

para determinar si éstas son de aplicación subsidiaria en la regulación del contrato administrativo de obra, es necesario analizar si éste responde al modelo diseñado por el Código Civil. En caso contrario, la remisión se entenderá hecha, no a las disposiciones especiales de este contrato, sino a la normativa de Derecho privado en general.

### 1) Los contratos mercantiles de ejecución de obra.

La doctrina no es pacífica al señalar cuál es el criterio que permite calificar un contrato como mercantil. Algunos autores defienden un criterio objetivo basado en el carácter mercantil del objeto sobre el que recaen<sup>286</sup>. Otros abogan por un criterio subjetivo y señalan que la nota distintiva se halla en la presencia, en el contrato, de un comerciante<sup>287</sup>. Por nuestra parte, entendemos que la resolución de esta cuestión excede del objeto de este trabajo y nos remitimos a la doctrina mercantilista, que es la que ha abordado este tema con mayor profundidad, para su análisis.

En lo que aquí interesa cabe señalar que el régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles se determina conforme el orden de prelación de fuentes establecido en los artículos 2.1 y 50 del C. de c. que remiten a las reglas de Derecho común a falta de ley mercantil y usos de comercio. De ahí que la normativa dispuesta en el Código Civil, relativa al contrato de ejecución de obra, sea de aplicación subsidiaria a los contratos mercantiles de ejecución de obra.

De entre los contratos regulados por la normativa mercantil,

---

<sup>286</sup> BROSETA PONT, Manuel; *Manual de Derecho mercantil*, 10ª ed., Madrid, 1.994, pág. 439.

<sup>287</sup> En este sentido URÍA, Rodrigo; *Derecho mercantil*, 19ª ed., Madrid, 1.992, pág. 562.

y los contratos atípicos a los que la doctrina dedica mayor atención, tienen naturaleza jurídica de contrato de ejecución de obra el contrato de creación publicitaria, el contrato de construcción de buques y aeronaves, y algunas modalidades del contrato de *engineering*<sup>288</sup>. Las líneas que siguen van dedicadas a justificar esta afirmación.

#### A) El contrato de creación publicitaria.

Los contratos publicitarios fueron regulados por primera vez en nuestro país por el Estatuto de la Publicidad, aprobado por Ley de 11 de junio de 1.964 y desarrollado por la Orden de 23 de junio de 1.966, que se refiere a contratos publicitarios cinematográficos, derogados por la Ley 34/1.988, de 15 de noviembre, General de Publicidad, que se halla vigente en la actualidad.

Por regla general, estos contratos tienen el carácter mercantil que le otorga el hecho de que una de las partes sea un empresario, o que la actividad publicitaria se desarrolle en el ejercicio de otra empresarial<sup>289</sup>.

El artículo 9 de la L.G.P. establece que aparte de las normas especiales establecidas en esta ley, rigen para estos contratos las reglas generales del Derecho común. De ahí el interés en examinar la naturaleza jurídica de estos contratos en aras de determinar la regulación civil aplicable subsidiariamente a cada uno de ellos.

---

<sup>288</sup> Esta enumeración no tiene pretensión de exhaustividad. De hecho es prácticamente imposible limitar el número de contratos atípicos que existen en la realidad. Sin embargo, señalamos ya que, como comprobaremos en el próximo capítulo, la mayoría de los contratos mercantiles de actividad son, en verdad, contratos de servicios, y no contratos de ejecución de obra.

<sup>289</sup> En este sentido JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J., *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1.992, pág. 517.

En los artículos 15 y siguientes, la mencionada Ley define los principales contratos de publicidad entre los que se encuentran el contrato de publicidad, el contrato de difusión publicitaria, el contrato de creación publicitaria y el contrato de patrocinio. Aquí atenderemos únicamente al contrato de creación publicitaria; el resto, será examinado al tratar de los contratos mercantiles de servicios.

El contrato de creación publicitaria queda definido en el artículo 22 como "aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor del anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario".

La delimitación entre el contrato de creación publicitaria y el contrato de publicidad plantea algunas dificultades<sup>290</sup>. La mayoría de la doctrina lo resuelve afirmando que el primero tiene un ámbito mucho más reducido que el segundo<sup>291</sup>. En el contrato de creación publicitaria se programa pero no se ejecuta, y en el de publicidad, la agencia se obliga a prestar determinados servicios a los que se les puede añadir la creación publicitaria transformándose así en un contrato mixto de servicios y ejecución de obra<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> El artículo 15 de la L.G.P. define el contrato de publicidad como "aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma. Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria".

<sup>291</sup> En este sentido URÍA, *Ob. Cit.*, pág. 675; JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 521; y SANCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil, T.II, Títulos y valores, contratos mercantiles, derecho concursal y marítimo*, 17ª ed., Madrid, 1.994, pág. 168; entre otros.

<sup>292</sup> Sobre esta cuestión volveremos en el próximo capítulo.

Tal como queda conceptualizado podemos afirmar que el contrato de creación publicitaria es un contrato de actividad dirigido a la creación de un elemento publicitario, a cambio de un precio. La creación es un proyecto de campaña publicitaria, y puede concretarse en la elaboración de unos dibujos, en la redacción de determinadas frases, esquemas, etc. El resultado de la creación es un bien inmaterial que puede ser objeto de protección por parte de la propiedad industrial o intelectual<sup>293</sup>.

La naturaleza de contrato de ejecución de obra del contrato de creación publicitaria parece evidente teniendo en cuenta que el primero quedó definido como aquel en virtud del cual una parte se obliga a crear una cosa corporal, obtenida a través de la especificación de unos materiales, o incorporea, susceptible de ser identificada con independencia del resto de las cosas a las que puede ser incorporada y con autonomía propia, y a entregarla a la otra parte a cambio de un precio cierto<sup>294</sup>.

Por lo que cabe afirmar que cuando la creación publicitaria se retribuye a tanto alzado serán de aplicación subsidiaria, en la regulación de este contrato, las normas establecidas en los artículos 1.588 a 1.600 del Código Civil.

#### **B) El contrato de construcción de buques y aeronaves.**

El contrato de construcción de buques es atípico, esto es, no se halla regulado ni en el C. de c. ni en ninguna ley especial; sin embargo, a él hacen referencia los artículos 574, 580.8 y 952.1 del C. de C.

Los problemas no resueltos por los pactos establecidos en el propio contrato por las partes, las reglas generales de la contratación mercantil, o por los usos, habrán de solucionarse,

---

<sup>293</sup> SANCHEZ CALERO, *Ob. Cit.*, pág. 168.

<sup>294</sup> SANCHEZ CALERO, *Ob. Cit.*, pág. 168.

a tenor de lo dispuesto por los artículos 2 y 50 del C. de c., con base en los preceptos del C.C., por lo que interesa determinar la naturaleza jurídica de este contrato.

BROSETA lo define como el "contrato por el que el constructor se obliga, mediante precio, a construir y a entregar el buque con las características y dentro del plazo pactado"<sup>295</sup>. URÍA señala que es "aquel por el que una persona se obliga, mediante un precio, a la construcción de un buque por cuenta de otra y a la entrega a ésta del buque construido"<sup>296</sup>.

Este contrato puede adoptar dos modalidades: en la primera, el propietario procura y facilita todos o parte de los materiales necesarios y con ellos el constructor se obliga a construir y a entregar el buque; en la segunda, el propietario contrata la construcción obligándose a pagar el precio convenido, procurándose el constructor los materiales y el trabajo indispensables para construir y entregar el buque<sup>297</sup>.

Se trata, en definitiva, de un contrato de actividad dirigida a la creación de una cosa nueva a partir de la especificación de unos materiales<sup>298</sup>, suministrados o no por quien encarga el trabajo, y a cambio de un precio, que encaja perfectamente en el contrato de ejecución de obra tal como ha quedado definido<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> BROSETA, *Ob. Cit.*, pág. 812.

<sup>296</sup> URÍA, *Ob. Cit.*, pág. 1.049.

<sup>297</sup> En este sentido BROSETA, *Ob. Cit.*, pág. 812.

<sup>298</sup> SANCHEZ CALERO [*Ob. Cit.*, pág. 501] afirma que "la construcción de un buque es un caso de especificación, que crea una cosa nueva que adquiere una individualidad, con relación a los materiales que han sido necesarios para su construcción."

<sup>299</sup> La mayoría de la doctrina mercantilista comparte la opinión de que el contrato de construcción de buque es un contrato de ejecución de obra. Así, BROSETA, *Ob. Cit.*, pág. 812; SANCHEZ CALERO, *Ob. Cit.*, pág. 502; URÍA, *Ob. Cit.*, pág. 1.049; JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 702; y CANO RICO, José Ramón, *Manual práctico de contratación mercantil*, T.I, Contratos

La forma de determinación de la retribución de la construcción de buque es en la práctica, generalmente, el precio alzado<sup>300</sup>, por lo que la remisión general a las normas de Derecho común, debe entenderse, en este caso concreto, realizada especialmente en relación a los artículos 1.588 a 1.600 del C.C.

Lo dicho respecto al contrato de construcción de buques es aplicable al contrato de construcción de aeronaves.

### c) Los contratos de *engineering*.

El profesor RIVERO<sup>301</sup> explica que bajo el término de "contratos de *engineering*" se presentan numerosas variedades con diferentes prestaciones posibles a cambio de un precio. Las prestaciones pueden consistir en la realización de estudios técnicos de organización empresarial, productividad, modernización o ampliación de empresas; en estudios de mercado o promoción de actividades industriales o mercantiles; en la confección de proyectos industriales; o en la construcción y montaje de plantas industriales complejas con entrega "llave en mano".

Son contratos de empresa y, por tanto, tienen naturaleza mercantil. Sin embargo, la legislación mercantil no se ha ocupado todavía de estos contratos<sup>302</sup>, de modo que los problemas que se

---

*mercantiles en general*, 3ª ed., Madrid, 1.993, pág. 347.

<sup>300</sup> En este sentido BROSETA, *Ob. Cit.*, pág. 812; y URÍA, *Ob. Cit.*, pág. 1.049.

<sup>301</sup> RIVERO en LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil*, T.II, *Derecho de Obligaciones*, V.II, *Teoría General del Contrato*, 2ª ed., Barcelona, 1.987, pág. 267.

<sup>302</sup> Tan sólo se encuentran considerados en el Decreto de 21 de septiembre de 1.973 y en las Ordenes Ministeriales de 5 de septiembre de 1.973, 30 de julio de 1.981 y 22 de febrero de 1.985, siempre que afecten a tecnología extranjera adquirida por

planteen deberán resolverse con base en las disposiciones de las partes, las reglas generales de la contratación mercantil, los usos de comercio y las normas de Derecho Civil, en este orden.

La doctrina señala cuatro posibles modalidades de *engineering*: 1) *Consulting engineering*; 2) Contrato de asistencia técnica "llave en mano"; 3) *Know-how* o transferencia de tecnología; y 4) *merchandising* o contrato mercantil de comercialización o mercadeo.

En el *consulting engineering*, la empresa se limita a proporcionar estudios de carácter técnico y económico de organización comercial, mediante precio, para otras empresas que realizan el encargo<sup>303</sup>.

Por el contrato de asistencia técnica la empresa *engineering* se obliga, a cambio de un precio, a instalar una planta o fábrica completa, debiendo ser entregada en condiciones de inmediato funcionamiento<sup>304</sup>.

En el contrato de *Know-how* (saber hacer) se produce una cesión de patentes o procedimientos industriales no patentados que exige, frecuentemente, la colaboración de técnicos que intervienen en la puesta en marcha de los métodos de producción<sup>305</sup>.

En la modalidad del *merchandising* una empresa colabora con otra haciendo que sus productos sean más competitivos mediante la realización de estudios de producto, elementos identificativos o envoltorios, facilitando su almacenamiento o transporte, o

---

un residente o domiciliado en España.

<sup>303</sup> RIVERO, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 267; y JIMENEZ, *Ob. Cit.*, pág. 505.

<sup>304</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 506.

<sup>305</sup> JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 506; y RIVERO, *Ob. Cit.*, pág. 267.

incrementando la eficacia de los puntos de venta<sup>306</sup>.

Así definidos nos planteamos ahora su naturaleza jurídica. Los contratos de *consulting engineering* y de asistencia técnica "llave en mano" implican únicamente la obligación por parte de la empresa *engineering* de crear una cosa nueva: en el primer caso, una cosa inmaterial (estudios de carácter técnico y económico de organización empresarial); y en el segundo, una cosa material (una planta o fábrica dispuesta para su funcionamiento). Así pues, se trata de dos contratos caracterizados porque la prestación debida es una actividad de creación de una cosa nueva que quedan englobados dentro del concepto, anteriormente propuesto, de contrato de ejecución de obra<sup>307</sup>.

Por contra, en las modalidades de *know-how* y *merchandising* la actividad no se dirige fundamentalmente a la creación de una obra. El primero es fundamentalmente un contrato de cesión de derechos, aunque puede presentarse como un contrato mixto de cesión de derechos y de servicios; y el segundo, tiene, normalmente, la naturaleza jurídica de contrato de servicios, aunque en ocasiones, puede presentarse como un contrato mixto de servicios y ejecución de obra, o, incluso, puede gozar de la naturaleza jurídica de contrato de ejecución de obra -cuando colabora en pro de la competitividad de la empresa únicamente mediante estudios de producto<sup>308</sup>.

De ahí que quepa afirmar que los artículos 1.588 a 1.600 del C.C. sólo pueden predicarse, en principio, de aplicación

---

<sup>306</sup> En este sentido JIMENEZ SANCHEZ, *Ob. Cit.*, pág. 505.

<sup>307</sup> En contra, URÍA [*Ob. Cit.*, pág. 679] y JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 505] califican estos contratos como contratos de servicios, aunque éste último autor reconoce que el contrato de asistencia técnica participa también de la naturaleza del contrato de ejecución de obra.

<sup>308</sup> Sobre estas modalidades volveremos cuando tratemos los contratos de servicios mercantiles.

subsidiaria a las modalidades de *consulting engineering* y asistencia técnica, cuya retribución se pacte a tanto alzado, debiéndose examinar caso por caso su posible aplicación en la modalidad del *merchandising*.

## 2) El contrato laboral de ejecución de obras.

La normativa laboral hace referencia a la contratación de obras en diversas ocasiones. Así:

El Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1.980, de 10 de marzo<sup>309</sup>, dispone en su artículo 8.2 que "deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los celebrados para la formación, por tiempo o para obra o servicio determinado, cuya duración sea superior a cuatro semanas...". El artículo 15 de este mismo cuerpo legal establece que "el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada: a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de obra o servicio determinados".

El término "obra" aparece empleado en estos preceptos en el mismo sentido, ya comentado, que fue utilizado en el artículo 1.583 del Código Civil. Esto es, la expresión "contratos celebrados para una obra determinada" hace referencia a los contratos celebrados para la realización de una determinada actividad o trabajo, y no a los contratos de trabajo celebrados para la creación de una cosa, aunque no debe olvidarse que nada impide que la actividad contratada se dirija a la consecución de una obra. "Obra", significa aquí trabajo o actividad y cumple, como en el artículo 1.583 del Código Civil, una función

---

<sup>309</sup> B.O.E. de 14 de marzo de 1.980.

instrumental dirigida a fijar la duración del contrato, en este caso de trabajo, que se extingue automáticamente al ejecutarse la obra.

El término "obra" aparece utilizado en este mismo sentido en los artículos primero y segundo del Real Decreto 2546/1.994 de 29 de diciembre<sup>310</sup>, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación. El artículo primero de este Real Decreto afirma que "De conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, se podrán celebrar contratos de trabajo de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Para la realización de una obra o servicio determinados...". Por otra parte, el artículo 2 dispone el régimen jurídico de los contratos para obra o servicio determinados, y establece que "1. Este contrato tiene por objeto la realización de una obra o un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la Empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta...2. El contrato para obra o servicio determinado tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá especificar con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificar suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto. b) La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio".

De todo ello cabe concluir que las referencias expresas que la legislación laboral realiza en torno a la realización de obras no implican necesariamente la ejecución de obra en el sentido de creación de una cosa *ex novo*, sino que se corresponden con la realización de un trabajo o prestación de una actividad de duración determinada.

Se plantea entonces la siguiente cuestión: ¿la ejecución de una obra, entendida en el sentido de la prestación de una

---

<sup>310</sup> B.O.E. de 26 de enero de 1.995.

actividad dirigida a la creación de una cosa *ex novo*, queda excluida de la normativa laboral?, o, en otras palabras, ¿la ejecución de una obra puede tener naturaleza laboral?.

La doctrina ha propuesto soluciones diversas a esta cuestión que parten de premisas distintas. Los posibles puntos de partida son básicamente dos: el primero se basa en la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de obra y sostiene la tesis de que el contrato de trabajo es un tipo de contrato de servicios, motivo por el cual excluye la ejecución de obra del contrato laboral; el segundo, trata de descubrir la naturaleza jurídica de este contrato en función de los diversos criterios que delimitan el ámbito de aplicación de la normativa laboral.

Un sector de la doctrina encuadra el contrato de trabajo dentro del contrato de servicios, como una especie de éste. De este modo, el criterio de distinción entre el contrato de ejecución de obra y el contrato de trabajo se corresponde con el que diferencia el contrato de ejecución de obra con el contrato de servicios.

Partiendo de esta premisa algunos autores niegan la posibilidad de atribuir naturaleza jurídica laboral al contrato de ejecución de obra. En este sentido, argumentan su posición con base en la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>311</sup>. El contrato de trabajo, que es un tipo de arrendamiento de servicios, dicen, no puede dar lugar a obligaciones de resultado, y teniendo en cuenta que el contrato de ejecución de obra tiene como objeto contractual un resultado concreto, no puede ser un contrato de trabajo. La concreta determinación del objeto contractual excluye la

---

<sup>311</sup> En este sentido ALARCON CARACUEL, José Ramón, "La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo" en *Revista española del derecho del trabajo*, 1.986, pág. 519.

dependencia de quien realiza la actividad respecto de quien la encarga, y excluye, por tanto, el contrato de trabajo.

Esta posición también ha sido sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que excluye del ámbito laboral el contrato de ejecución de obra, y aporta una serie de criterios que defiende como válidos para distinguir el contrato de trabajo del contrato de ejecución de obra<sup>312</sup>.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 22 de febrero de 1.954<sup>313</sup>. Los hechos que dan lugar a la *litis* son los siguientes: una parte encarga a otra la construcción de un pozo. En el desarrollo de esta actividad quien debía construir el pozo sufre un accidente y pide indemnización al propietario, que se niega fundándose en un contrato suscrito entre las partes por el que le abonó 1.000 pesetas en concepto total de indemnización y en el que se estipuló el precio de 4.000 pesetas por la construcción del pozo. Presentada demanda ante Magistratura, ésta se declara incompetente, negando al accidentado la condición de obrero trabajador. Recurrido el proceso, el Ministerio Fiscal estima improcedente el recurso. El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Magistratura y señala:

"Que en el concepto genérico de la locación se han reunido tradicionalmente dos especies de contratación del trabajo ajeno mediante remuneración: el arrendamiento de obras *-locatio operis-* y el de servicios *-locatio operarum-*, que si tuvieron confusa diferenciación conceptual y normativa, actualmente ofrecen caracteres peculiares, tanto en el aspecto jurídico como en el económico, sobre todo desde que el contrato de trabajo se ha incorporado al Derecho social, en el que se restringe la autonomía de la voluntad de las partes, que impera en la locación

---

<sup>312</sup> La validez de estos criterios ha sido cuestionada en el Capítulo II.

<sup>313</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.954 (Sala 6ª), R.A.J. n.º. 618.

de obras, la que continúa en la esfera del Derecho privado civil, distinción ésta que afecta al orden jurisdiccional."

"Que la diferencia de mayor relieve entre las expresadas modalidades contractuales está en su aspecto económico, pues en el contrato de trabajo se retribuye el tiempo, y en el de obras, el resultado, de donde se sigue que el riesgo del trabajo en el contrato de esta denominación lo asume el empresario a quien se presta el trabajo, y en el de obras corre a cargo del contratista, el que no puede exigir retribución si la obra se destruye antes de ser entregada y responde después de ser entregada de los vicios que determinen su ruina, artículos 1.590 y 1.591 del Código Civil."

"Que en el contrato de trabajo el locator no tiene interés económico en el resultado, salvo en algunas modalidades de participación en los beneficios de la empresa, siendo, por tanto, su interés la percepción del salario, mientras que en el contrato de obras no se concierta salario, sino retribución en que se calcula el coste de la obra, buscando el locator una ganancia aleatoria en compensación de su trabajo y, a veces, de los elementos materiales que suministre."

"Que el contrato de trabajo no puede ser rescindido por el empresario sin justa causa predeterminada en la Ley, mientras el de obras puede el dueño rescindirlo a su voluntad con la oportuna indemnización (art. 1.594 del Código Civil)."

"Que el contrato de trabajo implica subordinación del trabajador en la realización del trabajo que la empresa dirige, en tanto que en el de obras la dirección corresponde al contratista, sin más que sujetarse a las condiciones pactadas, y por ello, las realiza a las condiciones pactadas por su cuenta y riesgo y responde del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra (art. 1.596 del Código Civil)."

"Que reuniendo el contrato de esta referencia, según los

hechos probados, que no se impugnan, todas las características asignadas anteriormente al contrato de obra y no al de servicios, es indudable el acierto de la sentencia recurrida al declarar la incompetencia de la jurisdicción, sin que obste a la calificación del contrato el hecho de que el contratista sea un trabajador que habitualmente preste un trabajo asalariado, pues el más modesto trabajador puede contratar obra, y así resulta del contrato incorporado al juicio que demuestra un ajuste por la ejecución de una obra por precio alzado, sin aportación de materiales por el contratista."

En sentido similar se pronuncia la Sentencia de 21 de abril de 1.971<sup>314</sup>. Los hechos que dan lugar a la *litis* son los siguientes: celebrado un contrato entre el señor C. y unos profesionales de la rama de la construcción para la ejecución de obras de albañilería para la edificación de una villa de recreo, quedando sentado como afirmación básica en la sentencia recurrida que el señor C. contrató como mandatario del señor T. El señor T. fue demandado sobre reclamación de cantidad. La sentencia de primera instancia le condena a pagar, aunque en cantidad inferior a la total demandada. La Audiencia la confirma. Y el Tribunal Supremo declara no haber recurso.

El recurrente señor T. alegó en casación que el contrato era de trabajo, por lo que la competencia no corresponde a la jurisdicción civil. El Supremo rechaza este motivo con base en que "facultado un encargado por el dueño de la finca con el objeto de que unos trabajadores realizaran, por cuenta de éste, las obras necesarias para la construcción de aquella villa de recreo, pagándoles por "unidad de medida construida", existe un mandato, no limitado, por esas sugerencias aducidas en el motivo relacionadas con el contenido del artículo 1.544 del Código Civil, que no afectan a las relaciones peculiares que surgen del mandante y mandatario, por lo que las personas que intervienen en este proceso no advienen a él, ligados a un vínculo laboral,

---

<sup>314</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1.971 (Sala de lo civil), R.A.J. n° 2397.

sino como consecuencia de una relación civil propia de la competencia de la jurisdicción civil ordinaria, aunque en ella se tienda a satisfacer exigencias de la legislación especial de trabajo, pues ha de tenerse en cuenta que los actores no percibirían un jornal como función normal, sino que, conforme a lo pactado, se concretó la ejecución de una obra "por metro cuadrado edificado", actuando aquéllos con entera independencia en sus trabajos, y todo ello sin relación de dependencia ni subordinación ni sujeción a hora fija, sino en jornadas de trabajo muy superiores a las normales; y sin inclusión en nóminas, circunstancias todas ellas que alejan de lo laboral el contrato concertado, pues si bien es cierto que la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1.944, en su artículo 3, establece con carácter general una presunción relativa a la existencia del contrato de trabajo entre aquel que lo da, o utiliza un servicio, y el que lo presta, no lo es menos que ello es únicamente aplicable cuando no existe un convenio de otra índole por el que han de regirse los intereses puestos en juego, como aquí sucede, por lo que excluida la cuestión planteada en el litigio de la Reglamentación laboral, declina este motivo del recurso".

En nuestra opinión, esta tesis parte de una premisa falsa. Como ya hemos anunciado y argumentaremos más adelante, entendemos que la obligación de ejecutar una obra no es una obligación de resultado, por lo que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado no sirve para distinguir el contrato de servicios del contrato de ejecución de obra. En ambos casos hay una obligación de realizar una conducta (dirigida a la creación de una cosa en un caso, y sin esta pretensión en el otro) con la diligencia debida. Y ello sin perjuicio de la diversa distribución de los riesgos por la pérdida de la cosa, que a falta de pacto en contrario corresponden al contratista en el contrato de ejecución de obra y al empleador en el contrato de servicios, o de quien asuma el riesgo o ventura de la puesta en relación de la actividad desarrollada en el mercado, cuestión que estará en función de la forma de retribución pactada por las

partes -los asume el que realiza la actividad si ésta se retribuye a tanto alzado, y el comitente si se paga en función del tiempo dedicado-.

Lo cierto es que la idea de que el contrato de trabajo es una modalidad del contrato de servicios no nos parece suficientemente justificada. El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores delimita el ámbito de aplicación de esta Ley y dice que "la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". En el próximo capítulo analizaremos el sentido con el que parece utilizado en este precepto el término "servicios", pero, adelantamos ya, que no se corresponde con el que los artículos 1.583 y ss. del Código Civil atribuyen a este mismo término. En nuestra opinión, el artículo 1 del E.T. hace referencia al trabajo o actividad desarrollada por una persona y utiliza así la acepción amplia de esta expresión que queda limitada, en la regulación del contrato de servicios que ofrece el Código Civil, por su contraposición con la "ejecución de una obra". En definitiva, entendemos que la realización de una actividad -prestación de servicios entendidos en sentido amplio- dirigida a la creación de una cosa -ejecución de una obra- no queda, en todo caso, excluida del ámbito de aplicación de la Ley laboral.

En este sentido se ha pronunciado, en diversas ocasiones, el Tribunal Supremo<sup>315</sup>. Esta tesis es defendida por un sector de la doctrina que afirma que la Ley laboral comprende dentro del contrato de trabajo, tanto los supuestos en que una parte se obliga, a cambio de una remuneración, a prestar a la otra determinados servicios, como los supuestos en que una parte se obliga a cambio de una remuneración a ejecutar una obra a favor

---

<sup>315</sup> Vid. por todas Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 6ª) de 12 de abril de 1.966, R.A.J., nº 2141.

de la otra parte<sup>316</sup>.

Desde una posición absolutamente contrapuesta SAGARDOY<sup>317</sup> defiende la naturaleza jurídica laboral de todo contrato de ejecución de obra. Este autor parte de la crítica a la aplicación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado a la distinción entre los contratos de trabajo y ejecución de obra porque afirma que "ni en el arrendamiento de servicios se prescinde por completo del resultado, ni, viceversa, en la ejecución de obra de la actividad"<sup>318</sup>.

El citado autor entiende que la naturaleza laboral del contrato de ejecución de obra se desprende de la interpretación del artículo 1 de la antigua ley del contrato de trabajo, que dispone que se entenderá por tal, "cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias personas participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración, sea la que fuese la clase o forma de ella", así como del artículo 1 del vigente Estatuto de los trabajadores transcrito anteriormente.

Según SAGARDOY<sup>319</sup>, el contrato laboral se caracteriza frente al civil por presentar la nota de la dependencia de quien realiza el trabajo frente a quien lo encarga, entendiendo por dependencia la obligación de cumplir un encargo. Entonces, dice,

---

<sup>316</sup> En el mismo sentido ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, T.II, V.II, *Ob. Cit.*, pág. 290; SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, T.IV, *Ob. Cit.*, pág. 332; CASTAN, *Derecho civil español común y foral*, T.IV, *Ob. Cit.* pág. 455; y BONET RAMON, *Código Civil comentado...*, *Ob. Cit.*, pág. 1210, entre otros.

<sup>317</sup> SAGARDOY, *Ob. Cit.*, pág. 61.

<sup>318</sup> SAGARDOY, *Ob. Cit.*, pág. 30.

<sup>319</sup> SAGARDOY, *Ob. Cit.*, pág. 46.

en el contrato de ejecución de obra hay dependencia porque el contratista debe cumplir el encargo recibido, y por ello, puede afirmarse que es éste, de *lege data*, un "contrato de trabajo especial". Su especialidad, afirma, dimana de la no incorporación del contratista a la empresa y del carácter no continuado de sus prestaciones.

La crítica a esta tesis ha sido magistralmente expuesta por ALARCON CARACUEL<sup>320</sup> que afirma que entender por "dependencia" - como propone SAGARDOY- el tener que cumplir el encargo recibido, desnaturaliza el concepto de dependencia. Según ALARCON, por estar "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona" (artículo 1 E.T.) debe entenderse quedar sujeto al poder empresarial de especificación de la prestación objeto de la obligación contractual. La dependencia será mayor o menor según cómo se configure exactamente el supuesto de hecho, pudiendo llegar a ser prácticamente inapreciable -como sucede en el contrato de trabajo a domicilio o en el contrato de obra-, por lo que no sirve como nota distintiva entre los contratos de naturaleza civil y los de naturaleza laboral.

Este autor propone una solución distinta para esta diferenciación: el criterio de la "ajenidad en el mercado" permite caracterizar los contratos laborales frente a contratos civiles de actividad, y, en su opinión, es de especial utilidad para solucionar la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de ejecución de obra.

Nosotros pensamos que se trata de un criterio válido en orden a la distinción que nos ocupa, aunque no estamos de acuerdo con la aplicación que de él hace en el ámbito del contrato de ejecución de obra.

Según ALARCON<sup>321</sup> el contrato de ejecución de obra se

---

<sup>320</sup> ALARCON, *Ob. Cit.*, págs. 526 y ss.

<sup>321</sup> ALARCON, *Ob. Cit.*, pág. 527.

caracteriza porque el contratista se relaciona directamente con el mercado de bienes y servicios, y de ahí la posibilidad de ganancia y también de pérdida que comporta la utilidad patrimonial y el riesgo que asume el contratista. Nunca podrá predicarse la "ajenidad en el mercado" del contrato de ejecución de obra, porque en él no se da la estructura triangular empleado/intermediario/empleador, y de ahí que nunca pueda configurar un contrato laboral.

Este autor entiende que la ajenidad en el mercado está directamente relacionada con la forma de retribución de la actividad a tanto alzado, esto es con la asunción por parte de quien realiza la actividad del riesgo o ventura (pérdidas o beneficio) que ésta comporte en su puesta en relación con el mercado. Por nuestra parte, discrepamos de esta premisa:

1) En primer lugar porque, como ya hemos argumentado páginas atrás, el contrato de ejecución de obra no se caracteriza más que en una de sus posibles modalidades por esta forma de fijar el precio, y entonces, la ajenidad en el mercado no se daría en todos y cada uno de los contratos de ejecución de obra, sino sólo en los contratos de ejecución de obra a tanto alzado.

2) Además, pensamos que no debe confundirse la existencia de una relación triangular -que implica la ajenidad en el mercado- con una determinada forma de retribución. Aunque la ejecución de un obra se convenga a precio alzado o ajuste puede haber entre el empleado y el mercado un intermediario -y, entonces, habrá una relación laboral-, porque si bien esta forma de remuneración desplaza una parte del "riesgo" de pérdidas o ganancias al empleado, deja para el intermediario -si existe- otra parte importante que es la que conlleva colocar la obra ejecutada en el mercado.

Es decir, aunque es cierto que el contratista asume, a falta de pacto en contrario, el riesgo de la pérdida de la cosa antes de su entrega, no puede afirmarse que asuma, asimismo, los

riesgos de las posibles pérdidas económicas o beneficios que tal actividad provoque.

Una correcta aplicación del criterio de la ajenidad en el mercado lleva a la afirmación de que el contrato de ejecución de obra -como el contrato de servicios<sup>322</sup>- puede tener naturaleza civil o naturaleza laboral.

Lo cierto es que la interesante aportación del profesor ALARCON no hace sino demostrar la validez de la tesis sostenida, sobre este punto, por ALONSO OLEA<sup>323</sup>, y que nosotros compartimos. Este autor afirma que cabe hablar de contrato de trabajo de ejecución de obra. Así señala que "la ejecución o arrendamiento de obra es un contrato de trabajo, siempre que el trabajador o ejecutor de la obra, además de comprometer su trabajo personal, se limite a pretender por ella un salario, y no un lucro especial y distinto del salario, un beneficio, que es lo que califica un nuevo contrato: el contrato de empresa", y añade: "el tipo genérico del contrato de prestación de resultado o arrendamiento de obra abarca, a la vez, contratos de trabajo y contratos de empresa, según haya o no beneficio", de modo que "se encontrarán ejecuciones de obra que, efectivamente, son contratos de trabajo".

### 3) El contrato administrativo de obras.

La legislación de Derecho público regula los contratos administrativos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos

---

<sup>322</sup> Reservamos para un próximo capítulo el análisis de la naturaleza laboral de los contratos de servicios.

<sup>323</sup> ALONSO OLEA, Manuel, "En torno al concepto del Derecho del Trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, 1.967, pág. 136.

de las Administraciones Públicas<sup>324</sup>, que deroga la Ley de Contratos del Estado de 1.965, así como las disposiciones modificativas de la misma y el Reglamento General de Contratación del Estado de 1.975 y las disposiciones modificadoras del mismo, entre otras normas.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas nace con la pretensión de acomodar la redacción de la Ley de Contratos del Estado al imperio del artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva para promulgar la legislación básica sobre contratación administrativa<sup>325</sup>.

La Exposición de Motivos pone de relieve que a diferencia de la Ley de Contratos del Estado, en la que la contratación pública se construyó alrededor del contrato de obras dándole un tratamiento primordial y aplicando por analogía su regulación a los restantes contratos administrativos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla diversos contratos (de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales) a los que da una regulación propia, de acuerdo con sus características particulares, sin perjuicio de la parte general común a toda la contratación administrativa.

Antes de descender al terreno de la distinción de los contratos de obra administrativo y de ejecución de obra civil es necesario apuntar los criterios fundamentales en orden a la diferenciación del contrato civil y del contrato administrativo, porque estos serán, evidentemente, aplicables a la diferenciación entre el contrato civil de ejecución de obra y el contrato administrativo de obra. La delimitación del ámbito de la contratación administrativa debe hacerse con base en la propia normativa administrativa (especial frente a la civil).

---

<sup>324</sup> Publicada en el B.O.E. de 19 de mayo de 1.995.

<sup>325</sup> En este sentido se expresa su exposición de motivos.

El artículo 5.2 de la L.C.A.P. señala que de entre los contratos celebrados por la Administración, tienen carácter administrativo: "a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley". El párrafo tercero de ese mismo artículo añade que "Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables."

En la distinción entre contrato administrativo y contrato privado, la L.C.A.P. sigue en la línea de la derogada Ley de Contratos del Estado<sup>326</sup>, con base en la cual advertían ya GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ que "existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo

---

<sup>326</sup> El artículo 4 de la L.C.E. disponía, en su párrafo primero, que el carácter administrativo correspondía en todo caso a los contratos de obra pública, de gestión de servicios públicos y de suministros, celebrados por la Administración. El párrafo segundo, continuaba atribuyendo el carácter administrativo a "los contratos distintos de los anteriores (los de obras, servicios y suministros), como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualquiera otros" cuando así lo declare una Ley "por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato".