

Este entramado de obligaciones y contratos comporta trasladar las consecuencias de la distinción de las obligaciones y los criterios utilizados para esta clasificación, a la diferenciación entre dos tipos contractuales. En cuanto a las consecuencias, se reducen a la distinta forma de determinar el incumplimiento de la obligación y de asignar los riesgos, por lo que esta clasificación no parece tener entidad suficiente para dar respuesta a las cuestiones que planetan las numerosas variedades de estos contratos⁸¹⁴, ⁸¹⁵. El problema no es menor en cuanto a los criterios de distinción entre ambos tipos de obligaciones que, concretados con frecuencia en la equidad, comportan una importante inseguridad jurídica⁸¹⁶.

Además, cabe destacar que no es absolutamente cierto que la utilización de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado para diferenciar los contratos de servicios y de ejecución de obra se halle "firmemente consagrada en la doctrina"⁸¹⁷. De hecho existe un importante sector doctrinal que niega la utilidad de esta distinción⁸¹⁸, y entre quienes la aceptan hay, asimismo, autores que rechazan su aplicación en orden a la diferenciación de estos contratos⁸¹⁹.

Por otra parte, la referencia a los criterios generales en materia de integración del contrato que permiten -según esta Exposición de Motivos- adscribir un contrato a uno u otro tipo

⁸¹⁴ *Vid.*, págs. 388 y ss.

⁸¹⁵ Sobre este tema volveremos más adelante.

⁸¹⁶ *Vid.*, págs. 372 y ss.

⁸¹⁷ En el mismo sentido LOPEZ LOPEZ, Angel M., "La Proyectoada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil", Ponencia presentada en las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (V), "Proyecto de Ley sobre el contrato de obra y de servicios", Jaen, 28 a 30 de septiembre de 1.995, Publicación interna de las Jornadas, pág. 8.

⁸¹⁸ *Vid.*, págs. 383 y ss.

⁸¹⁹ *Vid.*, págs. 413 y ss.

en los "supuestos fronterizos" convierte, en muchos casos, la regulación propuesta en residual⁸²⁰.

Sin embargo, el principal problema que se produce al identificar la obligación de ejecutar una obra con la obligación de resultado, y la obligación de prestar un servicio con la obligación de medios, reside, en nuestra opinión, en obviar la posibilidad de que en la prestación de un mismo *facere* existan distintas obligaciones para el deudor, algunas de las cuales son de medios, y otras de resultado. Así, por ejemplo, en la prestación de un servicio médico -un reconocimiento general- el médico se halla vinculado por una obligación de medios al emitir el diagnóstico, pero también puede hallarse sujeto a diversas obligaciones de resultado tales como la realización de una radiografía o de una analítica. Esto implica, de seguir el esquema proyectado, una disgregación de la normativa a aplicar en el mismo contrato⁸²¹.

Lo cierto es que este Proyecto, no se limita a "modificar" la actual regulación del contrato de servicios o ejecución de obra, sino que, en verdad, crea dos contratos completamente desconocidos por lo que se refiere a la tradición jurídica de nuestro ordenamiento.

En la actual regulación del Código Civil el objeto del contrato de servicios es la prestación de una actividad -distinta a la ejecución de obra- no tipificada de forma autónoma, a cambio de un precio⁸²², mientras que el contrato de ejecución de obra es aquel en cuya virtud una parte se obliga a crear de una cosa corporal, obtenida a través de la especificación de unos materiales, o incorporal, susceptible de ser identificada con independencia del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con autonomía propia, y a entregarla a la otra

⁸²⁰ En el mismo sentido LOPEZ LOPEZ, *Ob. Cit.*, pág. 7.

⁸²¹ LOPEZ LOPEZ, *Ob. Cit.*, pág. 10.

⁸²² *Vid.*, págs. 325 y ss.

parte a cambio de un precio⁸²³.

Por el contrario, en la normativa proyectada, el contrato de servicios es un contrato en el que la obligación de hacer se entenderá cumplida si el deudor realiza la prestación "con la diligencia exigida por la índole de éste (del servicio prometido) y conforme a las reglas de la profesión, oficio o arte" (art. 1.584.3 del Proyecto), y el contrato de obra es aquel en el que el cumplimiento de la obligación de hacer pasa necesariamente por la obtención del resultado prometido, sin tener en consideración la actividad llevada a cabo para realizarlo.

4) La terminología propuesta.

El Proyecto realiza un cambio terminológico en virtud del cual abandona el término "arrendamiento" en la nomenclatura de estos contratos que pasan a denominarse "contrato de servicios" y "contrato de obra".

Con este cambio terminológico, afirma la Exposición de Motivos, se sigue "una tendencia, ya consagrada firmemente en la doctrina, y no sólo en la española, unánime en la idea de que la teoría unitaria del arrendamiento no tiene hoy otra justificación que el respeto a un precedente histórico completamente superado". Este cambio terminológico, añade, "trasciende a la naturaleza de aquellos contratos y a su contenido y regulación. Los contratos de arrendamiento, en su sentido propio, responden a la finalidad de ceder o transmitir a una persona el uso o el uso y disfrute de una cosa. Su figura característica es el arrendamiento de cosas. Mientras que en los llamados impropiedades arrendamientos de obras o servicios se configuran contratos cuyas prestaciones son típicas obligaciones de hacer, por lo que, ni siquiera por

⁸²³ Vid., págs. 170 y ss.

vía de analogía, cabe aplicarles ni una sola de las reglas que el Código establece para el arrendamiento".

Con el cambio de nomenclatura que propone, el Proyecto se aparta de la tradición romana, seguida por el Código Civil francés y por el propio Código Civil español, y adopta la solución formulada por los códigos germanos que ya en sus redacciones originales regulaban los contratos de obras y de servicios de forma completamente independiente del contrato de arrendamiento de cosas⁸²⁴. Esta modificación responde a la reclamación que en este sentido ha venido haciendo la doctrina a lo largo de los últimos años⁸²⁵.

Por nuestra parte, compartimos la idea de la necesidad de descartar el término de "arrendamiento" para hacer referencia a los contratos que generan la obligación de prestar un servicio o de ejecutar una obra a cambio de una remuneración. El respeto a la libertad personal obliga a abandonar una terminología que sugiere la existencia de una cesión de la personalidad en la obligación de hacer. Sólo las cosas pueden ser cedidas para su uso y disfrute, y por tanto, sólo las cosas pueden ser objeto de arrendamiento.

Pero esta propuesta no llega hasta sus últimas consecuencias, porque en el Título dedicado al arrendamiento y a los contratos de servicios y de obra sigue existiendo un Capítulo -el primero- dedicado a establecer ciertas "Disposiciones Generales" que parecen indicar que persiste cierta afinidad entre estos tipos contractuales. Se trata, en verdad, de un error de ubicación, pues el Proyecto reforma las "Disposiciones Generales del contrato de arrendamiento", que establece el Código, eliminando el precepto que hace referencia a la clasificación de los arrendamientos en arrendamientos de cosas y arrendamientos de obras y servicios (art. 1.542 C.C.),

⁸²⁴ Vid. págs. 50 y ss.

⁸²⁵ Vid. págs. 65 y ss.

así como el que se dedica a definir el contrato de arrendamiento de obras o servicios (art. 1.544 C.C.). Además, traslada parte del contenido del actual artículo 1.546 -ubicado en sede de las Disposiciones generales de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas- al artículo 1.543 -ubicado en sede de las Disposiciones Generales del arrendamiento y de los contratos de servicios y de obra- que omite toda referencia a la denominación de las partes en los contratos de servicios y de obra.

De este modo, las "Disposiciones Generales" que configuran el Capítulo Primero del Título dedicado al contrato de arrendamiento y a los contratos de servicios y de obras se limita a tres artículos que quedan redactados como sigue: 1) el artículo 1.542 establece que "En el arrendamiento, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto"; 2) el artículo 1.543 dispone que "Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa; y arrendatario al que adquiere el uso que se obliga a pagar"; y 3) el artículo 1.544 dice que "Los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato". Los artículos 1.545 y 1.546 quedan sin contenido.

De hecho, ninguna de las disposiciones que propone el Proyecto es de aplicación a los contratos de servicios o de obra -del mismo modo que ninguna de las Disposiciones Generales que establece el Código es aplicable al contrato de arrendamiento de obras o servicios- por lo que, en lo que a este punto en concreto se refiere, queda claro que se pierde la oportunidad de corregir la falta de rigor de la normativa actual. Se trata, entonces, de Disposiciones Generales del Contrato de arrendamiento, y no, en verdad, de Disposiciones Generales de los contratos de arrendamiento, de servicios y de obra, por lo que deberían quedar ubicadas en el Capítulo dedicado al arrendamiento de cosas.

La terminología utilizada en el Proyecto tiene en su haber, como hemos apuntado en líneas anteriores, intentar desterrar de la denominación de los contratos que regula el término

"arrendamiento". Aún así no nos parece la más adecuada.

Utilizar los términos "contrato de servicios" y "contrato de obra"⁸²⁶ implica recuperar de la anterior regulación de estas figuras algunas de sus características y mezclarlas con las notas definitorias de unas figuras completamente ajenas a nuestra tradición jurídica, cosa que comporta, como tendremos ocasión de comprobar, numerosas e importantes incoherencias en la proyectada regulación.

Configurados estos contratos de modo que lo que se compromete es, en un caso una mera actividad, y en el otro, el resultado de la actividad - y no, en un caso, la prestación de un servicio y, en otro caso, la ejecución de una obra-, ¿porqué no hablar de contratos de medios y contratos de resultados?.

5) Las consecuencias de la adopción de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado superpuesta al mantenimiento de algunos conceptos tradicionales.

A pesar de que esta reforma rompe absolutamente con nuestra tradición jurídica, el Proyecto, además de inspirarse en la normativa anterior en cuanto a la terminología que utiliza, aprovecha, principalmente en sede del contrato de obra, parte de la normativa que dispone el Código Civil. En este sentido la Exposición de Motivos anuncia: "Por lo que se refiere al contrato de obra existe una regulación, la que el Código dedicó a las

⁸²⁶ Por nuestra parte preferimos hablar de contrato de ejecución de obra para hacer referencia a lo que el Proyecto denomina "contrato de obra" porque entendemos que de este modo la denominación guarda una mayor relación con el objeto del contrato -que es la ejecución de una obra a cambio de un precio-. Se trata de un contrato de actividad en el que lo esencial es la "ejecución" de la obra, y no, propiamente la cosa -obra- en sí, nota que permite distinguirlo del contrato de compraventa cuyo objeto queda representado por la cosa y el precio.

"obras por ajuste o precio alzado", que ciertamente necesita ser actualizada y completada, pero en la que hay elementos y criterios aprovechables. No puede decirse lo mismo del contrato de servicios, figura totalmente huérfana de regulación, para lo cual cualquier reforma habrá de afrontarse como una regulación "ex novo". De este modo se entremezclan concepciones muy distintas de estos contratos que, como demostraremos a continuación, originan reiteradas e importantes contradicciones.

En nuestra opinión, el principal error se encuentra en confundir el resultado fáctico con el resultado jurídico de una determinada conducta, error que, por otra parte, se encuentra muy extendido en la doctrina actual⁸²⁷. Así, mientras que el resultado que se debe por una obligación de resultado es un fin que se halla *in obligatione*, la obra es el resultado fáctico de una actividad, que se concreta en la creación de una cosa nueva.

Una correcta adopción de la distinción de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado -sobre la que se fundamenta el Proyecto- conduce a ignorar cualquier referencia a la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra, porque lo que interesa es si en el ejercicio de cualquiera de estas actividades, el resultado perseguido por el acreedor forma parte de la obligación. Sin embargo, el Proyecto utiliza con frecuencia el término "obra" para referirse al resultado fáctico de una actividad. Ello puede observarse a lo largo de su articulado, y especialmente, en los preceptos rescatados de la normativa anterior que inciden en la idea de que el resultado se entrega -y, entonces deben regularse las condiciones de la entrega, sus efectos, y los riesgos de la pérdida del resultado anterior a ésta-, mientras que una obligación de medios no comporta nunca la creación de una cosa que deba entregarse.

A su vez, la identificación de los resultados fáctico y jurídico es causa -o efecto- de la confusión entre otro par de

⁸²⁷ Vid., págs. 413 y ss.

conceptos: el de riesgo y el de responsabilidad. Para el caso que la prestación se concrete en la creación de una cosa y su posterior entrega, interesará regular la cuestión de los riesgos, en sus dos facetas: *periculum rei* y *periculum obligationis*. En el supuesto que la obligación sea de resultado, en cambio, interesa destacar la cuestión de la responsabilidad imputable al obligado a prestar la actividad que no consigue obtener tal resultado. Riesgos y responsabilidad aparecen confundidos en el articulado del Proyecto⁸²⁸.

6) La diversidad de los regímenes jurídicos de los contratos de servicios y obras propuestos por el Proyecto.

Cabe ahora cuestionarse si, con las enmiendas necesarias por lo que a la terminología y a la supresión de resquicios de nuestra tradición jurídica se refiere, e ignorando la cuestión de la frecuente presencia de ambos tipos de obligaciones derivadas del compromiso contraído en un mismo contrato, la aplicación de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado goza de la entidad necesaria para justificar la distinción de dos tipos contractuales, o, en otras palabras, si conduce a la previsión de dos regímenes jurídicos suficientemente diferenciados entre sí. Para dar respuesta a esta cuestión atenderemos al contenido del Proyecto, aunque sin ánimo de realizar un comentario de su articulado.

A la regulación del "contrato de servicios" se dedican los artículos 1.583 a 1.587 del Proyecto. El contrato de servicios se caracteriza frente al contrato de obra, en la normativa propuesta, por notas tales como: a) puede tener naturaleza laboral; b) debe tener un ámbito temporal limitado; c) se

⁸²⁸ Vid., págs. 407 y ss.

celebra, con frecuencia, *intuitu personae*; d) exige, en la prestación del servicio, el empleo de una determinada diligencia; e) la retribución es exigible desde que el servicio se haya prestado; y f) se extingue por muerte de quien encargó los servicios.

a) La naturaleza laboral del contrato de servicios. El artículo 1.583 define este contrato en los términos anteriormente expuestos y añade que "los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación".

Esta última proposición establece la necesidad de distinguir el contrato laboral del contrato de servicios y, parece que puede afirmarse que, en tanto no existe una afirmación semejante en el ámbito del contrato de obra, se parte de la premisa de que el contrato laboral es, en realidad, un contrato de servicios que ha adquirido autonomía propia. En este sentido podría afirmarse que el contrato laboral sólo puede tener por objeto la prestación de una actividad considerada en sí misma, y no por su resultado, o, en otras palabras, que el contrato de obra no puede tener naturaleza laboral, afirmación que resulta completamente falsa en tanto que el Estatuto de los Trabajadores no excluye del ámbito de su regulación aquellos contratos en que se prometa la obtención de un resultado, e incluso regula contratos laborales celebrados para la ejecución de una obra determinada⁸²⁹,

⁸²⁹ En concreto, el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la forma de los contratos laborales, establece: "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...".

También el Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos (B.O.E. 23-11-1.984), recoge como supuestos de contratación de duración determinada los contratos celebrados para la realización de una obra o servicios determinados (artículo primero), que define en el párrafo primero de su artículo segundo en los siguientes términos: "Estos contratos tienen por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la Empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de

prestación que, en términos del Proyecto, representaría, también, un resultado⁸³⁰.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos reconoce que "tanto las obligaciones propias del contrato de servicios como las que derivan del contrato de obra pueden surgir en el seno de relaciones de carácter laboral."

De ahí que, a nuestro entender, el artículo 1.583 - comprendido en el Título dedicado al contrato de servicios- no sea la ubicación adecuada para realizar esta afirmación. En cualquier caso, esto es, se prometa la actividad en sí misma considerada o la obtención de un resultado, a cambio de una remuneración, el contrato puede tener la naturaleza jurídica de contrato laboral, por lo que si se considera necesario realizar esta precisión -cuestión que también parece discutible si se parte de la base de que la ley laboral es una ley especial-, debería presentarse en una sección dedicada a las Disposiciones Generales de los contratos "de obras y de servicios".

b) La temporalidad del contrato de servicios. El artículo 1.584 del Proyecto trata de la temporalidad de los servicios en sus dos primeros puntos. En este sentido establece que "Los servicios pueden contratarse por tiempo fijo, por el que se deduzca de la naturaleza y circunstancias de aquéllos o por tiempo indefinido. No puede obligarse una persona a prestar servicios durante toda su vida o por tiempo que exceda notoriamente de lo que sea usual."

Este texto guarda cierto parecido con el que corresponde al artículo 1.583 del Código que dice: "Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo". Sin embargo, puede observarse que el texto propuesto por el

duración incierta."

⁸³⁰ En el mismo sentido LOPEZ LOPEZ, *Ob. Cit.*, pág. 14.

Proyecto varía en dos puntos:

1) A la prohibición de obligarse a la prestación de servicios para toda la vida se suma la prohibición de obligarse "por tiempo que exceda notoriamente de lo que sea usual". Se realiza aquí una interpretación extensiva de la prohibición de celebrar un contrato de servicios para toda la vida, y se añade, de este modo, un nuevo elemento a la protección de la libertad personal, que venía demandando la doctrina.

2) Suprime la referencia expresa a la posibilidad de contratar un servicio "para una obra determinada". Desconocemos las razones que pueden haber llevado a esta supresión, aunque sospechamos que con ella se trata de evitar poner en contacto los términos "obra" y "servicios". En nuestra opinión no hay razón para tal supresión porque debe distinguirse entre la contratación de un servicio para una obra determinada, esto es la contratación de un servicio para el tiempo que dure la ejecución de una obra, y la contratación de la ejecución de una obra determinada, que es la contratación de la ejecución misma de una obra, en el sentido de creación de una cosa nueva.

De hecho, el Proyecto traslada la medida protectora de la libertad personal que recoge actualmente el Código Civil en el artículo 1.583, dedicado a la modalidad del contrato de ejecución de obras o servicios relativa a los criados y trabajadores asalariados, al ámbito de cualquier contrato de servicios.

Ciertamente, parece adecuado extender esta prohibición a cualquier contrato que tenga por objeto una obligación de medios, pero, en nuestra opinión, esta extensión debería llegar más lejos; esto es, debería alcanzar a toda obligación de hacer y, por tanto, también al contrato de obras -ninguna norma se refiere a la temporalidad en la regulación de este contrato-, porque también en su virtud, el deudor podría quedar obligado, para la consecución de un resultado, para toda la vida o "por tiempo que exceda notoriamente de lo que sea usual". De ahí que abogemos

por la necesidad de regular la temporalidad de ambos contratos dentro de lo que debería configurarse como las Disposiciones Generales de los contratos "de obras y de servicios".

c) El carácter *intuitu personae* del contrato de servicios. El artículo 1.584 del Proyecto anuncia en su apartado tercero que: "Cuando se hayan tenido en cuenta la calidad y circunstancias de la persona del obligado deberá éste prestar personalmente el servicio convenido; pero, salvo que se haya pactado lo contrario, podrá valerse del auxilio de otras personas y, en tal caso, responderá de la actuación de éstas."

La primera parte de este precepto menciona la posibilidad de que el contrato de servicios se celebre *intuitu personae*. En este sentido la Exposición de Motivos explica que "En este tipo de contrato existe frecuentemente un "intuitu personae" en relación con la persona que ha de prestar los servicios". Pero este carácter también puede estar presente en el contrato de obras, así el artículo 1.597.2 del Proyecto -que se corresponde con los actuales párrafos 1 y 3 del artículo 1.595 del Código- establece: "Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se extingue por la muerte de esta persona o por cualquier circunstancia sobrevenida que, sin serle imputable, haya dado lugar a la pérdida de aquellas cualidades".

La conclusión a la que conduce la lectura de estos preceptos, es la de que según el Proyecto, tanto el contrato de servicios como el contrato de obra pueden celebrarse *intuitu personae*. Este carácter implica la necesidad de regular determinados aspectos de estos contratos, y esta regulación, debería formar parte de las Disposiciones Generales comunes a ambos.

d) La diligencia en el contrato de servicios. El cuarto y último párrafo del artículo 1.584 establece: "El obligado deberá prestar el servicio con la diligencia exigida por la índole de éste y conforme a las reglas de la profesión oficio o arte.

Durante la ejecución deberá atenerse a las instrucciones que reciba, salvo que impliquen modificación de la prestación convenida o intromisión en el ámbito profesional u ocasionen perjuicios."

La primera parte de este párrafo reitera la norma general del artículo 1.104 C.C.. Su razón de ser puede hallarse en pretender reflejar la adopción de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado para la caracterización de los contratos "de servicios y de obras". De hecho, en él se equipara la obligación de prestar un servicio a la obligación de medios, y de esta manera se determina que el servicio se cumplirá con la prestación de la diligencia exigible, sin que la no obtención de un resultado -no prometido- comporte el incumplimiento del contrato. Más adelante analizaremos las consecuencias de esta equiparación.

En cuanto a la segunda parte de este párrafo, cabe comentar que resulta curioso que se imponga la sujeción del servidor a las instrucciones del que contrata el servicio -con la limitación de la intromisión profesional- y que, en cambio, en ningún momento ésta se considere necesaria para el contratista, ya que con ello se defiende que aquel que se obliga a desarrollar una actividad de forma diligente se encuentra sujeto a instrucciones, mientras que aquel que se obliga a la obtención de un resultado goza, en su actuación, de autonomía técnica.

Lo cierto es que la "garantía" de la obtención de un resultado no se corresponde, en absoluto, con la libertad de decisión técnica, porque nada impide que se garantice la consecución de un resultado cuando la actividad que se encamina a ella se halla sujeta a la dirección técnica de quien la encarga. En este punto parece haber influido la creencia, sostenida equivocadamente por un sector de la doctrina y por cierta jurisprudencia, de que el criterio diferenciador entre los contratos de ejecución de obra y de servicios es el de la dependencia del que realiza la prestación respecto a quien la

encarga; criterio que, en nuestra opinión, sólo resulta aplicable, y con las debidas matizaciones, a la distinción del contrato de servicios o ejecución de obra y el contrato laboral.

e) **La exigibilidad de la prestación.** El artículo 1.585 regula la determinación de la retribución y su exigibilidad, en el contrato de servicios. En este sentido dice que "Cuando no esté pactado el importe de la retribución y tampoco resulte de los usos, se determinará con arreglo al valor común o de mercado; y será exigible una vez que el servicio se haya prestado, salvo que por pacto o uso deba pagarse por períodos de tiempo, por trabajos realizados o de cualquier otro modo".

De este modo, la retribución se fija, en el contrato de servicios, cuando no se haya pactado ni resulte de los usos, con arreglo al valor común o de mercado. Ninguna norma hace referencia a la determinación de la retribución en el contrato de obra, por lo que será necesario, también en este caso, atender, a falta de pacto, a los usos, o al valor de mercado.

En sede del contrato de obra, el art. 1.590 -que se corresponde con los artículos 1.592 y 1.599 del Código Civil- se refiere a la exigibilidad de la remuneración en otros términos: "Si no hubiera pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega. Cuando se haya convenido que la obra se hará por piezas o por unidades podrá exigirse al comitente que la reciba por partes y que la pague en proporción. Las cantidades que se pagaren antes de la recepción de la obra se considerarán como entregas a cuenta del precio".

En cuanto a la exigibilidad de la retribución cabe apuntar que, según estos preceptos, por regla general, el precio será exigible, en el contrato de servicios, cuando el servicio se haya prestado, y, en el contrato de obra, cuando la obra se haya entregado.

A la entrega de la obra se refiere el artículo 1.592.1 y 2

del Proyecto que dispone que "La obra deberá ser realizada y puesta a disposición del comitente en el plazo convenido. A tal fin, deberá el contratista comunicar al comitente la conclusión de la obra, para que proceda a su recepción, que se realizará en el momento que ambos convengan o, en otro caso, al concluir los diez días siguientes. En la recepción podrá el comitente, con los asesoramientos que estime pertinentes, formular reservas, señalando los vicios manifiestos que apreciare, o rechazarla."

La distinción que realiza el Proyecto al fijar la exigibilidad de la retribución -cuando se haya realizado el servicio, en un caso, y cuando se haya entregado la obra, en otro- no encuentra justificación sino es partiendo de que se trata el servicio como una actividad sin creación de una cosa nueva, y la obra como una actividad con creación o especificación de una cosa nueva a partir de una materia. ¿Cómo se explica sino que sólo se considere la entrega en el contrato de obra?.

Se confunden aquí, de nuevo, resultado fáctico y resultado jurídico. Ciertamente de la obligación de resultado no deriva necesariamente la ejecución de una obra, sino que puede concretarse en otro tipo de efecto o consecuencia de una actuación y, entonces, no será necesaria la entrega. Por otra parte, entendemos que el mero hecho de que una persona se obligue únicamente a realizar una actividad diligente no implica que esta actividad no se dirija a la creación de una cosa que deba ser entregada.

Así pues, teniendo en cuenta la definición que ofrece el Proyecto de los contratos de obras y servicios, cabe afirmar que en ambos casos puede o no existir entrega, de modo que, regular la exigibilidad de la prestación en función de que se haya prestado el servicio, en el contrato de servicios, y de que se haya realizado la entrega, en el contrato de obra, resulta absolutamente incoherente. Desde esta perspectiva, la única solución posible pasa por considerar que la retribución debería ser exigible, en ambos supuestos, cuando pueda considerarse

finalizada la actividad -que en algunos casos acaba con la entrega, esto es, con el cumplimiento de una obligación de dar que complementa la obligación principal de hacer-.

De ahí que no observemos ninguna diferencia de interés que justifique una diversa regulación de las condiciones de determinación y exigibilidad de la remuneración de los contratos "de obras y de servicios". En nuestra opinión, respecto al tema de la determinación y exigibilidad de la retribución existe, también, una única solución aplicable a ambos contratos.

f) La extinción del contrato de servicios. El artículo 1.586 del Proyecto hace referencia a la extinción del contrato de servicios. Afirma: "La relación nacida del contrato de servicios se extinguirá por el fallecimiento del que los encargó si sus herederos estiman que, debido a ello, ya no les son de utilidad. El obligado a prestarlos tendrá derecho en tal caso a una indemnización equivalente a la mitad de la retribución correspondiente al tiempo comprendido entre el desistimiento y la conclusión del plazo previsto".

La Exposición de Motivos justifica la regulación de la extinción del contrato de servicios por muerte de quien encargó los servicios, así como la previsión de este único supuesto de extinción del contrato, del siguiente modo: "En este tipo de contratos existe frecuentemente un "intuitu personae" en relación con la persona que ha de prestar los servicios, por lo cual, en tal caso, la muerte de esta persona debe determinar la extinción del contrato. Es ésta una conclusión que fácilmente se obtiene de la aplicación de los preceptos generales sobre las obligaciones, por lo cual se ha considerado incluir, sobre este punto, una regla especial. En cambio, resulta problemático el caso del fallecimiento del que encargó el servicio. En principio, nada impide que este contrato pueda ser transmisible a los herederos, en la sucesión mortis causa. Sin embargo, la relación nacida del contrato de servicios se encuentra teñida por

elementos muy personalizados y, al mismo tiempo, la finalidad buscada con el contrato está muy relacionada con la persona del que contrató los servicios. Por ello, ha parecido que puede ser una justa manera de composición del conflicto, si bien con la obligación de satisfacer la remuneración en aquella parte en que los servicios se hubieran realizado."

Evidentemente, esta introducción merece diversos comentarios.

En primer lugar, parece injustificable la opción que adopta al no establecer, en la regulación del contrato de servicios, la muerte de quien presta los servicios como una causa de extinción del contrato celebrado *intuitu personae* y sí establecerla, en cambio, en sede del contrato de obra (art. 1.597.2 que reproduce el artículo 1.595.1 del Código). Lo cierto es que es difícil de comprender el por qué, el Proyecto parte de la premisa de que el contrato en virtud del cual se promete la prestación de una actividad diligente se celebra "frecuentemente" *intuitu personae*, mientras que reconoce que el contrato en virtud del cual se promete la obtención de un resultado sólo goza de este carácter cuando se encarga una obra a una persona "por razón de sus cualidades personales".

No menos sorprendente resulta el hecho de que la muerte de quien encarga una prestación de hacer se prevea únicamente como causa de extinción del contrato de servicios, y no así del contrato de obra. De la lectura de la Exposición de Motivos puede deducirse que, en este caso, el principal fundamento de esta afirmación se halla en que "la relación nacida del contrato de servicios se encuentra teñida por elementos muy personalizados y, al mismo tiempo la finalidad buscada con el contrato está muy relacionada con la persona del que contrató los servicios".

Estamos, de nuevo, ante una confusión de conceptos. Ahora el servicio se trata como una prestación dirigida a actuar sobre la persona de quien la contrata que se distingue de la ejecución

de obra por contenido del trabajo a realizar. Cosa que está en completa contradicción con el concepto de servicio y de obra que se defiende en otras líneas del Proyecto. Si la obligación de prestar un servicio es una obligación de medios por la que se promete la prestación de una actividad diligente, y la obligación de ejecutar una obra es una obligación de resultado por la que se promete la obtención de un resultado, ¿cómo puede asegurarse que la finalidad buscada por el contrato de servicios está más relacionada con la persona que contrató la actividad, que la finalidad buscada por el contrato de obra?.

Pero no termina aquí la confusión de conceptos del artículo 1.586, porque, al fijar la indemnización que nace de la extinción del contrato de servicios por muerte de quien lo encargó recurre al factor tiempo; en concreto establece que el obligado a prestar los servicios "tendrá derecho a una indemnización equivalente a la mitad de la retribución correspondiente al tiempo comprendido entre el desistimiento y la conclusión del plazo previsto"

Subyace en esta forma de fijar la indemnización el criterio de la forma de fijar la retribución como nota diferenciadora de los contratos de ejecución de obra y de servicios, que califica como contrato de servicios aquél por el que se contrata una actividad que se retribuye en relación al tiempo empleado en ella, y como contrato de ejecución de obra, el contrato en virtud del cual una parte se obliga a prestar una actividad que la otra remunera por ajuste o a tanto alzado. En este sentido, es una clara evidencia la puesta en relación de este precepto con el artículo 1.597.2 *in fine* -que se corresponde con el actual artículo 1.595.2-, según el cual cuando se extingue un contrato de obra celebrado *intuitu personae* sin culpa del contratista "el comitente deberá abonar el valor de la parte de obra ejecutada en proporción al precio convenido y los gastos hechos para la realización de la parte restante, hasta el límite que una y otros le sean de utilidad." En nuestra opinión, no existe justificación a esta diversa forma de fijar la indemnización según la actividad comprometida se concrete en una obligación de medios o en una

obligación de resultado.

El contrato de obra se caracteriza, a su vez, frente al contrato de servicios, en la proyectada normativa, por notas tales como: a) comporta la especificación de unos materiales; b) concede a los subcontratistas acción directa, frente al comitente, para el cobro de sus créditos; c) concede al contratista derechos de crédito preferente; d) atiende a la aprobación de la obra por parte del comitente y a la responsabilidad por vicios de la cosa; e) prevé diversas causas de extinción del contrato; f) atribuye los riesgos al contratista; y g) regula la posibilidad de aumento del precio.

a) La especificación de unos materiales. El artículo 1.588 define este contrato en los términos vistos anteriormente, y además, en su párrafo tercero dispone que "Salvo pacto o uso en contrario, para realizar la obra el contratista pondrá los medios necesarios y los materiales que deberán ser de la calidad adecuada". Este párrafo pretende substituir el actual artículo 1.588 que se expresa con los siguientes términos: "Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material."

Sobre este punto, la Exposición de Motivos del Proyecto anuncia que "La nueva redacción contempla como hipótesis normal, por ser, sin duda, la más frecuente, que sea el contratista quien ponga los materiales, aunque admitiendo que del pacto o de los usos resulte lo contrario". Sin embargo, lo cierto es que esta modificación no tiene ninguna consecuencia práctica, pues sigue en la línea de admitir ambos supuestos como variedades del contrato de obra.

De nuevo, aparece aquí una muestra de la confusión de conceptos que subyace en este Proyecto, que, en lo que a la regulación de la aportación de los materiales se refiere, parece partir, de la idea de que el contrato de obra comporta la

creación de una cosa nueva, creación que no existe en el contrato de servicios. De hecho, no se realiza ninguna referencia a los materiales en sede de contrato de servicios, por lo que se puede deducir que el Proyecto parece partir de la base -completamente injustificada- de que en ningún caso se requiere la utilización de materiales para realizar un servicio. Pero lo cierto es que si un servicio es una actividad considerada en sí misma, nada impide que esta actividad, aun cuando con ella no se prometa un resultado, comporte la creación o la especificación de una cosa a través de unos materiales.

Por ello, en nuestra opinión, también la aportación de los materiales debería ser regulada para ambos contratos en un mismo sentido y ubicarse en las Disposiciones Generales a estos contratos.

b) La acción directa del subcontratista, frente al comitente, para el cobro de su crédito. El artículo 1.589 del Proyecto -que viene a sustituir los artículos 1.596 y 1.597 del Código Civil- se dirige a determinar la responsabilidad del contratista frente al comitente y de las relaciones de ambos con los subcontratistas, y en este sentido expone: "El contratista responderá ante el comitente, aunque para realizar la obra ocupe a otras personas o haya subcontratado con terceros. En las obras ajustadas por precio alzado, el subcontratista y los que suministren los materiales, tendrán acción directa contra el comitente hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se haga la reclamación. El pago hecho atendiéndola no podrá ser tachado de indebido por el contratista si hubiere tenido conocimiento de ella y no se hubiere opuesto fundadamente. En caso de concurso o quiebra del contratista, el crédito del subcontratista gozará de preferencia sobre las cantidades que el comitente adeude a aquél."

En el contrato de servicios, la responsabilidad de la actuación de los auxiliares corresponde, según el artículo 1.584.3 *in fine* del Proyecto, a aquel que se obliga a prestar el

servicio, y según el artículo 1.589.1 del mismo -que reproduce el actual artículo 1.596 del Código-, al contratista. Por lo que en sede de responsabilidad por los actos de los auxiliares, no parece existir ninguna diferencia en los dos contratos, de modo que también en este punto, parece injustificada la duplicidad de disposiciones que podría evitarse estableciendo una Disposición General.

Los párrafos 2 y 3 del artículo 1.589, dedicados a la protección del subcontratista y del que aporta los materiales, no tienen, en cambio, equivalente en el contrato de servicios. Y este hecho sorprende porque: 1) no existe ninguna justificación a esta desigualdad de trato entre los subcontratistas -que colaboran en la consecución de un resultado- y los auxiliares del obligado a prestar un servicio -que colaboran en la prestación de una actividad considerada en sí misma-; y 2) reiteramos la idea de que, con base en el concepto que ofrece el Proyecto de estos contratos, el empleo de materiales no es exclusivo del contrato de obra, por lo que la figura del suministrador -a quien se otorga acción directa contra el comitente en el contrato de obra- también puede aparecer en el contrato de servicios. De nuevo el rigor técnico exigiría tratar estas cuestiones de forma homogénea en ambos contratos.

c) **Los derechos de crédito preferentes del contratista.** Se reproduce aquí la crítica expuesta en el apartado anterior. El artículo 1.591 del Proyecto dice: "Cuando la obra se realice en un inmueble, tendrá el contratista los derechos de acreedor refaccionario. Cuando se realice en cosa mueble tendrá la preferencia prevista en el n° 1 del artículo 1.922, y el derecho a retener la cosa hasta que se realice el pago, pero éste no implica por sí conformidad con la cantidad exigida ni con la obra realizada". Este precepto añade al derecho de retención de cosa mueble que otorga el artículo 1.600 del Código, el derecho de acreedor refaccionario cuando la obra se realice en un inmueble.

Además, el Proyecto insiste, aquí, en la idea de creación

en el contrato de obra -habla del derecho del contratista a "retener la cosa" hasta que se realice el pago- aún cuando haya definido este contrato como aquél en virtud del cual el contratista se obliga a obtener un resultado (que no necesariamente una obra).

d) La aprobación de la obra y la responsabilidad por vicios de ésta. El artículo 1.593 establece que "Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, a la decisión de peritos que nombren las partes aplicando en su caso los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil." Reproduce, pues, casi con exactitud la letra del actual artículo 1.598 del Código. En este precepto se emplea, de nuevo, el concepto de contrato de obra en el sentido de contrato en virtud del cual una parte se obliga a crear una cosa nueva a cambio de una remuneración, y por ello, prevé que pueda convenirse que la obra se ejecute a satisfacción del comitente. Y es que, en otro caso, si las partes han pactado la obtención de un determinado resultado -distinto a la creación de una cosa-, no se comprende cómo éste puede llegar a deber ser realizado a satisfacción del comitente; o existe el resultado, y entonces existe satisfacción del comitente, o no existe el resultado, y entonces falta tal satisfacción.

Del mismo modo, la regulación de la aprobación de la obra y de la responsabilidad por vicios de ésta (artículos 1.594 a 1.596 del Proyecto) sólo es aplicable a los supuestos en que exista una entrega, que como hemos reiterado, no se encuadran necesariamente en el ámbito de las obligaciones de resultado, y, por tanto, en el ámbito del contrato de obra, ni tampoco agotan su contenido.

e) Las causas de extinción del contrato de obra. El artículo 1.597 del Proyecto establece las causas de extinción del contrato de obra. En su párrafo primero anuncia que "el comitente puede desistir, por su voluntad, de la obra aunque se haya empezado,

pero deberá indemnizar al contratista todos sus gastos y trabajo, así como el beneficio que habría obtenido de haberlo terminado". Este precepto reproduce el actual artículo 1.594 del Código dedicado al desistimiento unilateral en la construcción de una obra, y debe compararse con el artículo 1.587 del Proyecto que regula el desistimiento unilateral en el contrato de servicios: "En los servicios que no tengan plazo de duración, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato, comunicándolo a la otra con una antelación de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor".

El Proyecto no regula el desistimiento unilateral voluntario por parte de quien realiza la actividad en el contrato de obra, por lo que se presume que no excluye la acción de indemnización en este supuesto en el que, por otra parte, existe incumplimiento porque falta el resultado. En el contrato de servicios, en cambio, este desistimiento no dará lugar a indemnización si se realiza con la antelación prevista en el artículo 1.587. He aquí una de las pocas consecuencias que se derivan de la distinción de estos contratos en función del objeto de la obligación de hacer: la distinta distribución del *periculum obligationis*. El desistimiento unilateral del deudor sujeto a una obligación de resultado implica la no consecución de éste, y con ello el incumplimiento de la obligación y la consecuente pérdida del derecho a la retribución.

En cuanto al desistimiento de quien encarga la actividad, en el contrato de servicios, si se realiza con previa comunicación a la otra parte, según la antelación prevista en el artículo 1.587, no dará lugar a indemnización, mientras que en el contrato de obra, el desistimiento comporta, en todo caso, la indemnización de los daños y perjuicios que produce al contratista.

De nuevo, estas consecuencias parecen derivar de una confusión de conceptos. En este caso, sólo son justificables si se parte de la base de que el contrato de servicios obliga a una

de las partes a prestar una actividad no dirigida a la creación de una cosa -y que, por tanto, no exige la entrega- y la otra parte se obliga a retribuirla por períodos de tiempo, y que por el contrato de obra una de las partes se obliga a realizar una actividad de creación de una cosa nueva -que, una vez finalizada, deberá ser entregada- y la otra parte se obliga a retribuirla, a tanto alzado, en el momento de la entrega. Sólo en este caso se comprende que el desistimiento unilateral de la parte que encarga la actividad no comporte indemnización en el contrato de servicios -porque los servicios se cobran periódicamente-, y en cambio, sí la implique en el contrato de obra -donde la retribución se obtiene en el momento de la entrega-.

El segundo párrafo del artículo 1.597 del Proyecto -comentado en líneas anteriores- regula la extinción del contrato de obra celebrado *intuitu personae*, por la muerte de esta persona o cualquier circunstancia sobrevenida, a ella no imputable, que haya dado lugar a la pérdida de sus cualidades.

El párrafo tercero de este mismo precepto anuncia que "el contrato se extingue por imposibilidad sobrevenida no imputable a ninguna de las partes, de terminar la obra." Es esta una precisión innecesaria, en tanto estos efectos se deducen de la aplicación de las normas relativas a la imposibilidad sobrevenida. Pero este mismo párrafo continúa "En tal caso se aplicará, en cuanto a lo que el comitente debe abonar al contratista, lo establecido en el apartado anterior". De modo que, en el supuesto de extinción del contrato de obra por imposibilidad sobrevenida no imputable a ninguna de las dos partes, el comitente deberá abonar al contratista "el valor de la parte de obra ejecutada en proporción al precio convenido y los gastos hechos para la realización de la parte restante, hasta el límite en que una y otros le sean de utilidad" (art. 1.592.2 del Proyecto).

Sorprende el hecho de que este precepto atribuya el *periculum obligationis* al comitente, pues una estricta aplicación

de la teoría de las obligaciones de resultado llevaría a concluir que en tanto no existe el resultado prometido, no hay cumplimiento, razón por la cual, con independencia de que la falta de culpa exima al contratista de responsabilidad, el comitente puede pedir la resolución del contrato y liberarse de su prestación, de forma que no debería abonar ni siquiera una parte de la contraprestación.

Esta solución parece tener mayor justificación cuando dicha cantidad sea abonada por el comitente al contratista, en el supuesto de que éste pida la resolución del contrato de obra, cuando el comitente no preste las garantías necesarias ante las fundadas sospechas del contratista de que no obtendrá la contraprestación pactada (art. 1.597. 3 *in fine*). En este caso, se trata de resarcir al contratista los perjuicios ocasionados por la insolvencia del comitente, pero, en nuestra opinión, este sistema de corrección debería extenderse también a quienes en virtud de un contrato de servicios se obligan a prestar una actividad en sí misma considerada, pues también en este caso cabe pactar la retribución a tanto alzado.

f) La atribución de los riesgos. El artículo 1.598 del Proyecto regula el derecho del contratista a percibir la remuneración pactada en los casos de pérdida de la cosa antes de su entrega, que no comporten imposibilidad sobrevenida de la prestación. En este sentido afirma: "Si la obra se destruye antes de ser entregada, el contratista no podrá reclamar contraprestación alguna, y persistirá la obligación de realizarla, salvo en los casos siguientes: 1º Si hubiere habido morosidad en recibirla. 2º Si la obra se realiza en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente. 3º Si la destrucción se debe a las características del suelo o de los materiales designados por el comitente o a las condiciones que éste haya exigido, siempre que el contratista le hubiese hecho la oportuna advertencia, que no será necesaria si el comitente hubiere estado asistido, en tales decisiones, por el técnico competente. La obligación de realizar la obra destruida cesará

cuando su cumplimiento implique onerosidad excesiva. Si la obra se destruye por culpa del contratista, el comitente podrá optar por reclamar el cumplimiento o pedir la resolución, con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos".

Este precepto viene a sustituir los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil que regulan la pérdida de la cosa en la sección dedicada a las obras por ajuste o precio alzado.

A pesar de la ambigüedad de la letra del párrafo primero, debe interpretarse que la pérdida del derecho de reclamar el precio sólo tiene lugar en los casos de imposible o excesivamente onerosa reconstrucción, pues mientras el contratista permanece obligado conserva, si cumple, su derecho a la contraprestación. Lo que pierde el contratista es el derecho a la retribución por la obra realizada y destruida⁸³¹.

Mientras que los párrafos primero y segundo de este artículo contemplan el tema de los riesgos en el contrato de obra, el párrafo tercero hace referencia a la cuestión de la responsabilidad, en concreto a la destrucción culpable. De esta forma se muestra, una vez más, la confusión del proyecto en el trato de los conceptos de "riesgo" y "responsabilidad".

Con la referencia al incumplimiento culpable, el párrafo tercero del artículo 1.598 opta por un régimen de responsabilidad subjetivo en el incumplimiento de las obligaciones de resultado.

g) **El aumento de precio.** El artículo 1.599 se refiere, de nuevo, al contrato de obra como aquel contrato en virtud del cual una parte se obliga a crear una cosa nueva y la otra parte se

⁸³¹ En el mismo sentido CADARSO PALAU, Juan, "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código Civil), Ponencia presentada en las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (V) "Proyecto de Ley sobre el contrato de obra y de servicios", Jaén, 28 a 30 de septiembre de 1.995, Publicación interna de las Jornadas, pág. 2.