de que ésta se dirija o no a la creación de una cosa nueva, podría comprometer la libertad personal.
4. Las dos pueden tener por objeto la realización de una actividad manual o intelectual y someter a quien lleva a cabo la prestación a cualquier grado de subordinación técnica u organizativa, desarrollando en algunos casos naturaleza laboral; y
5. Ambas originan, a falta de pacto en contrario, y si otra cosa no se deduce de la obligación, una obligación de medios, en aplicación del  [art. 1104 CC](#), de modo que el obligado a realizar la actividad cumple si la realiza con la diligencia exigible. Aunque también en ambos supuestos, por voluntad de las partes o por aplicación de los usos jurídicos, la obligación de hacer puede convertirse en una obligación de resultado.

La principal diferencia entre la prestación de un servicio y la ejecución de una obra, en el CC, radica en que la primera se concreta en la realización de una actividad considerada en sí misma, mientras que la segunda se configura como la realización de una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva. Esta nota distintiva se traduce en una diversidad de características propias de

cada una de estas modalidades. Así, en la ejecución de una obra la obligación de hacer se complementa con una obligación de dar que no existe en el contrato de servicios; y la existencia de una cosa, en el contrato de ejecución de obra provoca una distinta distribución de los riesgos en ambas modalidades¹³⁾.

Siendo así, la ejecución de obra se puede definir como la creación de una cosa corporal o incorporeal, susceptible de ser identificada del resto de las cosas a las que puede quedar incorporada y con plena autonomía propia, fruto de la puesta en práctica de una determinada actividad. Por el contrario, el objeto del contrato de servicios en sentido estricto queda configurado por la prestación de una actividad que no conlleva la creación de algo nuevo. Esta distinción de ambas modalidades contractuales basada en el tipo de actividad a realizar, concuerda con el art. 2.098 del Código Civil de Quebec.

4. ONEROSIDAD O GRATUIDAD DEL CONTRATO

Aún en el ámbito del objeto del contrato, hay que señalar que en el CC el contrato de servicios es un contrato esencialmente oneroso, que tiene por objeto el precio y la ejecución de una obra o la prestación de un servicio ( [art. 1544 CC](#)).

El precio puede consistir en una cantidad de dinero, en la entrega de una cosa, o en una prestación de hacer o de no hacer con valor patrimonial y en todo caso debe ser cierto, esto es, debe quedar determinado a la celebración del contrato o ser determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes.

Los contratos de prestación de servicio en sentido amplio, de carácter gratuito, tienen una importancia muy relativa, en primer lugar, porque son mucho menos frecuentes que los onerosos; en segundo lugar, porque suelen tener una importancia económica menor; y finalmente, porque dado su carácter altruista no suelen presentar conflictos de consideración.

Adelanto ya que hay plantearse si el contrato de servicios se debe configurar de *lege ferenda* como un contrato esencialmente oneroso. No parece haber motivos suficientes que lo justifiquen; mientras que, en cambio, si hay razones de peso en favor de la innecesidad de la existencia del precio. Así: a) se evita que haya una laguna legal en cuanto a los contratos de servicios o de ejecución de obras gratuitos; y b) se unifica el criterio con otros contratos de actividad como el mandato o el depósito.

Esta es la solución que han adoptado el Código Civil portugués (art. 1.154) y el Código Civil Holandés. (Art. 405) y en esta línea se encuentran prácticamente todas las nuevas propuestas legislativas sobre la materia y también el MCR (IV.C-1:101).

II. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS

En la delimitación del contrato de servicios, nos detendremos en la determinación de los criterios que permitan distinguirlo del contrato de servicios de naturaleza laboral (o contrato de trabajo) y del contrato de mandato.

1. EL CRITERIO DEFINITORIO DEL CONTRATO LABORAL

El desarrollo del derecho del trabajo, posterior a la promulgación del Código Civil español, como disciplina autónoma al derecho civil, viene a reducir sensiblemente el ámbito de aplicación de la normativa civil relativa al contrato de servicios o ejecución de obra y aparece la necesidad de delimitar el contrato de servicios laboral frente al civil.

Tradicionalmente, la existencia de una relación de subordinación o dependencia en el desarrollo de la actividad –entendida como la inserción del trabajador en el círculo organicista, rector y disciplinario del empresario¹⁴⁾, o disponibilidad o puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza-trabajo del trabajador¹⁵⁾– se ha considerado la nota distintiva básica del contrato laboral. En este sentido se pronuncia un sector de la doctrina civilista y, en esta misma

línea, señala el [artículo 1](#) del [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el testo refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Aunque la doctrina no es pacífica en esta cuestión, y un importante grupo de autores han superado el criterio de la dependencia al considerar que con el paso del tiempo, a la vez que se acentúan la libertad y la temporalidad del trabajo por cuenta ajena, se reduce y concreta el ámbito dentro del cual las órdenes son impartidas y obedecidas, de modo que lo que caracteriza las relaciones de trabajo no es tanto la relación de dependencia como su progresiva limitación a la estrictamente debida en virtud de las exigencias organizativas y técnicas del proceso productivo¹⁶⁾.

Partiendo de la patente insuficiencia del criterio de la dependencia como definitorio de la relación laboral, la doctrina ha elaborado nuevos criterios con este mismo fin¹⁷⁾. En nuestra opinión uno de los que puede resolver en mejor forma esta cuestión es el de la “ajenidad en el mercado” propuesto por el profesor Alarcón¹⁸⁾. De acuerdo con este criterio, una relación es laboral cuando presenta ajenidad en la titularidad de los medios de producción y ajenidad en el mercado, esto es, que entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio de ese bien o de ese servicio, que habrá pagado al trabajador un salario y que procura realizar un beneficio.

En todo caso, el trabajo asalariado al que se refiere el Código Civil coincide plenamente con el objeto de la regulación del E.T. definido en su artículo 1.1. Pues bien, siendo la prestación de servicios por trabajadores asalariados objeto a la vez de la regulación civil y de la laboral, habrá que entender derogados los preceptos civiles cuyo contenido haya sido tratado por la ley laboral posterior.

En esta línea, los [artículos 1583](#) a [1587](#) CC dedicados al “el servicio de criados y trabajadores asalariados”, que ya nacieron obsoletos en tiempos de la redacción del Código, se encuentran hoy en buena medida derogados por la legislación laboral, que reserva un insignificante ámbito de aplicación a los [artículos 1583](#), [1584](#), [1585](#) y [1587](#) CC, que se concreta en:

1. La prohibición de perpetuidad de los servicios establecida en el [art. 1583](#) CC es aplicable a todos los servicios prestados por criados y trabajadores asalariados, con independencia de que la relación contratada tenga naturaleza civil o laboral.
2. El [art. 1584](#) CC, en la parte que pueda considerarse constitucional, es aplicable a aquellos contratos de servicios domésticos que por su escasa importancia social y económica han sido excluidos de la regulación laboral.
3. El [art. 1585](#) CC es una norma de remisión.
4. El [art. 1586](#) CC se halla completamente derogado por el Estatuto de los Trabajadores
5. La regla del [art. 1587](#) CC es aplicable, en general, a todos los contratos de servicios de criados y trabajadores asalariados, aunque, en determinados supuestos, cuando estos tienen una naturaleza distinta a la civil, este precepto se halla derogado por una norma especial que ha previsto para un caso concreto esta situación.

2. DISTINCIÓN CON EL CONTRATO DE MANDATO

El [art. 1709](#) CC dispone que “Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar un servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”.

Esta definición no distingue suficientemente el contenido del contrato de mandato en relación con el que según el art. 1544 CC corresponde al arrendamiento de obras o servicios.

El mandato es, como el contrato de servicios, un contrato de actividad. La determinación del objeto del contrato de mandato y su diferenciación del objeto del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico español no es, en absoluto, específica. La doctrina ha propuesto diversos criterios con la finalidad de distinguir ambos contratos. Son:

- a) La gratuitud del mandato¹⁹. Si bien esta no es una nota esencial del mandato en el Código Civil español (art. 1711 CC) que sigue en este punto al Código Civil francés y se distancia del BGB donde si es esencialmente gratuito (&662 BGB).
- b) La representación en el mandato²⁰. Si bien el mandato en el Código Civil español no implica siempre la representación directa (art. 1717 CC) y ésta puede presentarse en una distinta relación contractual, por lo que tampoco es una nota diferenciadora válida.
- c) Independencia de quien desarrolla la actividad frente a quien la encarga²¹. Esta nota no es incompatible con el contrato de servicios ni caracteriza necesariamente el mandato (arts. 1719 y 1715 CC). Así, de un lado, la prestación de un servicio puede llevarse a cabo dentro del ámbito de organización del empleador, como sucede con frecuencia en el contrato laboral, o con completa autonomía técnica, como ocurre, a menudo, en la prestación de servicios por parte de profesionales liberales. De otro lado, conforme a los arts. 1719 y 1715 CC la nota de la independencia de quien realiza la actividad frente a quien la encarga no es una característica del mandato.
- d) La juridicidad de la actividad debida. El objeto del contrato de mandato es la celebración de actos jurídicos. Esta es la nota que goza de mayor aceptación entre la doctrina y la jurisprudencia²².

Efectivamente, este es un dato que caracteriza el mandato también en la propuesta de regulación del MCR (IV:D-1:101). Así como en el Libro VI del CCCat, aunque aquí, en el derecho catalán, a la juridicidad de la actividad debida se le suma otro dato distintivo del contrato de servicios, que es el de la esencialidad de la representación en el mandato (no así en el MCR donde se dispone que puede ser o no representativo).

Así es, en Cataluña, el art. 622-21 CCCat define el contrato de mandato como aquel en el que el mandatario se obliga a gestionar en nombre y por cuenta del mandante los asuntos jurídicos que este le encarga, de acuerdo con sus instrucciones. Los actos del mandatario, en el ámbito del mandato, vinculan al mandante como si los hubiera hecho él mismo.

El contrato de mandato se encuentra regulado en los arts. 622-21 a 622-39 CCCat, dentro del capítulo dedicado a “los contratos sobre actividad ajena” en la Sección segunda, pues la primera (sin contenido) se reserva para la regulación de las disposiciones generales relativas a todos los contratos de servicios.

En este punto, el derecho catalán ha seguido la apuesta del Marco común de Referencia, que en su Libro IV.C también propone esta sistemática, aunque allí el mandato recibía un tratamiento aparte, no integrado como una categoría de contrato de servicios, sino regulado en el capítulo siguiente, Libro IV.D (Mandate contracts)

III. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL CC

1. EL PROYECTO DE LEY 121/000043 DE 1994, POR EL QUE SE MODIFICA LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRAS²³

Tipifica por separado los contratos de servicios y de ejecución de obra y los caracteriza esencialmente por originar el primero una obligación de medios y el segundo una obligación de

resultado.

Con ello se aparta de la tradición jurídica del CC y aporta poca luz a los problemas que plantean estas figuras. Distingue lo que bien podría denominarse “contrato de medios” y “contrato de resultado”, en función del tipo de obligación que originan, lo que conlleva trasladar a la distinción de los contratos los problemas existentes en la diferenciación de las obligaciones, que a menudo resuelven los tribunales a posteriori a partir de consideraciones de equidad, y supone, asimismo, equiparar la obligación con su fuente -el contrato.

Entendemos que esta propuesta de modernización del contrato de servicios se encuentra absolutamente superada.

2. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE 2009²⁴⁾

En esta proposición de ley únicamente se plantea dar una nueva redacción a los arts. 1583 a 1587 CC actualizando las expresiones utilizadas: criado, menestral, sirviente, amo, que se consideran ofensivas y superadas, sin pretender una modificación sustancial.

Desde luego que una modernización del contrato de servicios debe ir mucho más allá de estos propósitos.

3. LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DEL MANDATO DE LA SECCIÓN CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2011-2012)²⁵⁾

Esta propuesta se concreta en la disposición de un Capítulo Primero en el Título VI del Libro IV, dedicado al contrato de servicios, con unas Disposiciones generales y un segundo capítulo dedicado al contrato de obra. El mandato se regula separadamente en el Título IX.

Las disposiciones generales son aplicables a los contratos en los que una de las partes se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de una retribución, y tienen carácter supletorio en los contratos de obra y de depósito y aquellos otros que tengan una regulación especial. Se presume la existencia de precio, aunque cabe pacto en contrario.

Dichas disposiciones generales se dedican a regular el deber precontractual del prestador del servicio; el deber precontractual de información del cliente; el deber de mutua colaboración; la subcontratación; la diligencia y pericia exigible al prestador del servicio; la prestación de resultado y de actividad (la configuración de una u otra se sujeta a la voluntad de las partes); las instrucciones del cliente; las variaciones unilaterales en la ejecución de la prestación del servicio; la conformidad del cliente y aviso anticipado de su disconformidad; y la nulidad, desistimiento y terminación del contrato, siguiendo el modelo del MCR.

De otra parte, el contrato de obra se define como aquel por el que una persona denominada constructor se obliga respecto de su cliente o comitente a ejecutar a cambio de una retribución cualquiera de las prestaciones siguientes:

1.º Construir un edificio u otro inmueble, mantenerlo, mejorararlo, reformarlo o demolerlo o realizar cualquiera de tales actividades en un inmueble ya existente o en sus instalaciones.

2.º Reproducir o fabricar, mantener, reparar, mejorar, destruir, reciclar toda clase de bienes muebles o de naturaleza incorporal, incluidas las instalaciones sobre soportes tecnológicos, tanto en su infraestructura como en la programación o contenidos.

3.º Redactar proyectos técnicos (económicos jurídicos o de otro tipo), llevando a cabo la dirección de las obras, y realizar el control de calidad, prestar asistencia técnica en materias que estén relacionadas con las referidas en los apartados primero y segundo de este artículo

4.º Llevar a cabo en forma conjunta o combinada algunas de las actividades mencionadas en los apartados anteriores.

Se dispone que a este tipo de contratos les serán de aplicación las normas del presente capítulo y, en su defecto las del capítulo primero de este título. Tales normas serán, además, derecho supletorio respecto de los contratos de obras que se rijan por las leyes especiales.

Falta una definición genérica del objeto del contrato de obra que, en nuestra opinión habría sido preferible, pues ahora se plantea la cuestión de si debe entenderse que la relación de prestaciones es taxativa o cerrada (de otro modo no era necesario hacerla exhaustiva) o si, por el contrario, es una lista abierta. Desde luego que la existencia de una enumeración cerrada es una fuente de problemas porque no es razonable dejar fuera del contrato de obra supuestos que en principio parece que se deberían incluir. De otra parte, sorprende que se incluyan prestaciones que tradicionalmente se han considerado propias de un contrato de servicios.

4. LA PROPUESTA DE ALGUNOS PROFESORES DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

Esta propuesta de regulación del contrato de servicios data de 2016²⁶ y corrió a cargo de un equipo de profesores de derecho civil²⁷. Se aparta de las propuestas anteriores y se sitúa en la línea que venimos defendiendo y que marca el MCR.

Dedica el título VIII del Libro V a la regulación del contrato de servicios: el primer capítulo se dedica a las disposiciones generales; el segundo a las disposiciones comunes, el tercero al contrato de obra (inmobiliaria, mobiliaria, intelectual); el cuarto a los contratos de servicios turísticos; el quinto a los contratos de consultoría y asesoramiento; el sexto al contrato de servicios médicos; el sexto a los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas y el octavo al contrato de mediación. El contrato de mandato se regula, separado del contrato de servicios, en el título IX.

Así se establecen unas disposiciones comunes sobre los contratos de servicios y se regulan seguidamente algunas modalidades concretas, en la misma línea que se propone en otras propuestas académicas como el MCR o el Grupo de Pavia. Con todo, las modalidades que merecen normas especiales varían. En el MCR son: contrato de construcción; procesamiento, almacenamiento y depósito, diseño, información y asesoramiento y tratamiento médico (MCR). El grupo de Pavia propone: mandato, comisión, agencia, mediación de negocios, contrato *d'appalto*, contrato de servicio, prestaciones intelectuales y de profesiones liberales, el depósito, el contrato de *destinazione*, y, por último, el contrato de transporte.

La sola lectura de la relación de distintas –y numerosas– modalidades concretas que cada propuesta pretende regular, ya pone en la pista del principal escollo que, en nuestra opinión, presenta, la modernización del contrato de servicios, que es la de determinar qué modalidades concretas requieren una especial regulación y cuáles, en cambio, no la precisan y pueden quedar reguladas por la normativa general –disposiciones generales del contrato de servicios–. En nuestra opinión, sería conveniente reducir al mínimo las modalidades con regulación específica a aquellas que de verdad la requieran e incluir el máximo de tipologías en el marco de las disposiciones generales.

IV. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL CCCAT

Como ya se ha apuntado, el Libro VI del CCCat, aprobado por  Ley 3/2017, de 15 de febrero, que de momento no regula el contrato de servicios, reserva la sección primera del capítulo segundo del título segundo, relativo a los contratos sobre actividad ajena a la regulación de las disposiciones generales de todos los contratos de servicios. Siguiendo el MCR se parte de una idea de servicios en sentido amplio, que puede incluir diversos tipos contractuales, como los contratos de obra, de prestación de información y asesoramiento, de diseño, de depósito o de mandato (así lo dispone la exposición de motivos de la Ley 3/2017). La sección segunda regula el mandato y la sección tercera la gestión de negocios ajenos sin mandato.

1. PROPUESTA DE 2001

La primera propuesta de regulación del contrato de servicios en Cataluña, se contiene en un Informe realizado por encargo de la Sección de Derecho Patrimonial de la Comisión de

Codificación del Observatorio de Derecho Privado de la Generalitat de Cataluña, como trabajo preparatorio del Código Patrimonial de Cataluña, que data de abril de 2001.

En este Informe se señalaba la necesidad de una regulación suficientemente flexible para resultar aplicable a las modalidades del contrato de servicios ya existentes y a los nuevos tipos contractuales que se generarán de futuro, teniendo en cuenta que se trata de una tipología extremadamente amplia y diversa.

Entre otras, se concretaban las siguientes propuestas:

1.- En cuanto a la cuestión terminología, se proponía abandonar el término “arrendamiento” y utilizar la de “contratos de servicios”

En cuanto a la denominación de las partes contractuales, se proponía hablar de prestador del servicio y de usuario sin perjuicio de poder utilizar terminología específica en concretas modalidades del contrato, así, por ejemplo, en el caso del contrato de construcción de un inmueble podría ser la que propone la  Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda que habla de promotor, constructor e industriales colaboradores.

2.- Estructura de la regulación del contrato de servicios.

Se proponía distinguir, en la regulación del contrato de servicios, unas disposiciones generales aplicables a cualquier contrato de este tipo (servicios en sentido amplio) y otras disposiciones específicas para determinados contratos de servicios que por sus propias características ya habían sido o deberían ser objeto de una regulación separada, como el de obra inmobiliaria. En estos casos, las disposiciones generales del contrato de servicios serían de aplicación subsidiaria.

Serían contratos tipificados de forma autónoma los de: sociedad, mandato, mediación, depósito, hospedaje, edición, representación teatral y ejecución musical y transporte. Todos ellos tendrían la consideración de contratos especiales frente al general de servicios. Habría una relación generalidad / especialidad que convertiría el contrato de servicios en un cajón de sastre de las relaciones jurídicas dirigidas a la prestación de una actividad que no tuvieran una regulación específica, al tiempo que conformaría una normativa aplicable de forma subsidiaria a los contratos de servicios tipificados de forma autónoma.

3.- Relación entre el contrato de servicios y de ejecución de obra

La propuesta partía de la base de que la única diferencia relevante entre la prestación de un servicio y la ejecución de una obra se encuentra en la posibilidad de distinguir ambas conductas en la línea de prestación de una actividad sin creación o especificación de algo nuevo y actividad dirigida a esta creación. De ahí que contrato de ejecución de obra y contrato de servicios pueden compartir las mismas disposiciones normativas sin perjuicio de que en cuanto a la modalidad de la ejecución de obra se prevean además ciertas reglas relativas a la entrega, la recepción y aceptación de la obra, y se tenga en cuenta la existencia de unos materiales a especificar de cara a regular los riesgos por su pérdida. Habría, por último, que establecer unas normas específicas que regulen la modalidad del contrato de ejecución de obra relativa a la ejecución de obras inmobiliarias, dado la importancia que esta modalidad tiene en el tráfico jurídico y económico, que deben aportar seguridad jurídica a las partes contratantes ya limitar el gran número de conflictos que deben conocer los tribunales.

También se partía de la base de que por regla general la obligación de hacer objeto del servicio o la ejecución de obra debía configurarse como una obligación de medios a menos que de la ley, los usos o de la voluntad de las partes se dedujera que las partes querían garantizar el resultado. Ello sin perjuicio de que en normas reglamentarias o en la regulación del consumo se optara por calificar la actividad comprometida como obligación de resultado. Lo que podía suceder, por ejemplo, en la obligación de hacer principal derivada del contrato de ejecución de obra inmobiliaria. Y es que en este caso parecía conveniente orientar el contrato en el sentido de garantizar la obtención de un determinado resultado jurídico por varias razones: porque el estado

actual de la ciencia así lo permite; porque se puede deducir de forma general de la voluntad de las partes y porque así se viene entendiendo tradicionalmente.

4.- En consideración al precio, se proponía que el contrato de servicios dejara de ser esencialmente oneroso, admitiendo también su gratuidad, aunque a sabiendas de que es naturalmente oneroso, por lo que parecía conveniente establecer la regla general que cuando quien compromete la actividad lo hace en el ejercicio de su profesión u oficio se debe presumir la onerosidad, si bien cabe, evidentemente, prueba en contrario.

El informe contenía una propuesta de texto articulado con unas disposiciones comunes aplicables tanto a la modalidad de contrato de servicios en sentido estricto como al de ejecución de obra; unas disposiciones especiales aplicables únicamente al contrato de ejecución de obra; y aún, unas previsiones específicas para la modalidad de la ejecución de obra inmobiliaria.

2. PROPUESTA DE 2010

Propuesta de incorporación de la regulación del contrato de servicios al Libro VI del CCCat, realizada por encargo del *Observatori de Dret Privat de Catalunya* casi 10 años después²⁹⁾.

Es de señalar que esta propuesta toma en consideración, como no podía ser de otra manera, los trabajos de la regulación del Proyecto académico de Marco Común de Referencia que ya se habían publicado (MCR).

Esta propuesta no dista significativamente, en sus bases esenciales, ni de la anteriormente expuesta de 2001, ni de la que contiene el MCR, si bien añade un análisis crítico de las propuestas del MCR relativas a los deberes de comunicación en el proceso de negociación, a los deberes de colaboración en la ejecución del contrato y a la facultad de modificación unilateral del mismo. Concretamente propone:

- Adoptar la terminología de “contrato de servicios” abandonando toda referencia al arrendamiento;
- Limitar el objeto del contrato de servicios a las relaciones no laborales
- Englobar dentro del concepto de contrato de servicios tanto en contrato de servicios como el contrato de obra, definiendo en contrato de servicios como aquel en el que una parte se obliga a desarrollar una actividad, a cambio o no de remuneración, y prever que este servicio o actividad debe dar lugar al resultado pactado o aquél que razonablemente se pueda esperar.
- Distinguir un capítulo dirigido a la regulación de las disposiciones generales y las normas del Cap. 2 MCR con las debidas adaptaciones, en su caso, y un segundo capítulo dedicado a la redacción de una parte especial con la tipificación de algunos contratos de servicios en particular siguiendo el modelo del MCR.
- En cuanto a la distinción con el mandato, se apuesta por circunscribir el mandato a la realización del mandatario de actos jurídicos de la esfera del mandante. Se defiende que el mandato es también un contrato de servicios.
- Tocando al depósito, y el objeto de custodia, se incluyen asimismo dentro del concepto amplio de contrato de servicios.
- En cuanto a la delimitación con la compraventa, se afirma que habría que distinguir en función del tipo de servicios: venta y posterior instalación del bien o venda de un bien previamente construido, sin descartar la opción del contrato mixto, por la que se decantan los comentarios al MCR.
- Con relación a los deberes de comunicación en el proceso de negociación, se propone simplificar la regla del MCR (IV.C.-2:102) en lo que se refiere a la explicitación de los

supuestos en los que no opera el principio de autorresponsabilidad del cliente (apartado 7) y de los casos en los que debe presumirse el conocimiento por una u otra parte contratante de hechos o circunstancia que habrían de ser advertidos a la contraparte (/apartados 6 y 8), remitiendo a la discrecionalidad judicial.

- En cuanto a los deberes de colaboración en la ejecución del contrato, también se pretende simplificar la propuesta del MCR (IV:C.-2:102, 2:107 i 2:108) recurriendo a la formulación de una fórmula general y algunos ejemplos, poniendo en el centro de gravedad las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.
- Por último, se trata con mayor restricción que en el MCR la facultad de modificación unilateral del contrato, a instancia de cualquiera de las partes (art. IV.C-2:109).

V. CONCLUSIONES

Es preciso acometer con urgencia la reforma del contrato de servicios en el CC español y su modernización. Para ello es imprescindible tener en cuenta las propuestas de reforma que se han efectuado a nivel nacional y europeo, especialmente las que proponen un marco común.

De los trabajos realizados hasta el momento con este objetivo pueden destacarse ya algunas notas que han de suponer las bases de esta nueva regulación. Pasan por establecer unas disposiciones generales aplicables a todos los contratos de actividad, onerosos o gratuitos, que tengan en cuenta que la prestación debida puede configurarse como una obligación de actividad o de resultado. Ello dependerá de lo que establezca la ley, de lo que se deduzca de la voluntad de las partes o de los usos y tiene consecuencias en orden al cumplimiento e incumplimiento de la prestación.

En cualquier caso, interesa que dichas disposiciones comunes regulen cuestiones como: la determinación y el pago del precio; la diligencia exigible en el cumplimiento de la prestación; la duración del contrato y el desistimiento; la aportación de medios, bienes o materiales; la entrega y recepción de la cosa debida y los riesgos por su pérdida; la posibilidad de subcontratación o de intervención de auxiliares en el cumplimiento; los deberes precontratuales de información entre las partes; los deberes de cooperación en la actividad; la sujeción a las instrucciones del principal y la posibilidad de variación unilateral; la conformidad y los remedios de falta de conformidad; la imposibilidad sobrevenida de la prestación; el incumplimiento de la obligación; y el desistimiento de las partes.

A estas disposiciones generales habrá que añadir otras de especiales que regulen determinadas modalidades de contratos de actividad que, por su especificidad, la importancia económica y la conflictividad que plantean lo requieran, limitando las modalidades, entre las que debería contarse la construcción de obra inmobiliaria. Ello sin perjuicio de que se mantengan como contratos de actividad típicos los que tradicionalmente han contado con una regulación específica como los de sociedad, mandato, mediación, depósito, hospedaje, edición, representación teatral y ejecución musical (obras intelectuales) y transporte.

En definitiva, parece que por ahora hay un cierto consenso en la forma en que hay que afrontar la modernización del contrato de servicios, que pasa por la elaboración de unas bases fundamentales en forma de disposiciones generales y una especificación normativa para concretas modalidades que no acaban de quedar determinadas, aunque, desde luego queda mucho por tratar.

FOOTNOTES

¹

Para un estudio detallado de la formación del arrendamiento de obras o servicios, desde la locatio

conducto romana hasta el  [Código Civil](#) español puede consultarse, SOLÉ RESINA, Judith, *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 11 y ss.

²

Este criterio ha sido defendido principalmente por la doctrina francesa. Vid por todos, PLANIOL Y RIPERT, *Traité élémentaire de Drit Civil, T.II, Obligations, Suretés réelles*, París, 1943, p.893. Pero también algunos autores españoles entienden que es aplicable a la distinción entre el contrato de servicios y el de ejecución de obra en el Código Civil español, así, COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil, T.I, Parte General. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1988, p. 523; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español, T.II, Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959, p. 314; entre otros.

³

Este criterio es seguido mayoritariamente por la doctrina italiana. Vid por todos, BARASSI, Ludovico, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, T. I, 2.^a ed., Milán, 1915, p. 599 y ss. Entre los autores españoles que defienden este criterio distintivo se encuentran PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil, T.II, VII, Contratos en particular*, Barcelona, 1982, p. 430; y DE COSSÍO CORRAL, *Ob. Cit.* p. 523; entre otros autores.

⁴

En alguna ocasión han manejado este criterio GETE-ALONSO Y CALERA, M.^o del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, p. 663-664 y BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 63.

⁵

Varias sentencias del Tribunal Supremo mantuvieron este criterio. Así, STS de 7 de octubre (RAJ 4326), de 23 de noviembre (RAJ 5453) y de 19 de diciembre de 1964 (RAJ 5900).

⁶

Muchos autores defienden este criterio como definitorio, especialmente entre la doctrina alemana. Vid por todos, MEDICUS Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, V. I, edición española de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona 1995, pp. 539-540. Entre la doctrina española, entre muchos otros, vid, SALVADOR CODERCH, Pablo, “Comentario al  art. 1588 del CC” en *Comentario del Código Civil, T.II*, Madrid, 1991, p. 1176; TRAVIESAS Miguel, “Contrato de arrendamiento de obras y servicios”, *Revista de Derecho Privado* T. VI, 1919, p. 35; GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos” *Estudios de Derecho Público y Privado en homenaje al Prof. Ignacio Serrano*, V. I, Valladolid, 1965, P. 357; y más reciente, ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, “El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del derecho español”, *Revista de Derecho Civil*. Vol. VI, núm. 2 (abril-junio 2019), p. 169-205.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha convertido el objeto de la obligación de hacer en la nota definitiva en la diferenciación de estos contratos. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias en las que se cuestiona directa o indirectamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes que configura el objeto de la litis. Vid, entre otras, las STSS de 10 de junio de 1975 (RAJ 3265), 27 de octubre de 1986 (RAJ 5960), 10 de febrero de 1987 (RAJ 703), 29 de mayo de 1987 /RAJ 3848), 30 de mayo de 1987 (RAJ 3852), 25 de mayo de 1988 (RAJ 5111), 12 de diciembre de 1988 (RAJ 9430), 11 de marzo de 1991 (RAJ 2209), 12 de mayo de 1994 (RAJ 3573), 7 de febrero de 1995 (RAJ 745), 30 de mayo de 1995 (RAJ 4200), 31 de enero de 1996 (RAJ 546) y 12 de febrero de 1996 (RAJ 866).

7

Para un análisis histórico del origen de esta clasificación de las obligaciones, Vid. SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 37 y ss.

8

Sobre la terminología, los criterios de distinción y las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado propuestos por la doctrina y la jurisprudencia, Vid. SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 37 y ss.

9

Vid. Por todos, LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, T.II, Derecho de Obligaciones, 3.^a ed., Madrid, 1995, pp. 285-28.

10

Esta clasificación de las obligaciones no aparece en el Capítulo III del Título I del Libro IV relativo a las diversas especies de obligaciones. Puede encuadrarse, no obstante, en el Capítulo II de este mismo Título rubricado “De la naturaleza y efecto de las obligaciones”.

11

En este sentido, BADOSA COLLL, Ob. Cit, p. 40 ss. explica que cuando la prestación se concreta en un servicio, el riesgo se circunscribe únicamente al *periculum obligationis*, entendido como la posibilidad de tener que cumplir la propia obligación. Por esta razón, el Código Civil contempla una única vicisitud en relación al servicio: la imposibilidad sobrevenida, que extingue la obligación cuando no es imputable al deudor ( art. 1.184 CC). De ahí que el concepto de riesgo se limite, para el supuesto del contrato de servicios a la imposibilidad sobrevenida de prestar el servicio comprometido.

Compartimos la tesis de que, en el contrato de servicios, el riesgo recae sobre quien encarga el servicio, que deberá cumplir su obligación (pagar el precio) a pesar de la imposibilidad sobrevenida de éste, pues en tanto que el Código omite toda referencia a dicho supuesto, para este caso concreto es de aplicación la

regla general del art. 1184 CC.

En el ámbito del contrato de ejecución de obra, en cambio, el riesgo abarca, además, la posible pérdida de la cosa debida anterior a su entrega, esto es, lo que viene a denominarse el *periculum rei*. A esta alteración de la prestación debida se refieren los arts. 1589 y 1590 CC que responden a la regla *res perit domino* y que comportan que cada parte pierde lo que aportó y entonces, el arrendador pierde el trabajo (el derecho de remuneración del mismo). El derecho de remuneración se extingue, no porque se ha incumplido la prestación debida, sino porque se considera que la pérdida de la obra ha de recaer sobre los que aportaron los elementos económicos que intervinieron en su existencia.

¹²

CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentario a los arts. 1101 y 1104 del CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albadalejo, T- XX, Vol. I, Madrid, 1989, p. 191.

¹³

En este sentido SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, T. XXIV, 1.^o parte, 2.^a ed. Revisada por Lino Rodríguez Arias, Madrid, 1952, p. 434 afirma que “si el servicio se reduce a la mera prestación personal el arrendamiento es de servicios, mientras que si el servicio personal se combina con la transformación u ordenación de materiales, propios del dueño o suministrados por el mismo artífice, entonces, el arrendamiento es de obra”

¹⁴

LUCAS FERNANDEZ, “Comentario a los artículos 1542 a 1544 CC” *Comentarios del Código Civil (Ministerio de Justicia)*, T. II, Madrid, 1991, pág. 1059.

¹⁵

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo”, *Revista de Política Social*, n.^o 71, 1966, p. 159.

¹⁶

Vid por todos ALONSO OLEA, Manuel, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.^a ed., Madrid, 1987 p. 18.

¹⁷

Pueden consultarse los distintos criterios propuestos por la doctrina para distinguir la relación laboral en SOLÉ RESINA, Judith, *Arrendamiento de obras o servicios*, Ob. Cit., pp. 117 y ss.

¹⁸

ALARCON CARACUEL, José Ramón, “La ajenidad en el Mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista española del derecho del trabajo*, 1986, pp. 526 y ss.

¹⁹

Ha sido sostenida, entre otros autores por TRAVIESAS, Miguel, “El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 132, 1918, pp. 90 y ss.

²⁰

Esta nota fue defendida por SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Derecho español común y foral, T.IV, De las obligaciones y contratos*, 2.^a ed. Madrid, 1899, p. 478 y MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español, T.XI, arts. 1604-1789*, 5.^a ed., Madrid, 1950, p. 39, entre otros autores.

²¹

En este sentido COLIN, A. Y CAPITANT, H., *Depósito y Secuestro-Seguro-Juego y Apuesta-Mandato-Gestión de negocios ajenos-Transacción*, Traducido por Demófilo De Buen, Madrid 1925, p. 660.

²²

En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil, T.II, Derecho de Obligaciones.*, V.II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 9.^a ed., Barcelona 1994, p.319; DIEZ-PICAZO PONDE DE LEON, Luis y GULLON BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, V.II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6.^a ed., Madrid, p. 466; y DE DIEGO, Ob. Cit, p. 129; entre otros.

²³

BOCG núm. 58-1, de 12 de abril de 1994

²⁴

BOCG núm. 187-1, de 29 de mayo de 2009

²⁵

Para una explicación detallada de esta propuesta Vid. ESCARTÍN IPIENS, José Antonio, «El contrato de servicios», www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm. (Última consulta 24/11/2019)

²⁶

Se encuentra publicada en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuestas de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

27

Este equipo redactó el Título VIII del Libro V de esta propuesta de CC. Estuvo coordinado por Ana Díaz Martínez y María José Vaquero Pinto y compuesto Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Jesús Estruch Estruch, Adela Serra Rodríguez, María Nélida Tur Faúndez, Antonio Paniza Fullana, Belén Ferrer Tapia, Carmen Villanueva Lupión y Gabriel Macanás Vicente.

28

Para una explicación detallada de la propuesta Vid. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Configuració i tipología dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu”, Ponencia a las XVI Jornadas de Derecho de Tossa de Mar <http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/3/Esther%20Arroyo%20i%20Amayuelas.pdf> (última consulta 2/12/2019) y FERRER I RIBA, Josep, “Vicissituds en la prestación de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte”, Ponencia a las XVI Jornadas de Derecho de Tossa de Mar. <http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/3/Ferrer.pdf>, (última consulta 2/12/2019)

© 2020 [Thomson Reuters (Legal) Limited]