

“EL CONTRATO MERCANTIL DE SERVICIOS”¹

José Luis García-Pita y Lastres

I. EL DERECHO MERCANTIL Y LA PRESTACION DE SERVICIOS

I.1. El Derecho Mercantil, como Derecho de los Empresarios

Localizados los ejes sustentadores del Derecho mercantil como rama autónoma del Derecho privado, de acusado carácter “profesional”², y fijados los límites de su ámbito objetivo en torno a los conceptos de “empresario y Empresa”, la Ciencia jurídica ha de enfrentarse con la definición de los mismos, toda vez que -precisamente- el Derecho mercantil es.:

“El Derecho privado especial de los empresarios, en el ejercicio de su actividad económica”³.

I.2. El Empresario y la Prestación de Servicios

Como se puede apreciar, la definición del Derecho mercantil, determina la necesidad de definir lo que sean el “Empresario” y la “Empresa”, pilares fundamentales de esta rama especial del Derecho privado patrimonial. Y, a su vez, la definición de los mismos hace patente que -por motivos lógicos, ya que el Concepto de Empresario se halla en función del concepto de Empresa- ambas nociones comparten un común

¹ Por José Luis GARCIA-PITA y LASTRES, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de La Coruña.

² Vid. SANTOS BRIZ,J.: “*Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*”, edit. COMARES, Granada, 1992, p. 211.

³ En este sentido, el Derecho mercantil ha sido definido -recientemente- por el Prof. SANCHEZ CALERO, en los siguientes términos.:

“Parte del Derecho privado constituida por el conjunto de normas que se refieren a los empresarios y a los actos que realizan en el ejercicio de su actividad económica”.. (Vid. SANCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones de Derecho mercantil*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 19ª ed., t. II, p. 21. Y, en términos similares: BROSETA PONT,M.: “*Manual de Derecho mercantil*”, 8ª ed., corregida y aumentada, edit. TECNOS, Madrid, 1990, p. 58. Y en “*La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*”, edit. TECNOS, Madrid, 1965, p. 295. OLIVENCIA RUIZ,M.: en VV.AA.: “*Derecho mercantil*”, coord. por G.Jiménez Sánchez, edit. ARIEL,S.A., 1ª ed., Barcelona, 1990, p. 33. SANTOS BRIZ,J.: “*Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*”, cit., p. 211, quien parece adherirse a la doctrina del Derecho mercantil, como Derecho de la Empresa, si bien luego se decanta en un sentido negativista, afirmando que no hay criterios jurídicos para distinguir un Derecho mercantil, pretendidamente distinto del civil.

denominador: tanto una, como la otra, integran referencias a la idea de organizar los factores de la producción -capital y trabajo- con objeto de proporcionar al mercado bienes y/o servicios⁴. Así pues, la organización económica autónoma que es la Empresa puede tener por finalidad propia atender a la satisfacción de las necesidades vitales del Hombre, mediante la prestación de *servicios*: crear riqueza, al satisfacer la demanda de los mismos en el mercado⁵. Así, el objeto “material”, por así decirlo, de las actividades empresariales, a las que se aplica el Derecho mercantil, puede estar constituido, no solamente por la elaboración y suministro de “bienes”, sino también por la prestación de “*servicios*”.

En principio, el concepto de “bienes” parece un concepto relativamente sencillo y, además, constituye -directamente- un concepto “jurídico”, pues puede extraerse de los preceptos de nuestro Derecho positivo: en concreto de los arts. 333 y ss., CC., donde aparecen configurados como “cosas que son o pueden ser objeto de apropiación”, lo cual viene corroborado por las enumeraciones y cláusulas generales contenidas en los arts. 334, CC., respecto de los “bienes inmuebles” y 335, Cdc., respecto de los “bienes muebles”. Y, lo que es más, lo característico de todos ellos es su relación potencial con el Derecho de Propiedad, ya que pueden ser objeto de propiedad privada, o bien de dominio público (Cfr. art. 338, CC.).

Esta concepción del *Derecho mercantil* se corresponde con el criterio mantenido por la doctrina alemana más reciente, que concibe a esta rama del Ordenamiento como un “Derecho privado especial de los comerciantes” (“Sonderprivatrecht der Kaufleute”); entendida esta noción en el sentido, amplísimo, con que aparece caracterizada en los parágrafos 1º y ss. HGB. (Vid. BAUMBACH, A., DUDEN, K. y HOPT, K. H.: “Handelsgesetzbuch”, edit. C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG 28ª ed. actualizada, Munich, 1989, p. 2. BROX, H.: “Handelsrecht und Wertpapierrecht”, edit. C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG 3ª ed., Munich, 1983, p. 1. BRÜGGEMANN, D.: en VV. AA.: “HGB. Grosskommentar”, dir. por H. Staub, edit. WALTER DE GRUYTER 4ª ed. actualizada, t. I, Berlín/N. York, 1983, p. 4. CAPELLE, K. H. y CANARIS, C. W.: “Handelsrecht”, edit. C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG 20ª ed., reelaborada y ampliada, Munich, 1985, p. 1).

⁴ FERNANDEZ-NOVOA RODRIGUEZ, C.: “Reflexiones sobre la Empresa y sus problemas jurídicos”, en RDM., 1965, nº 95, enero/marzo, p. 10 y ss. GARCIA-PITA y LASTRES, J. L.: “Compraventa mercantil y derecho de los Consumidores (De nuevo sobre la calificación mercantil de la Reventa)”, en “Cuadernos de Derecho y Comercio”, 1994, nº 14, septiembre, p. 15.

En este sentido, son de interés las definiciones de “Empresa” y “Empresario”, que indirectamente resultan de los términos con los que, a efectos fiscales, se definen los “rendimientos íntegros de actividades empresariales o profesionales”, en el art. 40, de la Ley nº 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas físicas, cuando alude a que el sujeto pasivo del Impuesto, cuando se gravan tales rendimientos, es una persona (en la LIRPF se trata de una persona física, aunque la noción es extrapolable a las jurídicas, en el plano de los conceptos jurídico-mercantiles) que lleva a cabo:

“... la ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios...”.

Obsérvese que la amplitud de los términos permite abarcar un ámbito mucho más vasto, desde el punto de vista conceptual. A la par que justifica, sobradamente, el que -a continuación- el propio art. 40, LIRPF. señale que:

“... En particular tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas...”

Así pues, desde un punto de vista económico, la empresa es una organización de capital y trabajo, destinada a la producción o la mediación de bienes o de servicios, para el mercado (BROSETA PONT, M.: “Manual de Derecho mercantil”, edit. TECNOS, 9ª ed., Madrid, 1991, p. 101, quien se apoya en el criterio de economistas como JAMES, TRUCHY, y de un jurista del prestigio de Lorenzo MOSSA.); o bien:

“Una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un precio determinado, con el fin de obtener una renta igual a la diferencia entre unos precios y otros...” (Cfr. SANCHEZ CALERO, F.: “Instituciones...”, cit., 17ª ed., t. I, p. 54).

⁵ Cfr. FERNANDEZ-NOVOA RODRIGUEZ, C.: “Reflexiones...”, cit., p. 25.

No vamos a discutir sobre temas tan espinosos como la naturaleza de la "Propiedad" o -en general- sobre la delimitación de la figura del "Derecho Real", pero lo que resulta obvio es que ambas nociones permiten delimitar con bastante precisión lo que sean los "bienes". Los bienes son cosas, objetos del mundo exterior; realidades tangibles, o no... pero, en todo caso, apropiables, y susceptibles de un goce directo; dotado de inherencia, que no requiere de la actividad o la colaboración de otra persona. Pero, ¿qué son los "servicios"?

II. LA NOCIÓN "SERVICIOS", COMO CONCEPTO REIVINDICADO POR LA CIENCIA ECONÓMICA Y POR EL DERECHO

La Ciencia Económica, que posee un sesgo más "descriptivo" que "normativo", se preocupa del concepto de "servicios", a partir de una época relativamente temprana, si se la compara con el propio origen de la Economía, como ciencia; a saber: desde mediados del siglo XVII, en la obra de autores como William Petty, Gregory King, o el propio Adam Smith, y con un objetivo muy determinado: valorar la capacidad productora de riqueza de unas actividades, por entonces de importancia cuantitativa escasa, aunque paulatinamente creciente. En este sentido, los servicios aparecen en el mundo de la Ciencia Económica, como noción ideada para designar actividades no productivas de riqueza "acumulable".

Con el transcurso del tiempo, y partiendo de la crítica que hace Jean-Baptiste SAY a las opiniones manifestadas por Adam Smith, en la que se revelaría la falsedad del postulado de la "improductividad" de los servicios⁷, estos últimos empiezan a polarizar en torno a sí una variada gama de esfuerzos doctrinales y empíricos, que conducirían -en la obra de Fisher y Clark- a una acotación de los diversos sectores económicos: el primario; el secundario; el terciario e incluso el -novísimo- sector cuaternario, o de las actividades vinculadas con el ocio; perteneciendo estos dos últimos a la actividad de prestación de "servicios"⁸, que Lipsey ha definido como "producción no tangible". En este sentido, los servicios serían todas aquellas producciones que no pudieran ser materializadas en objetos de mundo sensible (aunque pudieran recaer sobre tales objetos). E incluso, lo que es más importante, el concepto económico de "servicios", y la propia acotación del "Sector terciario", incluirían el comercio de los bienes, como algo diferente de la producción o extracción de los mismos. Mas, desde esta perspectiva, la "Prestación mercantil de servicios" adquiriría una amplitud inabarcable. Y ésto por dos motivos.:

⁶ CUADRADO ROURA, J.R. y DEL RIO GOMEZ, C.: "*Los Servicios en España*", edit. EDICIONES PIRAMIDE, S.A., Madrid, 1993, ps. 21 y ss. DELAUNAY, J.-C. y GADREY, J.: "*Services in Economic Thought. Three Centuries of Debate*", Prólogo de T.M. Stanback, Jr., trd. ingl. por A. Heesterman, edit. KLUWER, Boston/Dordrecht/Londres, 1992, ps. 10 y ss.

⁷ CUADRADO ROURA/DEL RIO GOMEZ.: cit., ps. 28 y ss. DELAUNAY/GADREY.: cit., ps. 16 y ss.

⁸ TAMAMES, R.: "*Curso de Economía*", edit. ALHAMBRA/LONGMAN, Madrid, 1992, ps. 77 y s.

⁹ LIPSEY, R.G.: "*Introducción a la Economía política*", trad. esp. y adaptación a España por J. Togores, edit. VICENS VIVES, 12ª ed., 3ª reimp., Barcelona, 1996, p. 3.

1.- Por la propia genericidad de la noción servicios, referida a toda la actividad económica que no tuviera por objeto la producción originaria o el intercambio que para la Ciencia económica, sí que constituiría un “servicio” de bienes tangibles¹⁰.

2.- Por la referencia de la mercantilidad, no a la noción de “servicios”, sino a la noción de “Prestación” (de los mismos)¹¹.

Desde luego, plantear la importancia cuantitativa y cualitativa de los “servicios” en el ámbito mercantil resulta tópico, porque no es sino otra manifestación de la creciente “terciarización” del Sistema económico; de la creciente importancia de las prestaciones de actividad, en el conjunto de los sectores productivos. El profundo grado de división del trabajo y correlativa superespecialización, que caracterizan a los modernos sistemas económicos, explican que cada día surjan actividades de prestación, desarrolladas en interés ajeno, ante la imposibilidad de que, en el desarrollo de los negocios, una persona realice, por sí misma, la totalidad de las operaciones que constituyen el giro o tráfico de su empresa¹². Y, si de las relaciones interempresariales descendemos al nivel de las relaciones entre los empresarios y los particulares (consumidores), todavía podremos apreciar de modo más nítido el incremento de la actividad mercantil de prestación de servicios¹³, que incluso extravasan los límites de las prestaciones de “gestión”, para abarcar otras actividades materiales y técnicas. Hay, pues, una vastísima panoplia de figuras calificadas como “servicios” en un sentido amplio; un sentido “economicista”¹⁴. Sin embargo, la traducción jurídica de estos fenómenos económicos pone de relieve dos hechos:

¹⁰ Los servicios abarcarían desde los contratos de gestión de negocios o intereses ajenos (e incluso las prestaciones de gestión de intereses ajenos de índole no contractual), hasta la realización de prestaciones de resultados de transporte, o -en ciertos casos- de construcción o creación de cosas, pasando por la realización de actividades financieras, como la bancaria, la bursátil o la aseguradora, e incluso otras actividades como el ocio, la prestación de servicios informáticos, la hostelería, y un etcétera, no solamente largo, sino incluso creciente.

¹¹ La hipotética diferencia entre “servicios civiles” y “servicios mercantiles”, no puede ser admitida, si se interpreta como una noción apriorística, ya que sería como volver al camino impracticable de la “Teoría del Acto de comercio objetivo y aislado”. Lo que hace que la prestación de servicios sea mercantil, y no civil; que pertenezca al ámbito del Derecho privado especial, y no al seno del Derecho común, no es la índole de los servicios, en sí mismos, sino la forma en que se llevan a cabo: sobre la base de una empresa; como una actividad económica organizada y planificada, en términos de cálculo de costes y beneficios.

¹² BERNAD FERRANDIZ, M.A.: “La comisión mercantil y la prestación de servicios, como operaciones típicas del tráfico de las empresas”, en *“Revista de Derecho Español y Americano”*, 1967, nº 15, p. 103.

¹³ Para comprender el alcance de las actividades mercantiles de prestación de servicios, en el ordenamiento jurídico español, basta analizar el contenido de los diversos Libros de nuestro Código de comercio, de 22 de agosto de 1885, donde -con independencia del régimen de los agentes mediadores colegiados (típica actividad de prestación de servicios)-, su Libro IIº regula o, por lo menos, menciona, múltiples contratos, económicamente incardinables dentro de la actividad característica del “sector terciario”: Comisión, depósito, préstamo, transporte terrestre, afianzamientos mercantiles. Sin olvidar los contratos de seguro terrestre, ahora regulados por la ley nº 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. A ésto hay que añadir la referencia a diversos servicios característicos de las sociedades bancarias, enumerados en los arts. 175 y ss. Cdc.; de entre los cuales destacan operaciones como la cuenta corriente y el depósito. Y, por lo que hace al ámbito del Derecho marítimo, contenido en el Libro IIIº, Cdc., son múltiples los Autores que hacen hincapié en el hecho de que la regulación orbite en torno a la institución del Fletamento/Transporte marítimo. Además existen, tanto dentro, como fuera de nuestro Código de comercio, otras instituciones jurídico-marítimas caracterizadas por la prestación de un servicio a terceros, tales como el Salvamento y asistencia, el remolque, el practicaje, etc.... Y fuera del Código de comercio los ejemplos son múltiples: piénsese, p.e., en la contratación publicitaria; en los contratos de asistencia técnica etc..., así como otras figuras de carácter “atípico”, como el “catering”, los contratos de hostelería, como el “management” empresarial, etc.

¹⁴ Aparentemente, esta es -o casi- la concepción que subyace en la obra de VICENT CHULIA, F.: *“Introducción al Derecho mercantil”*, edit. TIRANT LO BLANCH, 9ª ed., Valencia, 1996, ps. 560 y s.

1.- Que no existe una coincidencia plena entre el concepto “jurídico” y el concepto “económico” de la “prestación de servicio”, pues, mientras la Ciencia Económica atende a la diferencia entre extracción, producción y otras actividades, el Derecho atiende al dato de que los servicios, como los bienes, constituyen objeto de relaciones jurídicas patrimoniales. De éstas, unos y otros pueden ser objeto de las relaciones jurídico-personales, y no en el mismo grado. En cambio, las relaciones jurídico reales solamente tienen por objeto los bienes, nunca los servicios. Y, dentro de las relaciones jurídico-personales; es decir: las relaciones de Crédito/Deuda, los servicios solamente pueden ser objeto -cuando menos, principal o característico- de las obligaciones de hacer y -eventualmente- incluso de las de no hacer, pero no pueden ser objeto de las obligaciones de “dar”, que son propias de los bienes¹⁵.

2.- Que la finalidad económica de prestación de un determinado servicio puede ser alcanzada, muchas veces, por medio de cauces jurídicos diversos.

Ante todo, hay que tener en cuenta el carácter regulador de conductas; el carácter de coerción del comportamiento individual, que tiene el Derecho, por medio de normas que organizan relaciones intersubjetivas; que estructuran conflictos de intereses, protegiendo unos u otros, en la medida en que resulten merecedores de tutela, según ciertas magnitudes valorativas subyacentes; unas veces económicas, otras veces, axiológicas o éticas. Esta circunstancia nos sitúa en presencia de dos vías a recorrer. La primera de ellas podría describirse como la vía de la introspección de la Norma (“intra-spicere”: mirar dentro), y consiste en definir los conceptos empleados por la Norma jurídica, que constituyen la premisa mayor de esta estructura “silogística” que posee la propia Norma. En este sentido, posiblemente la medida más segura y, probablemente, más acertada, sería la de comenzar por delimitar el concepto “servicios”, por oposición al concepto “bienes”, a cuyo efecto procede tomar como punto de partida el art. 333, CC., cuando dice que.:

“Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles”.

Dicho de otro modo, el concepto jurídicamente contrapuesto al de los “servicios”, que es el de los “bienes”, está conformado por una doble referencia; a saber: los bienes son cosas y, además, son cosas susceptibles de apropiación, aunque sea en términos de “dominio público”. Por tanto, el concepto de “servicios” debe buscarse en el plano de lo que no pueda ser objeto de apropiación -ni privada, ni pública, ni a título de “res communis omnium”...-, pero que -sin embargo- produzca alguna utilidad

¹⁵ Por este motivo, el comercio de compra y reventa, que -para la Ciencia Económica- entraría dentro del ámbito del “Sector servicios”, es, en el plano de lo Jurídico, acaso lo más alejado de la “prestación de servicios”, mientras que ciertas actividades de “producción” -p.e.: la construcción naval- que, desde la perspectiva económica, quedarían fuera del “Sector servicios”, en cambio, desde la perspectiva jurídica estarían más próximos a los “servicios lato sensu”, en la medida en que los contratos que canalizan esta actividad son contratos “de facere”.

Ahora bien, incluso admitido ésto, es preciso reconocer que, cuando el art. 40, LIRPF, alude a los servicios; a su producción y distribución, como elemento caracterizador de la actividad de los empresarios y de los objetivos de las empresas, y del mismo modo que cuando se refieren a esta noción los mercantilistas, que definen los conceptos de “Empresa” y “Empresario”, el término “servicios” aparece utilizado en una acepción amplísima, aunque posiblemente no tan vasta como la noción económica, si bien muy cercana a ella. En este sentido, la enumeración de actividades empresariales o profesionales, que hace el citado art. 40, LIRPF, posee, a nuestro modo de ver, el atractivo de que diferencia, pero -al propio tiempo- sintetiza con bastante precisión los distintos tipos de actividades que merecen la calificación jurídica de “servicios”, aunque sea en un sentido amplísimo, porque, al citar conjunta, pero separadamente, las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, sitúa a estos últimos, por muy amplio que sea su ámbito y muy genérico que sea su concepto, aparte de las demás actividades; y -entre ellas- aparte del “comercio”.

económica. y -en este sentido- parece evidente que los servicios se incardinan en el ámbito de las actividades humanas, porque la actividad humana -si nos situamos en el marco de unos sistemas jurídicos a los que repugna todo tipo de práctica esclavista- no puede ser objeto de apropiación, como se hace patente, a nuestro modo de ver, en el art. 1098, CC., cuando dice.:

“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa...”.

De la lectura del precepto se deduce que “hacer” alguna cosa no puede ser objeto “de apropiación”, sino “de obligación”, lo que -por otra parte- resulta coherente con el sentido del art. 1088, CC. También se deduce que el incumplimiento de la obligación de “hacer” solamente puede dar lugar a una realización de la prestación “a costa” del deudor, pero no por el propio deudor, ya que su comportamiento personal es, por sí mismo, incoercible. Y, por fin, se deduce que el principio expuesto es de alcance universal; que se proyecta sobre todas las posibles variedades de incumplimiento de la obligación de hacer. Este régimen contrasta netamente con el de la obligación de “dar”, tal como se regula en el art. 1096, CC., porque dicho precepto prevé la condena personal del deudor a que entregue, él mismo, la cosa prometida, siquiera cuando sea una cosa determinada.

En resumen, el concepto jurídico de los “servicios” permite situarlos en el plano de las actividades o acciones humanas, objeto de prestaciones de “facere”. Sin embargo, con esta primera e importantísima aclaración, aún estaremos muy lejos del concepto jurídico estricto de la prestación “de servicios”, sobre todo en el ámbito mercantil.

La segunda vía es la que podríamos denominar de institucionalización de conductas, que abordaría el concepto jurídico de los “servicios” fijando la atención en cómo las normas positivas han tipificado y regulado ciertas relaciones jurídicas, ordenándolas de tal modo -atendida la especialidad de sus causas- que han dado en productoras de deberes de hacer, calificables, o no, como “servicios”, en sentido jurídico. El Ordenamiento jurídico ha ido elaborando -dentro del principio general de la Autonomía negocial privada- unas determinadas estructuras, unos “tipos contractuales”,... mediante los que el legislador ha pretendido proporcionar cauces para lograr finalidades económicas diversas y, sobre todo, plurales y matizadas. En este sentido, el Derecho crea instituciones para la prestación de servicios, pero con diferencias entre ellas, en la medida en que -por responder a fines diferentes- son objeto de regímenes también diversos¹⁶.

Así, igual que otras instituciones jurídicas, los contratos han sido clasificados, sirviéndose de criterios económico-jurídicos, basados en la diferenciación; en la separación de tipos, atendiendo a sus diferentes “causas”. En consecuencia, las actividades pertenecientes -en el plano económico- al “sector servicios”, se han canalizado jurídicamente a través de contratos que, sólo en parte, se califican

¹⁶ Así, p.e., la “custodia” constituye un “facere”, que podría incardinarse dentro de los contratos de obras y servicios, o en el mandato o Comisión... (hasta el punto de que también el comisionista tiene un deber de custodia, lo mismo que el porteador). Pero la causa específica de “custodia”; o -lo que es lo mismo- la finalidad económica; el “servicio” de custodia, han sido canalizados a través de una institución jurídica específica; a saber: el Contrato de depósito (CASTAN TOBEÑAS, J. y FERRANDIS VILELLA, J.: “Derecho civil español, común y foral”, t. IV, edit. REUS, S.A., 15ª ed, Madrid, 1993, p. 683. RIERA AISA, L.: Voz: “Custodia”, en VV.AA.: “Nueva Enciclopedia Jurídica”, edit. SEIX, t. VI, Barcelona, 1954, p. 176. SEILER, H.H.: “Verwahrung”, en VV.AA.: “Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, dir. por W. Erman, H.P. Westermann y K. Küchenhoff, 8ª ed. act., Münster, 1989, p. 2039).

jurídicamente como “de servicios”¹⁷. Por consiguiente deberíamos hablar -como categoría generica y común- de los Contratos de prestación de servicios “lato sensu”¹⁸, clasificandolos en diversas subcategorías.:

A) Por su objeto: según que se trate de.:

1.- Contratos de prestación de servicios consistentes en la realización de actos materiales, por cuenta ajena, o bien de

2.- Contratos de prestación de servicios de gestión de negocios ajenos; de realización de actos jurídicos por cuenta ajena, o de colaboración o facilitamiento de la realización de actos jurídicos, igualmente por cuenta ajena.

Al apartado “1” pertenecen los contratos de obras y servicios, y -por extensión- todos los contratos que posean esa misma o parecida naturaleza jurídica: como el transporte, el depósito (que forma, por sí mismo, una nueva categoría: los contratos de “custodia”), etc. Al apartado “2” pertenecen los contratos de mandato, y todos los configurados en torno a esta figura básica: la Comisión mercantil, la Agencia, el Corretaje, la Concesión y la Franquicia. E incluso se podría hablar de una tercera categoría, en la que se situarían contratos de carácter mixto, como el “Contrato de ‘engineering’” y los de asistencia técnica: como algunos contratos publicitarios, como el “Contrato de Publicidad ó de Campaña publicitaria”.

B) Por su objeto material: la “res” sobre la que recaen.

En este sentido, algunos contratos de prestación de servicios podrían ser calificados como arrendamiento, comisión etc... pero aparecen separados de ellos, por la especialidad del objeto sobre el que recaen. Así sucede con los contratos publicitarios, que forman una categoría especial, a la que se aplican ciertas normas comunes, aunque luego haya que aplicarles sus normas específicas y, en último extremo, recurrir al Derecho común, civil o mercantil, en busca de preceptos aplicables; preceptos que, probablemente, se encontrarían en los contratos de obras y servicios, y -eventualmente- en contratos de gestión, como la Comisión o el Corretaje.

C) Por el grado de dependencia del Prestador de servicios, respecto de su Principal o Comitente. En este sentido, hay contratos en los que el prestador de servicios se encuentra tan sometido al Comitente, que incluso queda inserto en la propia organización empresarial de este último; es decir: queda tan sometido que se inserta en la Comunidad de Trabajo de la Empresa. En este caso, nos encontramos en presencia de un Contrato laboral. Todos los demás supuestos se definen por una nota negativa: no son contratos de trabajo; no engendrán una relación laboral. El Prestador de servicios,

¹⁷ Estos contratos coexisten con otros, como los de “custodia”, los de “transporte” o “explotación de buques y aeronaves”, los de “seguro” y de “cobertura de riesgos financieros”, entre otros muchos. Todos, desde la perspectiva económica, se insertan en las actividades de los sectores “terciario” y “cuaternario”, pero desde la perspectiva jurídica, solamente algunos son “contratos de servicios”.

¹⁸ Sobre la vasta amplitud de esta categoría, cfr. COLLART-DUTILLEUL, F. y DELEBECQUE, Ph.: “*Contrats civils et commerciaux*”, edit. DALLOZ, París, 1991, p. 419, quienes señalan que, encuadrados dentro de la categoría de los actos de comercio, por el art. 632 Code de comm.fr., se encuentran las actividades de transporte, espectáculos, banca... etc., que generalmente aparecen englobadas bajo la común denominación de “servicios”, y cuyo vector son un cierto número de profesiones mercantiles. Incluso las mismísimas profesiones liberales podrían incluirse bajo tan vasta y omnicomprensiva noción, que -al parecer- únicamente se define, en forma negativa, por el dato de constituir actividades que no consisten en la producción, prestación o suministro de bienes.

aunque quede sometido, en mayor o menor grado, al poder directivo del Comitente, no ingresa en la comunidad de trabajo de su empresa¹⁹.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE OBRA Y SERVICIOS

III.1. La “Prestación de Servicios”, como objeto de relaciones Jurídicas Mercantiles

Junto a las “cosas” ó “bienes”, susceptibles de apropiación, en sus diversas modalidades y categorías, el “Trabajo” también constituye, de maneras muy diversas, objeto del tráfico mercantil y de los negocios jurídicos pertenecientes a dicho tráfico²⁰, y es que, al lado los contratos de enajenación, o de mera transmisión del uso de los bienes; al lado de los contratos que se refieren o afectan, total o parcialmente, al valor económico de tales bienes, se encuentra esa otra categoría -ya conocida por nosotros- de los contratos -o, en general, las relaciones obligacionales- que tienen por objeto la prestación de servicios, o -en general- la realización de obras o el desarrollo de actividades para otro; es decir: la realización de “actividades”, que se corresponden con esta tercera categoría de riqueza, que -en términos más propios de la Ciencia Económica, que de la Dogmática jurídica- se ha dicho que pueden ser objeto de “venta”: el trabajo humano, en sentido amplio²¹.

El “trabajo” puede ser definido como la actuación (“Bethätigung”) de la capacidad productiva humana, de la capacidad de acción (“Arbeitskraft”, “Arbeitsfähigkeit”) del ser humano; actuación de capacidades humanas que, ocasionalmente, puede hallarse en relación con el Comercio²², aunque a nuestro modo de ver, no sea este dato el decisivo para la calificación de los contratos sobre el trabajo o sobre los servicios, como “mercantiles”. En otras palabras, el “Trabajo” humano, jurídicamente considerado, se resuelve en prestaciones de hacer, de modo que algunos contratos -los que denominaremos, “lato sensu”, “contratos de obras y servicios”- se definen y caracterizan por el hecho de que recaen sobre obligaciones de hacer²³.

¹⁹ Por lo demás, las posibilidades de sujeción o de libertad; de sometimiento a directrices del Principal, o de discrecionalidad de actuación son variadísimas: en un extremo, se encuentran los contratos en los que se da el mayor sometimiento a las instrucciones del Principal, cual es el caso del contrato de Mandato y de su contrafigura mercantil: la Comisión, aunque cabe un progresivo apartamiento de la sumisión a instrucciones. Un mayor grado de libertad se da en el contrato de Agencia. Y el mayor grado de independencia jurídica, aunque no económica, se da en los contratos de Concesión mercantil y de Franquicia, porque las instrucciones son muy laxas, a veces incluso son inadmisibles (P.e.: el Concedente no puede imponer al Concesionario los precios de reventa).

²⁰ ENDEMANN, W.: “Die Arbeit”, en VV.AA.. “Handbuch des deutschen Handels-, See-, und Wechselrechts”, dir. por W. Endemann, t. II, “Die Objekte des Handelsverkehrs. Die Handelsgeschäfte: Allgemeine Grundsätze. Das Kaufgeschäft”, edit. FUES'SVERLAG (R. REISLAND), Leipzig, 1882, p. 373.

²¹ HUET, J.: “Les principaux contrats spéciaux”, en el “Traité de Droit civil”, dit. por J. Ghedin, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 1996, p. 935. ENDEMANN, W.: “Die Arbeit”, cit., p. 373. FIKENTSCHER, W.: “Schuldrecht”, edit. WALTER DE GRUYTER, 7ª ed., Berlín/N. York, 1985, ps. 526 y s. LARENZ, K.: “Schuldrecht”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBÜCHHANDLUNG t. II, 12ª ed., p. 249. CASTAN TOBEÑAS, J.: “Derecho civil español. Común y foral”, t. IV, “cit., ps. 466 y ss.

²² ENDEMANN, W.: “Die Arbeit”, cit., p. 374.

²³ BENAVENT, A.: “Droit civil. Les contrats spéciaux”, edit. MONTCHRESTIEN, Paris, 1993, p. 251.

El trabajo humano, en sentido lato constituye, en mayor o menor medida, un bien económico, lo mismo que los bienes materiales; al trabajo le corresponde un “valor”, de donde deriva la consecuencia de que el trabajo tiene un precio, que se paga por él y que -en muchísimas ocasiones- es, incluso, un precio “de mercado”, aunque el trabajo no pueda ser considerado propiamente como una mercancía, ya que mercancías son sólo los bienes muebles corporales “in commercio”, que son actualmente objeto de tráfico económico, mientras que el “trabajo” ya no puede ser objeto de apropiación, pues -en otro caso- estaríamos hablando de un fenómeno de “esclavitud”, contrario a los principios de libertad de trabajo que rigen el Derecho moderno, y -en especial- el Derecho mercantil²⁴.

Las actividades de transporte, espectáculos públicos, intermediación... etc., que aparecen contempladas -p.e.- en el art. 632, Code de comm. fr., se agrupan generalmente -como ya hemos tenido ocasión de señalar- bajo la noción de “actividades de servicios”. Sus “vectores” están constituidos por diversas profesiones mercantiles, aunque es, igualmente, cierto que las “profesiones liberales” también pueden quedar incardinadas dentro de esta rúbrica: abogados, médicos, notarios, arquitectos, etc... ofrecen la prestación de unos “servicios”, hasta el punto de que algún autor llegó a afirmar que “el Comercio, en su conjunto, al igual que cualquier otra rama de la vida económica, no (era) otra cosa que una suma de trabajo; de actividades dirigidas a la circulación; al movimiento de los bienes”²⁵.

III.2. Contratos de Servicios y Contratos de gestión y colaboración

III.2.1. Prestación de servicios, Contrato de Sociedad y contratos de gestión.

Las crecientes dimensiones de las empresas -en función, a veces, de las características de ciertas actividades (Banca, Seguros, Industria eléctrica)- obligan a reunir una pluralidad de personas, que aporten su colaboración y otros elementos patrimoniales, en un proceso asociativo de fuerzas individuales tendente a repartir, entre varias personas, capital, riesgo y actividad²⁶. Este “fenómeno societario” persigue diversos fines, destacando la agrupación de elementos personales y materiales²⁷, para

²⁴ ENDEMANN, W.: “Die Arbeit”, cit., ps. 373 y s.

²⁵ ENDEMANN, W.: “Die Arbeit”, cit., p. 373.

²⁶ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “Tratado de Derecho mercantil”, t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 377. BROSETA PONT, M.: “Manual...”, cit., 9ª ed., p. 172. SANCHEZ CALERO, F.: “Instituciones...”, cit., 19ª ed., t. I, ps. 235 y s. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 20ª ed., p. 167. JEANTIN, M.: “Droit des sociétés”, edit. MONTCHRESTIEN, 3ª ed., París, 1994, ps. 2 y s. RIPERT/ROBLOT/GERMAIN.: cit., t. I, 15ª ed., ps. 540 y s., quien señala que, si bien es mucho más numeroso el conjunto de empresarios individuales, lo cierto es que poseen la mayor parte de los medios y de las medianas y grandes explotaciones industriales y comerciales.

²⁷ SANCHEZ CALERO, F.: “Instituciones...”, cit., 17ª ed., t. I, p. 222, quien habla de la acumulación de capitales. Otro fin consiste en operar una separación de patrimonios -el profesional o mercantil, respecto del patrimonio privado-, limitando la propia responsabilidad, por las obligaciones derivadas de la actividad empresarial, organizada en sociedad, aunque con frecuencia se tratará de una esperanza ilusoria porque quienes conceden crédito a la Sociedad frecuentemente exigen avales y afianzamientos solidarios de sus socios o administradores (JEANTIN, M.: cit., p. 1). Sin duda este objetivo podría lograrse de modo más directo, si el Ordenamiento jurídico admitiese y reconociese, sin más y directamente, la separación o independización del “Patrimonio mercantil”, respecto del Patrimonio general, admitiendo -además- que cada uno estuviese gravado por sus propias obligaciones y sólo él respondiese de las mismas, quedando ambos patrimonios incommunicados (SANCHEZ CALERO, F.: “Instituciones...”, cit., 19ª ed., t. I, p. 236).

realizar actividades económicas comunes, inasequibles a los individuos aislados²⁸, aunque también puede perseguirse una mayor simplificación en la transmisión de la empresa, mediante transmisión de las participaciones sociales, a la par que dotar a la empresa de la estructura jurídica adecuada para su desarrollo futuro²⁹. La evidencia de todos estos hechos excusa de insistir sobre los mismos y de describir con detalle su proceso, la función de los tipos sociales, etc.³⁰.

Los fenómenos asociativos privados han generado un agregado normativo, aún carente de autonomía propia -el "Derecho de Sociedades"-, definido como un "Derecho privado de la cooperación", aunque limitado³¹ a las agrupaciones jurídico-privadas de personas, nacidas merced a un negocio jurídico, para la consecución de un fin común³².

La "Sociedad", como contrato o como organización, y las diversas modalidades contractuales de prestación de "servicios" comparten su común contacto con la noción de "colaboración". Así, se dice que la Sociedad es un contrato de colaboración ó de gestión colectiva, al tiempo que contratos como la comisión, el corretaje, la agencia; como los contratos de "engineering", "factoring", "consulting", se califican como contratos de colaboración interempresarial. Sin embargo, a nadie se le ocurriría situarlos en el mismo plano que la Sociedad, toda vez que, si bien en las sociedades de

²⁸ Si bien, en un primer estadio, la actividad mercantil estuvo en manos de comerciantes individuales, a medida que la economía se racionaliza y se amplía el ámbito espacial de esa actividad, las fuerzas aisladas de los empresarios individuales van resultando -dice URÍA (*"Derecho mercantil"*, cit., 20ª ed., p. 167)- impotentes para montar, conjugar y mover el conjunto instrumental de elementos heterogéneos que requiere la explotación de una empresa, y asumir los riesgos, cada día mayores, que implica el comercio a gran escala.

²⁹ SANCHEZ CALERO,F.: *"Instituciones..."*, cit., 19ª ed., t. I, p. 237. JEANTIN,M.: cit., p. 2.

³⁰ GIRON TENA,J.: *"Derecho de sociedades. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias"*, t. I, impr. ARTAS GRAFICAS BENZAL, Madrid, 1976, p. 3.

³¹ A este respecto, hacía notar el Maestro GIRON TENA, la realidad de la presencia real, en los planes de estudios de las Facultades alemanas, de una disciplina denominada "Derecho de Sociedades" -"Gesellschaftsrecht"-, que se compone de elementos y materias aglutinados en torno a un elemento común unitario. Cfr. GIRON TENA,J.: "Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho", en *"Estudios de Derecho mercantil"*, EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1955, p. 204.

³² Así, El derecho de Sociedades puede ser definido -para la Doctrina alemana- como un Derecho que se refiere al fenómeno del actuar conjunto de orientación finalista ("zielgerichteten Zusammenwirken"), sobre la base de un contrato jurídico-privado. Vid. HUECK,G.: *"Gesellschaftsrecht"*, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 19ª ed., Munich, 1991, p. 1. SCHMIDT,K.: *"Gesellschaftsrecht"*, edit. CARL HEYMANNS VERLAG,KG., reimp. 1ª ed., Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1986/1989, p. 3. Con un criterio un tanto más restringido, por el recurso a la finalidad común lucrativa y al dato de la distribución común de las ganancias, cfr. BROSETA PONT,M.: *"Manual..."*, cit, 9ª ed., p. 172.

Siempre que varias personas se proponen un objetivo dinámico definido -es decir: que no se trata del simple cumplimiento de una determinada y completa obligación-, y siempre que en la promoción o consecución de ese fin común genérico, se colabora con bienes o con trabajo, nos hallaremos en presencia de una "Sociedad". En otras palabras: la noción de "Sociedad" implica o supone la conjunción de dos factores: a) la creación de un fondo común y 2) la persecución de un fin común dinámico, aunque es preciso reconocer que esta sería una "Sociedad", en un sentido muy genérico, cuya noción se construiría en torno al presupuesto de que la idea central que preside el concepto de "Sociedad" es la de la solidaridad de los intereses de todos los socios, en el fin un objeto social, lo cual supone que todos contribuyan a su obtención; que a todos los afecten -de una u otra forma- los resultados, y que todos puedan exigirse que sea así (Cfr. GIRON TENA,J.: "Derecho de sociedades..." , cit., t. I, p. 40. Idem.: "Sobre los conceptos..." , cit., p. 205. GRAZIANI,A.: "Diritto delle Società", 5ª ed., rev. y ampliada, Nápoles, 1963, p. 2, quien alude, como elementos esenciales del concepto de "Sociedad", a la idea de "asociación de medios para el ejercicio de una actividad" -que, para él, ha de ser una actividad "económica"-, y a la idea de "riesgo común". En sentido similar, FERRI,G.: "Le Società", en VV.AA.: "Trattato di Diritto civile italiano", dir. por F.Vassalli, t. Xº, vol. 3º, edit. UTET., 2ª ed. ampliada, Turín, 1985, p. 3, cuando señala que la Sociedad entra, con características propias, en la categoría de los fenómenos que realizan la cooperación de dos o más sujetos, en un ámbito de actividad dado, en vista de la consecución de un interés.).

personas -no las capitalistas- existe un claro elemento de aportación de trabajo, de servicios, al acervo social, en realidad no es ésto de lo que queremos tratar, aquí, sino de los supuestos en que un sujeto presta servicios de actividad en interés de otro, sin que éllo dé lugar un la promoción de un fin común, y -menos todavía- a la creación de un fondo común del Prestador de servicios y de su Destinatario, ya que -en este caso- no existe un “dominus” de los servicios aportados; no existe una relación de preponderancia/subordinación, sino de integración; de asociación, por lo que no cabe decir que, en este caso, los servicios vayan dirigidos “al mercado”.

En sentido amplio, los contratos de servicios, por oposición a los contratos sobre bienes -distinción que tiene mucho de aproximativa³³-, presentan una notable multiplicidad y diversidad³⁴, y podrían clasificarse atendiendo a diferentes criterios; entre éstos, podría atenderse a sus “elementos reales”, que podrían consistir, alternativamente, en la gestión de negocios ajenos; en la realización de actos jurídicos por cuenta ajena, o incluso consistentes en el facilitamiento de la realización de actos jurídicos, igualmente por cuenta ajena (Mandato, Comisión mercantil, Agencia, Corretaje...). O bien, consistir en la realización de actos materiales, por cuenta ajena, cual sería el caso de los contratos de obras y servicios.

Resulte evidente, desde antiguo, la realidad de la interdependencia de los individuos, que necesitan recurrir a sus semejantes también para obtener sus servicios. Así se explica el origen del comercio, y habida cuenta de que pronto se tuvo conciencia de que con el ejercicio de este último, era posible enriquecerse con mayor facilidad que con el propio trabajo, gracias a la conjunción de la sobre-producción y el tránsito a una economía dineraria, los comerciantes pronto tendieron a acumular bienes, recurriendo a la “venta” de su uso temporal (arrendamiento de cosas ó “locatio-conductio rei”), o a la “compra” del trabajo ajeno (arrendamiento de servicios: “locatio-conductio operarum”)³⁵.

No es extraño que la actividad empresarial, eje del Derecho mercantil, resulte un marco especialmente adecuado para la prestación y obtención de colaboraciones ajenas de muy diversa índole, que aparecen propiciadas por la creciente complejidad y especialización del tráfico económico, que comportan, frecuentemente, la imposibilidad de que una persona realice, por sí misma, la totalidad de las operaciones que constituyen el giro o tráfico de su empresa³⁶, ya consistan en actos jurídicos, o bien materiales o

³³ Porque, en efecto, existen contratos que presentan elementos de prestaciones de bienes y prestaciones de servicios (COLLART-DUTILLEUL/DELEBECQUE: cit., p. 419).

³⁴ ENDEMANN, W.: “Die Arbeit”, cit., p. 373.

³⁵ Cfr. SAMPONS SALGADO, M.: “El Contrato de Corretaje”, edit. MONTECORVO, S.A., Madrid, 1965, ps. 23 y ss., en especial, p. 25.

³⁶ GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: “La mercantilidad del Contrato de Comisión y las obligaciones de diligencia del Comisionista”, en VV.AA.: “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez”, edit. CIVITAS, S.A., t. III, Madrid, 1996, ps. 2817 y ss. Cfr. HAMEL, J., LAGARDE, G. y JAUFFRET, A.: “Traité de Droit commercial”, edit. DALLOZ, t. II, París, 1966, p. 280. RIPERT, G. y ROBLOT, R.: “Traité de Droit commercial”, edit. DALLOZ, t. II, 11ª ed., París, 1988, p. 579. HEMARD, J.: “Le Mandat commercial. Les transports”, en ESCARRA, J. ESCARRA, E. y RAULT, J.: “Traité théorique et pratique de Droit commercial. Les contrats commerciaux”, edit. RECUEIL SIREY, t. II, París, 1955, p. 5. VIRASSAMY, G.J.: “Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelle exercées dans une dépendance économique”, edit. LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 1986, p. 89. BRADGATE, R. y SAVAGE, N.: “Commercial Law”, edit. BUTTERWORTHS, Londres/ Dublín/Edimburgo, 1991, p. 73. MARKESINIS/MUNDAY.: “An Outline of the Law of Agency”, 2ª ed., edit. BUTTERWORTHS, Londres, 1986, p. 3. DUNFEE, T.W., GIBSON, F.F., BLACKBURN, J.D., WHITMAN, D., McCARTY, W., y BRENNAN, B.A.: “Modern Business Law”, 2ª ed., N.York, 1984 p. 745. GRÜNHUT, C.S.: “Das Recht des Commissionshandels”, Viena, 1879, p. 1. Idem.: “Makler und Kommissionsgeschäfte”, en VV.AA.: “Handbuch des Deutschen Handels-, See-, und

técnicos. La contratación mercantil permite el desarrollo de “las figuras de la representación”³⁷, en sentido amplio, porque la institución de la representación viene -cuando es aplicada al Derecho comercial- a suplir esa propia limitación de los empresarios, para llevar a cabo todos los actos que conforman o integran su comercio o industria³⁸, acudiendo a otros sujetos que profesionalmente se dedican a promoverlos o concluirlos por cuenta ajena³⁹. Por este mismo motivo, en la medida en que el avance técnico y social han promovido la sustitución, paulatina pero inevitable, de las prestaciones de consejo y gestión realizadas por amigos, por la intervención de otras personas que, por su dedicación habitual, son las más entendidas en los encargos que se les confían⁴⁰, han surgido en el mercado unos Empresarios especializados en servicios de gestión⁴¹.

Sin embargo, no son estas diversas figuras de la gestión de negocios o actos jurídicos ajenos, las que nos interesan, sino aquéllas otras en las que el elemento real está constituido por prestaciones de hacer que tienen por objeto “actos materiales”, “intelectuales” ó “técnicos”, no “negociales”, ni “jurídicos”, pero donde -igual que en los contratos de gestión- se ha producido esa aparición de empresarios especializados en la prestación de servicios, que han hecho de tal colaboración interempresarial su propio género de comercio, ganando autonomía, frente a los destinatarios de los servicios, y -además- superando la previa organización “artesanal” de la prestación de los mismos, para pasar a desarrollar esta actividad, para terceros, mediante la explotación racionalizada de sus propios elementos productivos.

Wechselrechts”, t. III, vol. 2º, edit. FUES'S VERLAG (R. REISLAND), Leipzig, 1885, ps. 132 y ss. HÜBNER, U.: “*Handelsrecht*”, 2ª ed. reelab., edit. MÜLLER, Heidelberg, 1985, p. 59. LARENZ, K.: “*Lehrbuch des Schuldrechts*”. Cit., t. II, 12ª ed., p. 249. BERNAD FERRANDIZ, M.A.: “Cit., p. 103.

³⁷ CANO RICO, J.R. y SERRA MALLOLA, A.: “*Manual práctico de contratación mercantil*”, edit. TECNOS, t. I, 3ª ed., Madrid, 1993, p. 885.

³⁸ REYNOLDS, F.M.B. y DAVENPORT, B.J.: “*Bowstead on Agency*”, edit. SWEET & MAXWELL, 14ª ed., Londres, 1976, p. 2. BROSETA PONT, M.: “Manual ...”, cit., edit. TECNOS, 9ª ed., p. 471, quien señala que la complejidad de la vida y de la actividad económica modernas, determinan que -para promover o para concluir contratos (compras, ventas, transportes, etc...)

³⁹ Igualmente, vid. GONZALEZ DE ECHAVARRI Y VIVANCO, J.Mª.: “Comentarios al Código de comercio, leyes jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a la legislación comercial extranjera”, t. III, 2ª ed., Valladolid, s/f., p. 65. BERNAD FERRANDIZ, M.A.: *ibídem*.

⁴⁰ SAMPONS SALGADO, M.: cit., p. 25.

⁴¹ Cfr. BROSETA PONT, M.: *ibídem*, quien señala que esos sujetos que profesionalmente se dedican a promover o concluir contratos por cuenta ajena, y a los que suelen recurrir los empresarios, son -también, a su vez- empresarios, de mayor o menor entidad, cuya actividad económica consiste en la prestación de estos servicios. Entre ellos destacan los agentes, los corredores o mediadores y -por lo que a nosotros, ahora, nos interesa- los “comisionistas”. DE ANGULO RODRIGUEZ, L.: en JIMENEZ SANCHEZ y otros.: “*Lecciones de Derecho mercantil*”, edit. TECNOS, 1ª ed., Madrid, 1992, p. 325. *Idem.*: en JIMENEZ SANCHEZ y otros.: “*Derecho mercantil*”, t. II, edit. ARIEL, S.A., 2ª ed., Barcelona, 1993, p. 740. VICENT CHULIA, F.: “*Compendio crítico de derecho mercantil*”, edit. BOSCH, t. II, 3ª ed., Barcelona, 1990, ps. 292 y s., quien señala que, en el sector de la actividad de gestión, llama la atención la profusión de empresarios especializados en este tipo de actividades y, además, la profusión de regímenes particulares, para cada uno de ellos, aunque habría que hacer notar -añadimos- que la nueva Ley del Contrato de Agencia, de 1992, ha contribuido a unificar regímenes.

En algunos países, de hecho, la condición empresarial de tales sujetos se eleva, incluso, al nivel de factor integrante o definitorio de la relación jurídica. Así, SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL.: “*Handelsgesetzbuch. Kommentar*”, edit. FRANZ VAHLEN, t. VI, 5ª ed., Munich, 1977, p. 7, quien señala que tanto el Agente, como el Corredor mercantil, como el Comisionista, son comerciantes porque son empresarios independientes, y no simples apoderados particulares, dependientes de un Principal.

III.2.2. Los “Contratos de obras y servicios”, en el Derecho español vigente

Entre las relaciones negociales, que han ganado en importancia, al compás del desarrollo del llamado “sector terciario”⁴², se cuentan -igualmente- aquéllas que recaen, no sobre la realización de actos jurídicos, sino sobre trabajos “materiales”, carentes de relevancia jurídica directa. Y, a su vez, entre éstos destacan -por su papel histórico y su carácter modélico- los (mal llamados) “Arrendamientos de Obra y Servicios”.

Nuestro Código de comercio guarda un silencio casi absoluto sobre los contratos de arrendamiento, en general, como no sea para hacer alguna alusión ocasional a los mismos, en su Exposición de Motivos. En cambio, el Capítulo IIIº, del Título IIIª, Libro IVº del Código civil regula el Arrendamiento de obra y de servicios, dentro de la rúbrica general del “Arrendamiento”⁴³, aunque Doctrina y Derecho positivo quieren independizarlos de la referida categoría, ya que resulta inapropiado seguir ateniéndose a la concepción “romana”, que consideraba a estos contratos como modalidades del Arrendamiento. Y es que, en efecto, la razón de ser histórica de esta “construcción unitaria”, a la que respondían los arts. 1542 a 1600, CC., ha dejado de tener sentido, en la actualidad⁴⁴, ya que respondía a una cierta visión “infantil” y primitiva del trabajo, que veía en él una especie de “mercancía”; una especie de “cosa”, susceptible de “posesión” y de “goce temporal”, por parte de tercero. Y muy posiblemente esa visión fué la que justificó la “concepción arrendaticia” de los contratos de obras y servicios⁴⁵.

⁴² HUET, J.: cit., p. 936.

⁴³ VICENT CHULIA, F.: “Compendio...”, cit., t. II, 3ª ed., p. 331. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, J.L.: “Arrendamientos mercantiles”, en VV.AA.: “Derecho mercantil”, coord. por G.J. Jiménez Sánchez, edit. ARIEL, reimpresión de la 2ª ed. corr. y puesta al día, t. II, Barcelona, 1992/1995, p. 491. SOLE RESINA, J.: “Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)”, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1997, p. 83.

⁴⁴ CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILELLA.: “Derecho civil español...”, cit., t. IV, 15ª ed., p. 471. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA ANDRADE, A.: “Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial”, edit. CENTRO DE ESTUDIOS RAMON ARECES, S.A., t. II, Madrid, 1992, ps. 1099 y s.

⁴⁵ Los romanos o -más bien- los pandectistas del siglo XIX vieron en las fuentes justinianeas tres tipos diferentes de arrendamientos: la “locatio rei”, la “locatio operis” y la “locatio operarum”; modalidades reconducibles, todas, a un mismo esquema contractual, denominado “Locatio-Conductio”; es decir, que englobaron dentro de la categoría general de la “Locatio-conductio”, tanto la que tuviera por objeto cosas, como las que recayesen sobre obras o servicios, atendiendo, no al dato -relevante, para nuestro Código civil- del carácter remunerado de estos contratos -que diferirían, sólo, en razón de la naturaleza de la prestación remunerada-, sino a la idea de que en todos ellos “se alquilaba”; se “colocaba” -“locatio”, de “locare” y de “locus”: lugar- algo en poder de otra persona, ya fueran cosas, obras o servicios. Esta comunidad se reflejaba en el uso de la misma palabra para referirse al “arrendador”: “Locator” (CAGNASSO, O.: “Il Contratto di Appalto”, en VV.AA.: “Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell’Economia”, dir. por F. Galgano, t. XVI, “Contratti commerciali”, dir. por G. Cottino, edit. CEDAM., padua, 1991, p. 655. LOPEZ Y LOPEZ, A.M.: “La proyectada nueva regulación del Contrato de Servicios, en el Código civil”, en VV.AA.: “Contratos de servicios y de Obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra”, coord. por J. González garcía, edit UNIVERSIDAD DE JAEN, 1ª ed., Jaén, 1996, ps. 31 y s.).

Sin embargo, esta concepción ha sido impugnada por autores como VON GIERKE, O.: “Las raíces del Contrato de Servicios”, trad. y comentario crítico por G. Barreiro González, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1982, p. 11. O’CALLAGHAN MUÑOZ/PEDREIRA ANDRADE.: “Introducción al Derecho...”, cit., t. II, p. 1099. SOLE RESINA, J.: cit., p. 13, quien señala que entre los romanos, la noción de la “Locatio Conductio” se usaba para designar la cesión de uso de una cosa, o de un esclavo o de un trabajador libre, a cambio de una remuneración ó “merces”; elemento verdaderamente esencial de aquel contrato.

Sin embargo, la realidad de las fuentes romanas -de las que en ningún caso se deduce la conclusión de los pandectistas⁴⁶-, y los términos de los preceptos del Código civil revelan profundísimas diferencias entre los contratos de arrendamiento de cosas, y los de obras y servicios⁴⁷, que demuestran que la teoría “unitaria”, acogida por el legislador español, no pasa de lo meramente terminológico y resulta excesivamente limitada⁴⁸. Un nuevo criterio se refleja en un Proyecto de Ley por la que se modifica la regulación del Código civil, sobre los Contratos de Servicios y de Obra, cuya Exposición de Motivos señala que.:

“... se abandona la denominación de “arrendamiento de obras y servicios” para sustituirlas por las de “contrato de servicios y contrato de obra”. Se sigue con éllo 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...”

Con ser esta cuestión terminológica la más llamativa, el tema no queda circunscrito a ella, sino que trasciende a la naturaleza de aquellos contratos y a su contenido y regulación. Los contratos de arrendamiento, en 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 impropriamente arrendamiento de obras o servicios se configuran contratos cuyas prestaciones son típicas obligaciones de hacer, por lo que ni siquiera por vía de analogía cabe aplicarles ni una sola de las reglas que el Código establece para el arrendamiento...”⁴⁹.

Sin embargo, el tema de la “Construcción unitaria de los arrendamientos” no sería, por sí sólo, motivo suficiente para una reforma de la envergadura de la que se ha proyectado: existe una razón adicional, mucho más grave y profunda. Y es que, en

⁴⁶ CAGNASSO, O.: “Il Contratto di appalto”, cit., p. 656.

⁴⁷ Así, mientras que el objeto del arrendamiento de cosas recae sobre cosas corporales que se entregan al arrendatario, en posesión, para su uso y disfrute (“res utenda datur”), en cambio los Contratos de obras y servicios recaen sobre “actos” del Contratista (“res facienda est”). Otra diferencia consiste en el diverso tratamiento de incumplimiento, ya que mientras el Arrendador de cosa, que se niega a entregarla puede ser compelido a éllo, ya que siempre es posible poner la cosa arrendada en poder y posesión del Arrendatario, para su goce y uso, por el tiempo pactado, en cambio, en los contratos de obras y servicios, la negativa del Contratista se resolverá, por regla general, en el cumplimiento por equivalencia; es decir: en la indemnización por daños y perjuicios (“nemo potest preacise ad factum cogi”), salvo supuestos de “fungibilidad” del deudor obligado, en cuyo caso las obras o servicios se ejecutará “a su costa” (VON GIERKE, O.: cit., ps. 11 y ss. SOLE RESINA, J.: cit., p. 90).

⁴⁸ Al tratar de los “arrendamientos” de obra y servicios, ni siquiera habla de “arrendador” y “arrendatario”, sino que emplea otras expresiones, tales como las de “amo y criado”, o “menestrales, artesanos, y trabajadores asalariados”, o de “contratista” y “dueño de la obra”... Estas son razones suficientes para rechazar la teoría unitaria, acogiendo una tesis disgregadora, o -mejor- diversificadora, que separe definitivamente y atribuya naturalezas jurídicas propias, diferentes, al “Arrendamiento de cosas”, por un lado, frente a los “Contratos de Obra” o de “Servicios”, por otro. En realidad, el única arrendamiento que existe es el de cosas; el de “servicios” es -y debe ser llamado- “Contrato de prestación de servicios”, y el de “obra” es -y debe ser llamado- “Contrato de ejecución de obra” (Vid. O’CALLAGHAN MUÑOZ/PEDREIRA ANDRADE.: “Introducción al Derecho...”, cit., t. II, p. 1099. SOLE RESINA, J.: cit., ps. 91 y ss.).

⁴⁹ Vid. VV.AA.: “Contratos de servicios y de Obra...”, cit., p. 15. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones”, t. II, vol. 3^o, “Contratos y Cuasicontratos”, edit. JOSE MARIA BOSCH EDITORIAL, S.A., 2^a ed., Barcelona, 1986, p. 271. CORDERO LOBATO, E.: “Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de Servicios y de Obra”, en “Revista de Derecho privado”, 1995, octubre, ps. 875 y s. LOPEZ Y LOPEZ, A.M.: “La proyectada nueva regulación...”, cit., ps. 31 y s.

efecto, la regulación original de nuestro Código civil adolece de inadecuación e insuficiencia, porque las disposiciones referentes al Arrendamiento de servicios son enormemente escasas y se limitan a regular el trabajo de “criados”, “sirvientes”, “menestrales”, “artesanos” y “demás trabajadores asalariados”, como si estos fueran los únicos servicios que pudieran ser “arrendados”, o -más precisamente- contratados, al tiempo que esa escasa regulación, se lleva a cabo en términos arcaicos, acaso excesivamente tributarios de una época en la que el modelo económico tenido en cuenta por el legislador era predominantemente agrario, con olvido de la prestación “profesionalizada” e “independiente” de servicios⁵⁰.

La consolidación de un “Derecho del Trabajo”, como rama independiente en el Ordenamiento jurídico español -y comparado-, contenida en sus propias fuentes instrumentales, a la par que como materia autónoma, dentro de la Dogmática del Derecho, hace que la normativa del arrendamiento de servicios resulte prácticamente vacía de contenido; máxime, teniendo en cuenta -además- que el régimen del servicio doméstico ha sido objeto de una regulación espocífica, que lo configura como relación laboral de carácter especial. Y es que, en efecto, los “contratos de servicios” (“lato sensu”) constituyen una categoría que interesa y está presente, no sólo en el Derecho privado, civil o mercantil, sino también en el Derecho laboral y en el Derecho administrativo.

Se ha dicho que el “de Servicios” es, también, un contrato de Derecho privado, lo que lo diferencia de la relación de prestación de servicios de los funcionarios públicos o de los trabajos forzados de los presos⁵¹, pero nosotros iríamos todavía más lejos: la relación de prestación de servicios de los funcionarios públicos o de los trabajos forzados de los presos ni siquiera son contratos, y por éso no admiten comparación con los contratos de servicios, salvo por su mera y fenomenológica comunidad de contenido. Dicho de otro modo: los contratos de servicios son éso: contratos, y -por este motivo- han de ser diferenciados respecto de toda otra vinculación jurídica, por la que devenga obligada la realización de trabajo, pero que no tenga un origen negocial.

Ahora bien, incluso tratándose de servicios o de trabajo prestados “ex contractu”, aún es posible que nos estemos moviendo en la órbita del Derecho público; es posible que se trate de contratos sometidos al Derecho administrativo⁵². No nos interesan,

⁵⁰ Vid. BENAVENT,A.: cit., p. 251. O’CALLAGHAN MUÑOZ/PEDREIRA ANDRADE.: “Introducción al Derecho...”, cit., t. II, p. 1099. CAPILLA RONCERO,F.J.: “Contrato de Servicios (I). prestación de servicios y ejecución de obra”, en VV.AA.: “Derecho de obligaciones y contratos”, coord. por M^a.R.Valpuesta Fernández, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, p. 666. LOPEZ Y LOPEZ,A.M.: “La proyectada nueva regulación...”, cit., p. 32.

⁵¹ FIKENTSCHER,W.: cit., p. 534.

⁵² El ejemplo más evidente lo representa la Ley nº 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (en adelante, se citará: LCAP), que habla del “carácter administrativo” o el carácter “privado” de los contratos de las administraciones públicas. Sin embargo, el que unos contratos sean “administrativos” no les priva, en modo alguno, de su carácter de verdaderos “contratos”, ya que el concepto de Contrato es único para todo el Ordenamiento (PEREZ PONCE DE LEON,B. y PEREZ BERENJENA,J.: “La Contratación de las administraciones públicas. Estudio comparativo y sistemático de la normativa antigua y la vigente”, edit. BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 1995, p. 33). Esta Ley regula múltiples contratos que pertenecen a los contratos “de prestación de servicios”, en sentido amplio, y que son: el “Contrato de Obras”, regulado en los arts. 120 a 152, LCAP, donde aparecen recogidos -además- otros contratos y cuestiones, como el Contrato de Concesión de Obras públicas. En segundo lugar, el contrato de “Gestión de Servicios públicos”, regulado en los arts. 155 a 171, LCAP. En tercer lugar, los contratos de “Consultoría y Asistencia”, y los contratos de “servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, regulados en los arts. 197 a 219, LCAP.

empero, estos contratos, aunque hemos de reconocer que su regulación y su tipología son de gran interés, puesto que engloban las nuevas figuras contractuales, que han aparecido, tanto en el ámbito administrativo, como -sobre todo- en el ámbito privado empresarial y profesional⁵³. Nuestro interés se centra en los “contratos mercantiles de prestación de servicios”; contratos regulados o mencionados en normas jurídicoprivadas y cuya situación legislativa es muy deficiente. Si -por una parte- el régimen del Código civil es inadecuado para los prestadores de servicios vinculados por relaciones laborales o funcionariales, es inexistente, en cuanto a la prestación de servicios de los profesionales liberales⁵⁴, como no sea que se opte -lo cual nosotros consideramos un criterio muy acertado- por una consideración unitaria de los Contratos de obras y servicios, que los configuraría como dos modalidades de un contrato único, y no como dos contratos diferentes. Existe, empero, una referencia “profesional”, al aludirse al “Contratista” de obras, aunque el régimen del Arrendamiento de Obra se atenga a parámetros muy alejados de la realidad⁵⁵.

Por lo que al Derecho comparado se refiere, hay que señalar que el BGB. alemán presta una notable atención a estos contratos, dedicando al Contrato de servicios remunerados -“Dienstvertrag”- los arts. 611 al 630⁵⁶, entre los que se han insertado muchos nuevos preceptos, como, p.e., los arts. 611a, 611b, 612a, BGB., etc. Y, por lo que hace al Contrato de Obra -“Werkvertrag”-, del mismo tratan los arts. 631 a 651, BGB., aunque -al parecer- la regulación de estos contratos tampoco es satisfactoria, ya que ni su sistemática, ni su contenido resultan suficientes, ni correctos, ya que -p.e.- la parte más importante de su contenido -tradicional, añadimos- ha sido “ocupada” por el Derecho del Trabajo -“Arbeitsrecht”-, que se ha desarrollado fuera del BGB., de forma que la experiencia extraña de aquél no puede servir para solventar los problemas

Como se puede apreciar los “contratos administrativos” están sometidos a un régimen especial, que es público/administrativo -precisamente, el contenido en la LCAP. n.º 13/1995-, y sólo de forma subsidiaria quedan sometidos a las normas del Derecho privado. Pero, ¿qué es lo que los define como “administrativos”? El criterio utilizado por el art. 5.º, LCAP. es un criterio múltiple: en unos casos es un criterio mixto de objetivo/real -en la medida en que se alude a las actividades, quehaceres o actuaciones, a desarrollar, como objeto del contrato-, y subjetivo -en la medida en que se alude a la especial condición personal de una de las partes contratantes: una Administración pública-, y esto aunque el contenido de estos contratos administrativos de obras y servicios es, o puede ser, esencialmente idéntico al de unos contratos privados. Otras veces, el criterio determinante de la pertenencia al ámbito de la contratación administrativa, de unas obras o unos servicios, consiste en un factor o elemento funcional, y -por fin- en algunos otros casos el criterio determinante es un criterio formal: O bien se trata de contratos celebrados por la Administración, que tienen por objeto directo, conjunta o separadamente, la ejecución de obras o la consultoría, asistencia o servicios o llos que celebren excepcionalmente, para trabajos específicos y concretos, o bien se relacionan con el giro o tráfico de las administraciones públicas contratantes, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública, o bien son declarados “administrativos” por una Ley.

⁵³ Así, p.e., es interesante la propia concepción del “Contrato de Obras”, que viene -más que definido- descrito con amplitud, en términos tales que lo caracterizan como un contrato de realización de obras inmobiliarias de edificación e ingeniería civil, así como de obras o trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo, y - finalmente- de obras reparación, conservación o demolición de los inmuebles etc... indicados en los diversos apartados del art. 120, LCAP. En cambio, se ha deparado un tratamiento y una tipificación especiales para los llamados “Contratos de consultoría y asistencia”, definidos en el art. 197, LCAP., que -en realidad- pueden configurarse, tanto como contratos de obra/resultado, aunque de índole inmaterial o intelectual/técnica (estudio y elaboración de informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social), cuanto como contratos de prestación de “servicios”, generadores de obligaciones de medios o actividad (toma de datos, asesoramiento técnico... etc.).

⁵⁴ LOPEZ Y LOPEZ, A.M.: “La proyectada nueva regulación...”, cit., p. 32.

⁵⁵ CAPILLA RONCERO, F.J.: “Contrato de Servicios (I)...”, cit., p. 667.

⁵⁶ VON GIERKE, O.: cit., p. 12.

planteados por la regulación civil de los Contratos de servicios. E incluso la propia regulación jurídico-privada (civil) de los Contratos de servicios, Obra, Mandatos gratuitos y onerosos, resulta insatisfactoria⁵⁷.

En Francia, los arts. 1779 a 1799, Code civ.fr. regulan el llamado “louage d’ouvrage et d’industrie”, que engloba los arrendamientos de servicios, de obras -de los arquitectos, empresarios de obras y técnicos-, y el transporte de personas o de mercancías, de conformidad con la clasificación que hace el propio art. 1779, Code civ. fr. Se trata, igual que en el caso alemán, de una regulación inspirada en la “Teoría arrendaticia”, y -asimismo- escasa, y fragmentaria -insatisfactoria, por tanto-, cuyos defectos e insuficiencias se hacen progresivamente más graves y evidentes, a medida en que se produce la expansión y desarrollo de las actividades del sector de servicios⁵⁸.

En Italia, el “Codice civile” de 1942 regula el contrato de “Appalto”, que engloba, así la ejecución de obra, como la prestación de servicios, en sus arts. 1655 a 1677, sin olvidar que a partir del art. 1678, Cod.civ.it. se regula el contrato de Transporte. Se trata de una regulación moderna que tiene en cuenta muy fundamentalmente la profesionalidad del “Appaltatore”, de quien se dice que actúa con organización de los medios necesarios y asumiendo el riesgo. Pero el “Codice civile” también conoce la modalidad específica del “Contrato de Obra intelectual”, que regula separadamente -e incluso con una separación “física”- respecto del “Appalto”.

Por lo que hace a los ordenamientos del sistema anglosajón, se ha hecho notar que sería en vano tratar de buscar en ellos una tipificación de contratos como el “appalto” italiano, o como el “louage d’ouvrage ou d’industrie”, francés, porque en tales sistemas la tipificación de los contratos solo alcanza un estado embrionario, ya que -dentro de la categoría general del “Contract”- la práctica ha ido decantando, con el paso del tiempo, diversas formas de “legal transactions”. Desde este punto de vista se ha ido conformando la categoría de los “building contracts” o “construction contracts”, que presentan notables concomitancias con el Contrato de “Appalto”, tal como fue previsto y regulado en los países del “civil Law”⁵⁹.

En el Ordenamiento jurídico español, a estos contratos hace una alusión genérica el art. 1542, CC., que señala que el Arrendamiento puede ser de “cosas”, de “obras” o de “servicios”, y aclara -en el art. 1544, CC.- que:

“En el arrendamiento de obras y servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio, por precio cierto”⁶⁰.

De esta forma el Código ha reunido en un único artículo -y, aparentemente, en una única definición- la noción de los que para muchos autores constituyen, en realidad, dos contratos diferentes, de forma que se haría preciso escindir esa definición legal, en otras dos; a saber: por un lado, la del Contrato de Servicios, y -por otro- la del Contrato

⁵⁷ FIKENTSCHER, W.: cit., 7ª ed., p. 527.

⁵⁸ BENAVENT, A.: cit., p. 251. HUET, J.: cit., p. 1105.

⁵⁹ CAGNASSO, O.: “Il Contratto di Appalto”, cit., p. 664. Sobre los “building and construction contracts”, vid., p.e., MACDONALD, G.P. y PALMER, B.P.: “International construction contracts”, en VV.AA.: “*International Trade. Law and practice*”, edit. por J.D.M.Lew y C.Stanbrook, t. I, edit. EUROMONEY PUBLICATIONS, Londres, 1990, ps. 87 y ss. SCHMITTHOFF, C.M. y ADAMS, J.: “*Schmitthoff’s Export Trade. The Law and Practice on International Trade*”, edit. STEVENS & SONS, 9ª ed., Londres, 1990, ps. 731 y ss.

⁶⁰ DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZALEZ, M.: “*Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*”, edit. COMARES, Granada, 1993, p. 3. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, J.L.: cit., en JIMENEZ SANCHEZ, G.J. y otros, reimp. 2ª ed., p. 491.

de Obra, separación conceptual/sistemática, que se hace, p.e., en el Derecho alemán, como se deduce de la confrontación entre los arts. 611 y 631, BGB., aunque la formulación de estos preceptos sea, formalmente, un tanto distinta a la de nuestro Derecho (vigente o proyectado). En cualquier caso, nuestro interés se centra en el “Contrato de servicios”, que sería aquel.:

“Contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio, por precio cierto”⁶¹.

Definición reflejada en el art. 1583, párr. 1º, del Proyecto de Ley, por el que se da nueva regulación a los Contratos de Obras y Servicios -en adelante se citará: Proy.NRCOS.-, cuando dice que.:

“Por el contrato de servicios, una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar una determinada actividad, considerada en sí misma, y no por su resultado...”

Las normas aplicables a este contrato, que se contienen en el Código Civil -vid. arts. 1583 a 1587, CC.-, en su redacción originaria, se refieren al supuesto de la contratación del servicio doméstico, de criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados; regulación verdaderamente insuficiente y anticuada, cuyo objeto se centra, básicamente, en la regulación de la “duración” del contrato -vid. arts. 1583 y 1586-, y en el “despido” (arts. 1584, 1586 y 1587), y que -además- de hecho ha quedado reducida a un estrechísimo ámbito, ya que ha sido absorbida, prácticamente, por la legislación laboral⁶².

Ahora bien, siendo dos contratos tan similares -el de Obra y el de Servicios-, que tienen por objeto prestaciones de hacer, realizadas para otro; tratándose de contratos que incluso han sido objeto de tratamientos unitarios, en los Códigos civiles francés e italiano. ¿Cuál es el rasgo que, en el Derecho español y en el Derecho alemán, ha determinado que se regulen como dos contratos diferentes?. Y, en cualquier caso, ¿es trascendental esa diferencia?. ¿Merece la pena hablar de dos contratos diferentes?. La diferencia se ha buscado en el plano de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado⁶³, aunque dudo mucho de que sea fundamento suficiente para hablar de dos tipos contractuales distintos, como veremos.

⁶¹ En sentido similar, LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, edit. TECNOS, Madrid, 1973, p. 115.

⁶² Vid. LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, cit., p. 116. SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, p. 321.

⁶³ En este sentido, p.e., el art. 611, BGB. dispone que aquel que promete prestar servicios, queda obligado a la prestación de dichos servicios, mientras que la otra parte queda obligada a pagar la contraprestación pactada, lo cual revela que, en el Contrato de servicios -contrato privado, obligacional y sinalagmático (FIKENTSCHER,W.: cit., 7ª ed., p. 530)-, habrá que llevar a cabo una actividad con una adecuada diligencia, mientras que en el de Obra -también llamado Contrato de Empresa- lo importante será el resultado obtenido: la “obra” (Una distinción fundamental -y con trascendencia para la propia configuración jurídica de la relación de trabajo- de todos los contratos (mercantiles, o no) que tienen por objeto la prestación de una actividad, es aquella que consiste en que el “Trabajador” prometa, bien la puesta a disposición del cliente, de su propia capacidad de trabajo; es decir: que le arriende sus “servicios”, o bien la ejecución de una Obra; es decir la consecución de un determinado resultado de trabajo (ENDEMANN,W.: “*Die Arbeit*”, cit., ps. 377 y ss. LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, edit. TECNOS, Madrid, 1973, ps. 124 y s. CORDERO LOBATO,E.: “*Notas al Proyecto...*”, cit., p. 877. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRIA/RIVERO HERNANDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 271).

Así pues, cuando el BGB. alemán regula estos contratos de obras y servicios, diferencia unos de los otros atendiendo, no al criterio de la auto- o heterodeterminación del prestador de los servicios o el ejecutor de la obra -criterio, por otra parte, decisivo a la hora de adscribir una relación de este tipo al Derecho privado, o al Derecho laboral-, sino al criterio del objeto de la obligación del prestador de servicios... Si el objeto se resume exclusivamente en el desarrollo de una actividad -sea ésta material o intelectual-, contra pago de una determinada remuneración, a lo largo de un período de tiempo, se estará en presencia de un

III.2.3. Adscripción de estos contratos, al Derecho civil o mercantil

Aunque, como indicábamos, los arrendamientos de obras y servicios han sido recogidos por el Código civil, cada día es más frecuente encontrarse ante supuestos en los que un empresario, mediante precio, se compromete a realizar una serie de actividades o a prestar una serie de servicios, por encargo de otro empresario, o bien de un particular, o bien a llevar a cabo una obra concreta, logrando un resultado final, fruto de su actividad. Por este motivo, y bajo tales condiciones, la cuestión que inmediatamente se suscita es la referida a la posibilidad, o no, de que estos arrendamientos de obra puedan ser contratos mercantiles. Algunos Códigos de comercio “clásicos”, que contenían “listas de actos de comercio”, no dejaron de incluir entre ellos ciertas figuras que se correspondían con la realización de obras y la prestación de servicios⁶⁴, y nuestro propio Código de comercio, de 22 de agosto de 1885, contempla -cuando menos- dos importantísimos contratos de servicios, que merecerían la calificación de mercantiles: el contrato que regula la relación del empresario con su apoderado general o Factor (arts. 281 y ss., Cdc.) y el que regula su relación con sus apoderados singulares: los dependientes y mancebos (arts 292 y ss., Cdc.)⁶⁵. [Y aunque bien es verdad que estos contratos habrán sido, ya, absorbidos por el Derecho Laboral, ello no obsta para que se haga patente la posibilidad de que los Contratos de Servicios hagan acto de presencia, en la esfera del Derecho Mercantil].

La proyectada reforma del régimen de este contrato, parece seguir por la senda de su incardinación en el Código civil, así como su regulación en términos “comunes” y -en cierto sentido- “universales”, con la única exclusión de las relaciones laborales (y, sin duda, también de las relaciones propias del funcionariado). Ello, empero, no obsta para que existan referencias que permitan concebir la existencia de “variedades mercantiles” de esta figura. Por otra parte, el régimen venidero se ha “profesionalizado”, lo que es casi como decir que está imbuído de un “sesgo

Contrato de servicios, mientras que si -por el contrario- consiste en una obra acabada, en la consecución de un resultado; en la producción o elaboración, o en la reelaboración o reparación, etc... de una cosa, por el cual se percibe un precio, el contrato de será de Obra (LARENZ,K.: cit., t. II, 12ª ed., ps. 250 y s.).

⁶⁴ Así, p.e., el art. 3º del derogado “Codice di commercio” italiano, de 1882, consideraba actos de comercio, entre otros: las empresas de fabricación y construcción o las empresas editoriales y tipográficas. Y el, todavía vigente, art. 2º, Code de comm. belg. dice que la ley reputa acto de comercio:

“... toda prestación de trabajo principalmente material proporcionado o prestado en virtud de un contrato de arrendamiento de obra o industria, desde el momento en que vaya acompañado, incluso con carácter accesorio, de la remesa de mercancías...”, así como:

“... Toda empresa industrial o artesanal (“entreprise de manufactures ou d’usines”), incluso aunque el empresario no transforme más que los productos de su propio fundo, en tanto en cuanto esa transformación extravase de la que es normal en las empresas agrícolas...”.

Y el art. 3º, Code de comm.belg. hace lo propio con ciertos contratos de trabajo o prestación de servicios, en el ámbito marítimo, aludiendo a todo fletamento (“affretement ou nolissement”), y a todo acuerdo por salario de la tripulación.

⁶⁵ Aunque, cuando se trata de los factores y dependientes de comercio, el Código de comercio se refiere a ellos como “otras formas del mandato mercantil”, es lo cierto -y así lo reconoce la doctrina- que se trata de relaciones modeladas sobre la base de un antecedente histórico muy claro: el contrato germano de servicio fiel, cuyas características están más próximas al arrendamiento de servicios que a otras figuras como el mandato. Y, en cualquier caso, es lo bien cierto que, tanto el contenido de la actividad del “Factor”, como, también, el de los apoderados singulares, son muy complejos, en la medida en que existe en ellos una mescolanza entre servicios materiales y actos jurídicos; entre gestión material interna y representación contractual externa. Y ésto, sin contar con que en el ámbito marítimo, algunas modalidades de Fletamento se caracterizan como verdaderos contratos mixtos de arrendamiento de cosas y de arrendamiento de servicios (“locatio navis et operarum magistris et nautarum”).

mercantilista” o “paramercantil”. En efecto: cuatro notas permiten llegar a esta afirmación.:

Primero: la posibilidad -reconocida en el art. 1584, párr. 3º, Proy.NRCOS.- de que quien contrata la prestación de sus servicios pueda valerse del “auxilio de otras personas”, de cuyas actuaciones responderá⁶⁶; personas que entendemos que lo mismo pueden ser “subcontratistas” -posibilidad que tanto el Código civil, como el Proyecto de Reforma reconocen-, que “empleados”; trabajadores por cuenta ajena, vinculados por una relación laboral⁶⁷.

Por lo que hace al Derecho comparado, cabe señalar que es precisamente en el Derecho italiano; un ordenamiento caracterizado por la unificación legislativa del Derecho privado, que ha integrado la materia mercantil con la civil, dentro de un mismo cuerpo legal -el “Codice civile” de 1942-, el que ha regulado una figura pluridimensional: el contrato de “Appalto”, que se caracteriza por el hecho de que el “appaltatore” -el prestador de servicios, “lato sensu”- actúa sobre la base de una organización económica. En este sentido, el art. 1655, Cod.civ.it. define el citado contrato como aquél por el cual el “Appaltatore”, con organización de los medios necesarios y gestionada con asunción del propio riesgo -es decir, actuando en el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa-, asume -a cambio de una contraprestación en dinero- la ejecución de una obra o un servicio⁶⁸.

Segundo: La integración de los criterios de diligencia y correcta prestación de los servicios, en el art. 1584, párr. 41, Proy.NRCOS., recurriendo a las “reglas de la profesión”⁶⁹.

Tercero: el principio -contenido en el art. 1584, párr. 4, Proy.NRCOS.- de que el sometimiento del prestador de servicios a las instrucciones del comitente queda excluido cuando supongan “intromisión en el ámbito profesional”; un criterio que recuerda, sensiblemente, al empleado en el art. 9º, nº 2, c), LCAg. nº 12/1992, de 27 de mayo, que dice que el Agente deberá actuar de conformidad con las instrucciones del Principal “... siempre que no afecten a su independencia”, y

⁶⁶ CORDERO LOBATO,E.: “Notas al Proyecto...”, cit., p. 877.

⁶⁷ En este sentido, al igual que ya se señaló, en relación con el Contrato de Compraventa mercantil, es preciso recordar los principios e ideas manifestados en la Exposición de Motivos de nuestro Código.:

“... (H)ay que reconocer que no todos los fabricantes o industriales proceden con el mismo fin al adquirir los materiales necesarios para la fabricación, o al vender los objetos elaborados; pues unos verifican estos actos como medio indispensable para el ejercicio de su industria, y otro, por el contrario, los realizan con el fin principal de obtener alguna especulación o lucro. Este diferente propósito, que sirve para atribuir o negar el carácter mercantil a unos mismos actos, se manifiesta generalmente por las circunstancias en que el industrial fabrica o vende sus productos, pues mientras que el que se propone obtener un lucro no trabaja por sí mismo, sino por medio de obreros, a quienes retribuye con el fin de tener gran número de objetos a disposición del público, presentándolos en los almacenes o tiendas para que éste pueda adquirirlos, existen otros industriales que se limitan a fabricar con sus propias manos los objetos de su industria, a medida que se los encargan y dentro de sus mismos talleres u obradores...”.

Y si nuestro Código quería incluir dentro del ámbito de “lo mercantil” las ventas efectuadas por los “empresarios artesanos”, que intermedian en el flujo de un factor económico tan importante, como es el “trabajo asalariado”, creemos que la misma razón deberá determinar la mercantilidad de los contratos de obras o servicios, en los que el Contratista o Prestador de éstos actúe con el sustrato de una empresa; de una comunidad de trabajadores organizados bajo su dirección y responsabilidad (GARCIA-PITA y LASTRES,J.L.: “Compraventa mercantil y Derecho de los consumidores (De nuevo sobre la calificación mercantil de la Reventa)”, en “Cuadernos de Derecho y comercio”, 1994, septiembre, nº 14, p. 60.

⁶⁸ CAMPOBASSO,G.F.: “*Diritto commerciale*”, t. III, “*Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*”, edit. UTET., Turín, 1992, p. 39. CAGNASSO,O.: “Il Contratto di appalto”, cit., p. 664. FERRI,G., ANGELICI,C. y FERRI,G.B.: “*Manuale di Diritto commerciale*”, edit. UTET., 9ª ed., Turín, 1993, p. 866.

⁶⁹ CORDERO LOBATO,E.: “Notas al Proyecto...”, cit., p. 877.

Cuarto: el recurso -como factor de integración del contrato- al “valor común o de mercado” de los servicios, al objeto de determinar el importe del precio o retribución, cuando ésta no hubiese sido pactada, ni pudiera venir determinada por el uso.

Por lo que hace a la posibilidad de que el Contrato de Obra sea “mercantil”, algunos autores la niegan categóricamente, afirmando que tal contrato, regulado en los arts. 1568 y ss., CC., en ningún caso alcanzará la condición de “acto mercantil”⁷⁰.

En el caso de España, la perspectiva adoptada por la dogmática -que no positiva- resulta, en opinión de Vicent Chulia, menos comprensible, porque, estando los manuales españoles inspirados en el concepto del “Contrato mercantil”, como “contrato de empresa”, sin embargo, y salvo el caso excepcional del contrato de construcción de buques, no incluyen para nada el Contrato de Obra⁷¹. Sin embargo, hemos de hacer algunas reflexiones críticas, a las afirmaciones manifiestadas por el ilustre mercantilista. En primer lugar, el de Construcción de buques no es el único contrato de obra recogido, siquiera como simple alusión, en el Código de comercio: no olvidemos la mención a la realización de obras públicas, del art. 184, Cdc. Tampoco es cierto que los manuales modernos de Derecho mercantil silencien completamente los Contratos de obras y servicios: la Obra colectiva, dirigida por el Prof. Jimenez Sanchez, así como el “manual” del Prof. Uria, incluyen variedades mercantiles de estos contratos. Y, por fin, si la mayor parte de los manuales clásicos omitían esta materia (Blanco Constans, Langle Rubio, etc...), fue por responder a criterios delimitadores de los mercante, de sentido “a-profesional” como el del “Acto de comercio”.

Otros, por el contrario, sostienen que la posibilidad de que estos arrendamientos de obra puedan ser contratos mercantiles no debe tenerse por excluida⁷², cuando al menos uno de los contratantes desarrolle una actividad empresarial, pues por medio de la prestación de unos servicios (“facere”) o de la realización de una Obra (“facere plus res facta”), se desarrolla el objeto propio de ciertos empresarios individuales o colectivos⁷³. A este efecto, es preciso recordar que si, de conformidad con el art. 2º, Cdc. los “actos de comercio” son todos los comprendidos en el Código “y otros de naturaleza análoga”, hay que señalar que el Código de comercio menciona -comprende- contratos

⁷⁰ VICENT CHULIA,F: “Introducción...”, cit., 9ª ed., p. 577. De todos modos, el Autor no deja de advertir que el Contrato de (“arrendamiento”) de Obra presenta una enorme importancia para la delimitación del contenido del *Derecho mercantil*, en atención a la materia, y así, mientras en algunos países los manuales de *Derecho mercantil* omiten cualquier referencia al Contrato de Obra -caso de Alemania, Francia y Bélgica-, por no ser un “contrato mercantil”, en cambio en Italia los manuales de *Derecho mercantil*, inspirados en la “doctrina de la Empresa”, sí que incluyen el contrato de “Appalto”, porque es un contrato “de empresa” (Vid. VICENT CHULIA,F: “Compendio...”, cit., t. II, 3ª ed., p. 331).

⁷¹ Vid. VICENT CHULIA,F: “Compendio...”, cit., t. II, 3ª ed., p. 331.

⁷² Así, p.e., la STS. de 9 de julio de 1985, Rep.Aranzadi, 1985, marg. 3964) admitió un recurso interpuesto sobre la base de una violación del art. 51 del Código de comercio!, en relación con la insuficiencia de la prueba testifical para probar un arrendamiento de obra mercantil. Vid. ref. VICENT CHULIA,F: “Compendio...”, cit., t. II, 3ª ed., p. 332. Igualmente, CANO RICO/SERRA MALLOL.: “Manual práctico...”, cit., t. I, 3ª ed., ps. 44, 321 y 334.

⁷³ El ejemplo más claro, se da en esa modalidad de contratos de obra, o contratos atípicos, mixtos con elementos del contrato de Obra, que son los contratos de “ingeniería” (“engineering”), de los cuales se dice que son contratos de empresa, dado que las actividades y servicios que proporciona el “engineer” al Cliente, debido a su complejidad e interdisciplinariedad, así como por el hecho de que también incorporan prestaciones de índole material, son proporcionados o realizados por una organización empresarial, que trasciende las posibilidades del mero estudio profesional, propio de las actividades estrictamente “liberales”, con el fin de proporcionar al Cliente el resultado que corresponde a su interés contractual (LAPERTOSA,F: “L’Engineering”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, Milán, 1993, p. 159. CANO RICO/SERRA MALLOL.: “Manual práctico...”, cit., t. I, 3ª ed., p. 321. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ,J.L.: cit., en JIMENEZ SANCHEZ,G.J. y otros, reimp. 2ª ed., p. 491).

de obra, como el de Construcción de buques⁷⁴, y califica como Sociedades mercantiles (anónimas) especiales a las “Concesionarias de Ferrocarriles y obras públicas”, atribuyéndoles, principalmente, operaciones como “la construcción de vías férreas y demás obras públicas, de cualquier clase que fueren” (Vid. art. 184). Así, la realización “empresarial” de actividades de construcción, puede constituir muy bien un “acto de comercio”, bien sea directamente, por su “comprensión en el Código de comercio”, ora bien, en virtud del criterio de la analogía, ambos recogidos en el art. 2º, Cdc.⁷⁵

La configuración del Derecho mercantil como ordenador de la actividad de los empresarios, fuerza a incluir en el complejo cuadro de la contratación mercantil aquellos contratos por virtud de los cuales un empresario, específicamente organizado para este fin, se obliga a realizar una obra determinada. Y es que son muchos los empresarios -algunos, de extraordinaria importancia y volúmen empresarial-, que ponen a disposición mediata de sus clientes su organización y sus múltiples recursos materiales y personales, para la realización de obras o la consecución de los resultados deseados por aquéllos -ejemplo de lo dicho son: las empresas de construcción⁷⁶, de limpieza y entretenimiento de edificios, de pintura y decoración, de impresión tipográfica, de fotocopia y microfilmado, de tinte y limpieza y planchado de ropas... y un largo (¿inacabable?) etcétera-, y no parece que su constante tráfico contractual pueda considerarse ajeno a nuestra disciplina⁷⁷.

Se ha señalado, empero, que el recurso al art. 2º, Cdc. resulta baldío en cuanto al criterio de la inclusión, porque es obvio que los contratos de obra y servicios no se contemplan en el Código de comercio, sino en el Código civil⁷⁸. Por tanto, sólo mediante la analogía se podría fundamentar su mercantilidad, y en tal caso ello únicamente conduciría a la aplicación de unos pocos preceptos generales (los arts. 50 al 63 Cdc. y los arts. 942 y ss., en materia de prescripción). Incluso se llega a afirmar que el propio recurso a la analogía carece de viabilidad, en los contratos -tan importantes, en la práctica- de obras o servicios técnicos e intelectuales, porque no sería razonable

⁷⁴ En este sentido, la STS. de 10 de febrero de 1984, en relación con el Contrato de Construcción de Buques, especificado en el art. 574, Cdc., reconocía la mercantilidad de esta variedad del Contrato de Obra, aunque señalando que -dada la ausencia de normativa suficiente, por lo parco del art. 574, Cdc.- deben aplicarse, como supletorias, las normas del Arrendamiento de Obra.

⁷⁵ CANO RICO/SERRA MALLOL.: *“Manual práctico...”*, cit., t. I, 3ª ed., p. 283.

⁷⁶ En el ámbito de las empresas y empresarios de la construcción -que ocupan un primer lugar en la lista de los empresarios mercantiles de obras (URIA GONZALEZ,R.: cit., 23ª ed., p. 733)-, existe una clara propensión a que la división del trabajo configure una relaciones contractuales que involucran a una pluralidad de sujetos; muchos de los cuales, frecuentemente, suelen ser empresarios de servicios, que, mediante precio, llevan a cabo en interés de otros -profesionalmente y de forma organizada- algunas de las diversas actividades que rodean el mundo de la actividad constructora: realización de las obras, planificación de las mismas, ejecución, y prestación de servicios conexos (CANO RICO/SERRA MALLOL.: *“Manual práctico...”*, cit., t. I, 3ª ed., p. 283), lo que permite diferenciar entre un empresario “promotor”, un empresario “contratista”, etc... Todas estas actividades se mueven en el ámbito de lo “material”, y la cuestión es si pueden, o no, ser mercantiles los contratos de “obra o servicios inmateriales o intelectuales”, como los de “engineering” o “de Arquitectura” (“Architektverträge”) - que tienen por objeto la ejecución de obras o prestación de servicios intelectuales y/o técnicos. Algunos se muestran más proclives a calificarlos como civiles, y no como actos de comercio. Sin embargo, aunque se rija, fundamentalmente, por las disposiciones del Código civil, creemos que puede y debe ser calificado como un contrato mercantil; un “acto de comercio” de conformidad con el art. 2º, Cdc.

⁷⁷ URIA GONZALEZ,R.: cit., 23ª ed., p. 733.

⁷⁸ Ciertemente es obvio que la realización del “Contrato de Arquitecto” no se corresponde, ni con la construcción de un “ferrocarril u obra pública”, ni tampoco con la construcción de un buque, y que -sin perjuicio de nuestra afirmación sobre la mercantilidad de las cuestiones relacionadas con la materia del Derecho patrimonial de Autor- no faltan quienes le atribuyen una naturaleza civil.

aplicar tal criterio analógico, a un tipo contractual absolutamente desconocido por el Código de comercio; a un tipo contractual -por si fuera poco- que tiene por objeto un tipo de bienes -las obras "inmateriales"- asimismo desconocido en el Código de comercio⁷⁹. Sin embargo, una norma que se puede considerar - igualmente- como "ley mercantil", en el sentido del art. 2º, Cdc.: el art. 59, de la Ley de Propiedad Intelectual, contempla -indirectamente- una modalidad de Obra mercantil, cuando dice -expresamente- que:

"... 2.- *El encargo de una obra no es objeto del Contrato de Edición, pero la remuneración que pudiera convenirse será considerada como anticipo de los derechos que al Autor le correspondiesen por la edición, si ésta se realizase...*".

Lo que significa que el Contrato de Edición no es un contrato de obra intelectual futura, y -por este motivo- las obras futuras no pueden constituir su objeto, pero que es perfectamente posible un Contrato de Obra intelectual; caracterizable como contrato *oneroso* de arrendamiento "operis", que será "acto de comercio".

Además, la nueva Ley de Auditoría de Cuentas ha venido a configurar el régimen de la prestación de servicios de los auditores, en términos tales que su actividad podría quedar incardinada dentro de la categoría de los Contratos de obras, ya que el art. 1º de esta Ley dice que.:

"1.- Se entenderá por Auditoría de Cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros..."

Incorporando -como ha señalado el prof. Aurelio Menendez- el resultado de realización del Informe de Auditoría a la propia causa del Contrato, de tal modo y manera que se podrá apreciar que el contrato de Obra es el tipo que mejor se acomoda y que mejor puede acoger el citado Contrato de Auditoría, como lo demostraría la aplicación del régimen de distribución de riesgos propio de tal contrato⁸⁰. La tesis del prof. Menendez puede, o no, ser compartida. A nuestro modo de ver, sin que ello suponga que la refutemos o impugnemos directamente y en su totalidad, la cuestión no está tan clara, ni puede tenerse por definitivamente resuelta, porque no es lo mismo la "Auditoría de cuentas", como actividad regulada, desde la perspectiva del Derecho de Sociedades o del Derecho del estatuto de los empresarios, en cuyo caso lo relevante es el "Informe", que el contenido de una relación de auditoría "lato sensu", contemplado desde la mera perspectiva contractual/negocial, que no requeriría del "Informe"/resultado, como elemento integrante de la causa contractual, pudiendo ésta quedar reducida a la mera prestación de servicios. Pero, tanto en un caso, como en otro, supuesto que esta Ley es una Ley mercantil⁸¹, nos encontraríamos en presencia de un contrato de obra técnica/intelectual, adscribible a la categoría de los contratos mercantiles. Debe advertirse -sin embargo- que, puesto que el Auditor no es un empresario, sucede que la mercantilidad de este contrato de Auditoría deberá configurarse, bien sobre la base de un -siempre insatisfactorio- criterio formal (la

⁷⁹ Este sería uno de esos casos en los que primaría la necesidad de unificación de la normativa sobre obligaciones y contratos, y que deberían determinar una elusión de ampliaciones innecesarias del ámbito de "lo especial" (Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: "El Contrato de ingeniería (Características y Concepto)", en "*Hacienda Pública española*", 1985, nº 94, p. 145).

⁸⁰ MENENDEZ MENENDEZ, A.: "El Contrato de Auditoría y la terminación unilateral del mismo por el Auditor", en VV.AA.: "*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor manuel Broseta Pont*", edit. TIRANT LO BLANCH, t. II, Valencia, 1995, ps. 2302 y ss.

⁸¹ Sobre la "mercantilidad" de la Auditoría, vid. JANE BONET, J.: "*Análisis jurídico de la Auditoría de Cuentas. Estudio particular de la figura del Auditor*", edit. J.M.BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona 1995, ps. 31 y ss.

inclusión en Ley mercantil), o bien sobre la base de la pertenencia a una actividad típica de empresa, sólo que la condición de “Empresario” pudiera poseerla, en este caso, no quien presta, sino quien recibe el servicio de auditoría o la Obra intelectual auditora.

Por otra parte, no hay que olvidar que existen figuras negociales atípicas o complejas -el “Factoring” o los contratos de asistencia técnica, servicio de mensajería, servicio de vigilancia, etc... podrían ser unos buenos ejemplos-, claramente mercantiles, y que sin ser, siempre, propiamente arrendamientos de obra o servicios -aunque en ocasiones se califiquen, y no sin razón, como tales en sentido propio -, poseen algunos rasgos o elementos propios de dichos contratos⁸². También podría hacerse referencia, en este punto a los contratos de prestación de servicios médicos, algunos de los cuales pertenecen al ámbito de lo que se ha dado en llamar la “Medicina voluntaria”, la cual no busca atajar o evitar un quebranto directo a la salud, sino obtener un resultado, en ciertos casos -aunque no en todos-, puramente estético: cirugía estética, transexual, operaciones esterilizadoras (vasectomías, ligaduras de trompas...); supuestos todos ellos en los que la relación contractual del cliente con el facultativo se asemeja al arrendamiento de obra⁸³, aunque ocasionalmente se haya dicho, también, que lo es de servicios (STS. de 25 de abril de 1994). En estos contratos de obra “de medicina voluntaria”, se imponen al Empresario prestador de servicios deberes superiores de información, con objeto de advertir a la clientela sobre los posibles riesgos que lleven aparejadas las intervenciones y sobre los obstáculos que puedan frustrar la consecución del resultado, que es el factor determinante del consentimiento contractual⁸⁴.

La nueva regulación que se introduciría en el Código civil, siendo -en principio- algo perteneciente al ámbito del Derecho “común”, presentaría -a nuestro modo de ver- rasgos de ese fenómeno denominado “comercialización del Derecho común”; de introducción en las normas civiles de rasgos que responden a las necesidades de una economía organizada -empresarial- y especulativa, y que responden, más bien, a las especialidades tradicionales del Derecho mercantil de obligaciones y contratos, solo que -actualmente- se han extendido entre colectivos profesionales, que no pueden considerarse -al menos, no en todo caso- como “empresariales” (P.e.: las profesiones liberales)⁸⁵. Esto no obsta, empero, a que las normas y principios del Derecho mercantil se apliquen más profundamente, aún, cuando los diversos contratos de que se trate contengan factores económicos, que revelen la intervención de un “empresario”⁸⁶.

82 PEREZ-SERRABONA GONZALEZ,J.L.: cit., en JIMENEZ SANCHEZ,G.J. y otros, reimp. 2ª ed., ps. 491 y 512 y ss.

83 Vid. SAProv. Asturias, Secc. 1ª, de 28 de noviembre de 1995, en “Actualidad civil. Audiencias”, 1996, n° 10, del 16 al 31 de mayo, marg. 688, p. 1052.

84 Vid. SAProv. Asturias, Secc. 1ª, de 28 de noviembre de 1995, cit., ps. 1052 y s.

85 El Proy.NRCOS. al tratar del Contrato de Obra, ha introducido ciertos “elementos mercantilizantes”, pese a la persistente incardinación del contrato en el Código civil. Así, p.e., el art. 1589, párr. 3º, Proy.NRCOS. alude a la eventualidad de “quiebra” del “Contratista”. Y el art. 1600, Proy.NRCOS. se refiere a la responsabilidad del “promotor que, en el ejercicio de una actividad empresarial, hubiera promovido” una obra inmobiliaria de carácter permanente.

86 Sobre la mercantilidad de contratos de servicios, como los de “engineering”, “consulting”, “merchandising” y de “Servicio de Botonería”(que son contratos celebrados o que pueden celebrarse, incluso entre dos empresarios), vid. FABRA VALLS,G.: “Cincuenta contratos mercantiles (formularios)”, edit. EDISOFER,S.L. LIBROS JURIDICOS, Madrid, 1997, ps. 199, 203, 208, y 268. NATERA HIDALGO,R. y MARIN VACAS,V.: “Contratos civiles y mercantiles. Fundamentos, tratamiento fiscal y formularios”, t. I, edit. PRAXIS,S.A., Barcelona, 1994, p. 316.

Me parece interesante traer a colación un fenómeno, descrito por los franceses MERCADAL/MACQUERON como las “reglas mercantiles aplicables a las actividades civiles”; expresión que -por chocante que pudiera parecer- alude a una realidad de importancia creciente. Con creciente intensidad, ciertas reglas mercantiles, originalmente pensadas con vocación de que se aplicasen, exclusivamente, a los comerciantes -en el sentido de los arts. 1º, 632 y 633, Code de comm. fr.- se vienen

IV. EL CONTRATO MERCANTIL DE SERVICIOS

IV.1. Características

El “Contrato de servicios” se caracteriza por tres rasgos: produce obligaciones de “hacer”; es “oneroso” o retribuido, y tiene por objeto cualesquiera servicios; cualesquiera prestaciones de hacer, en general, salvo aquéllas que sean objeto de una regulación propia⁸⁷.

El Contrato mercantil de servicios genera obligaciones de “hacer”, pero cuyo contenido no consiste en la consecución del “resultado” de aplicar una concreta acción del obligado, a una concreta cosa (a diferencia del Contrato de Obra), sino que se resume y agota en una actividad general del prestador, que la lleva a cabo en beneficio del comitente, y por encargo de éste⁸⁸. En este sentido, una clasificación de las obligaciones contractuales (o legales), que posee una extraordinaria trascendencia, a la hora de analizar los “Contratos de obras y servicios”, es la que atiende a su contenido, y que las diferencia en: obligaciones “de medios”, y “de resultado”. Sin duda, todas las obligaciones tienen por objeto alcanzar un determinado resultado económico-jurídico, pero su eficacia obligatoria; el alcance de su fuerza vinculante respecto de sus deudores, puede incluir, o no, ese “resultado”⁸⁹.

Conseguir el resultado previsto puede ser, o no, parte integrante de la propia prestación obligatoria, de forma que -en caso de que lo fuese- sólo si tal resultado se alcanzara se podría tener por cumplida la obligación, y -de no alcanzarse- se consideraría incumplida, sin importar los esfuerzos del deudor en conseguir tal objetivo. Mientras que -a la inversa- si la obligación no incluyese dentro de su “vinculum iuris” la previsión de obtener el resultado (caso de la “Obligación de medios”), el deber del deudor quedaría circunscrito a la observancia de ciertos comportamientos diligentes, tendentes a lograr el resultado, sin importar que éste fuera efectivamente alcanzado, o no. En este sentido, no nos resistimos a reproducir las certeras afirmaciones de Jordano Fraga, quien -tras señalar que la calificación de una obligación, como de medios o de resultado, no se ha nunca un “prius”, sino un “posterius”, que exige verificar, caso por caso, cómo se ha definido una determinada obligación-, señala que habrá de atenderse, ante todo, a la voluntad de las partes, pero también.:

“... b) A la propia naturaleza intrínseca del “facere” debido, y a lo que la buena fé exige, a la vista de la primera, del deudor para cumplir...”

Sobre esta base y también sobre la propia consideración de los usos, puede aceptarse, como criterio aproximativo, el de la aleatoriedad: no deben considerarse,...

aplicando a las llamadas actividades “civiles”, en la medida en que las mismas se ejercen como actividades económicas (MERCADAL/MACQUERON.: “*Le Droit des affaires en France*”, cit., p. 464). Ahora bien, bajo la calificación señalada se esconde -a nuestro modo de ver- una simple extensión de la mercantilidad a sectores del tráfico, antaño ajenos al *Derecho mercantil*, porque en ellos las actividades no se desarrollaban -y, ahora, sí- en términos de “empresa”.

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRIA/RIVERO HERNANDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 306.

⁸⁸ LACRUZ BERDEJO/ SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRIA/RIVERO HERNANDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 306.

⁸⁹ JORDANO FRAGA,F.: “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)”, en “*Anuario de Derecho civil*”, 1991, t. XLIV, fasc. I, enero/marzo, ps. 7 y ss.

incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un “facere”, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control...”⁹⁰.

Dicho de otro modo: constituyen obligaciones de medios, y no de resultado, aquellas que no pueden lograr la consumación del resultado previsto por obra de la simple actividad o voluntad del deudor, aunque evidentemente éste quedará obligado a desarrollar un determinado comportamiento observando una cierta diligencia, determinada por la necesidad de encaminarse a satisfacer el resultado esperado por el acreedor; resultado -sin embargo- que, debido al carácter aleatorio o incierto de su consumación o realización efectiva, no puede ser garantizado por el deudor⁹¹.

Pues bien: el “Contrato de servicios”, solo da lugar al nacimiento de obligaciones “de medios”; en él, quién presta los servicios debe a su principal “su trabajo, como tal”; es decir: “un obrar”. Estamos, pues, en presencia de obligaciones también llamadas “de actividad” o “de diligencia”, pudiendo concluirse en condiciones tales que sean “de trabajo subordinado”, o bien en régimen de *prestación independiente*, como es el caso de los servicios estipulados por profesionales titulados y empresas de servicios⁹². La otra “modalidad” -“Contrato de Obra” acabada; “Contrato de Obra por Empresa”-, da lugar al nacimiento de obligaciones de resultado; en él, el ejecutor de la Obra debe a su principal “el resultado de su trabajo”; una “obra”, y sólo tendrá derecho a la retribución si el resultado se obtiene; sus obligaciones son mixtas de “dar” y “hacer”, ya que la obra a realizar suele traducirse en la creación de un objeto que debe ser “entregado” al comitente, y no puede resolver anticipadamente el contrato⁹³.

En el Derecho italiano se conoce la distinción entre el “Appalto d’opera” y el “Appalto di servizi”, pero la diferencia entre ambos reside en el objeto material de la actividad -p.e.: la construcción de un edificio, o el encargo conferido a una empresa de limpieza-, por cuando, aparentemente, el “Appalto” se configura, en todo caso, como un contrato generador de obligaciones de resultado, ya sea éste una Obra o un Servicio, de forma que el “Appaltatore” se obliga a obtener un determinado resultado, y no sólo a proporcionar a su cliente una determinada cantidad de energías productivas o de trabajo. De ahí deriva, precisamente, su autonomía, ya que para lograr ese resultado debe organizar el trabajo ajeno⁹⁴.

En el Derecho francés, aparentemente se conoce la diferencia, no sólo entre “louage d’ouvrage” y “louage de services”, sino también entre obligaciones de medios, y obligaciones de resultado, si bien da la impresión de que estas dos clasificaciones sólo coinciden parcialmente. Los contratos “de obra” parecen configurarse como generadores de obligaciones de resultado, mientras que, en los contratos “de servicios”

⁹⁰ Vid. JORDANO FRAGA,F.: cit., p. 10.

⁹¹ CABANILLAS SANCHEZ,A.: “Las obligaciones de actividad y de resultado”, edit. J.M. BOSCH EDITOR,S.A., Barcelona, 1993, ps. 29 y s.

⁹² Es el caso de los médicos, abogados, notarios, empresas de alquileres de grúas con personal. Vid. STSs. de 20 de febrero de 1995 ó 7 de febrero de 1995, ambas en Rep.Aranzadi, 1995, margs. 886 y 745. Entre la Doctrina, vid., p.e., FIKENTSCHER,W.: cit., 7ª ed., p. 530. CABANILLAS SANCHEZ,A.: cit., p. 95. VICENT CHULIA,F.: “Introducción...”, cit., 9ª ed., p. 560. SANTOS BRIZ,J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 315. LOPEZ VILAS,R.: “El Subcontrato”, cit., ps. 117 y s.

⁹³ Vid. VICENT CHULIA,F.: “Introducción...”, cit., 9ª ed., p. 561. CABANILLAS SANCHEZ,A.: cit., ps. 60 y ss. SANTOS BRIZ,J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 315.

⁹⁴ CAGNASSO,O.: “Il Contratto di Appalto”, cit., p. 665. CAMPOBASSO,G.F.: cit., ps. 41 y ss. FERRI/ANGELICI/FERRI.: cit., 9ª ed., p. 869.

sí que puede plantearse el problema de aclarar si las obligaciones son “de medios”, o bien “de resultado”⁹⁵.

Pero, en cualquier caso, debe entenderse que una y otra categoría de obligaciones, y una y otra categoría de contratos, no divergen, entre sí, por razón del nivel de diligencia exigible al prestador de los servicios o al ejecutor de la obra. Bien por el contrario: la diligencia, exigible a uno y al otro, es la misma, o -para ser más exactos- la índole de las obligaciones como de medios o de resultado, la calificación del Contrato, como “de Obra” ó “de servicios” no influye en el nivel de diligencia exigible⁹⁶. Y este factor, unido a otras circunstancias que son denominadores comunes a ambos supuestos, aconsejan considerar que existe un tipo unico de contrato, que es el “Contrato de obras o servicios”, el cual presenta, a su vez, varias subespecies: de obra, de servicios y mixta de obra y servicios, con eventual adición de otras obligaciones de dar o hacer⁹⁷.

El Contrato de Servicios es oneroso, de modo que el Comitente, a su vez, se obliga a pagar una retribución por la actividad desarrollada⁹⁸.

IV.2. Elementos: el objeto del Contrato Mercantil de Servicios. Clases

Si centramos nuestra atención en los contratos de servicios que sean “mercantiles”, y en los elementos subjetivos o personales, habremos de llegar a una

⁹⁵ HUET,J.: cit., p. 1248.

⁹⁶ CABANILLAS SANCHEZ,A.: cit., p. 37.

⁹⁷ En opinión de un cierto sector de la Doctrina, median ciertos puntos de divergencia, o ciertas notas característico-distintivas entre ambos contratos. Sin embargo, de estas divergencias muy pocas son verdaderas.

a) En cuanto a la consumación de las prestaciones: el Contrato de Obra, es un contrato que genera una obligación de tracto único, ya que -aunque su ejecución se haya pactado, distribuída en unidades de ejecución parcial- su contenido se concentra en una prestación única, pero en la que existe un período de tiempo que se caracteriza por servir a la función de preparar el cumplimiento de la prestación debida, debiendo ser valorado como un medio para alcanzar el fin de esa prestación final única, que es la “obra”. Por el contrario, el “Arrendamiento de servicios” es un contrato de ejecución continuada, que genera una relación de tracto sucesivo (SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, p. 316. LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, cit., p. 118 y 120, quien señala que este es el único criterio sólido).

b) En cuanto al sometimiento al poder directivo del principal: en el “Contrato de Obra”, el Contratista conserva fundamentalmente un derecho de autodeterminación, que -empero- no obsta para que en el desarrollo de la obra haya de atenerse a las instrucciones del comitente, concretadas a los objetivos de la Obra, pero no al modo de conseguirla. Por el contrario, en el “Contrato de Servicios” se siguen las instrucciones de quien los paga. De todos modos, este criterio distintivo presenta un carácter muy relativo, siquiera como factor diferenciador entre el Contrato de Obra y el de Servicios -o, por mejor decir- entre un Contrato de Obra y servicios con prestaciones de medios y otro con prestaciones de resultado-, aunque sí que sea de esencial trascendencia para diferenciar los contratos civiles o mercantiles, frente a los contratos laborales; el trabajo autónomo, del trabajo subordinado (Vid. LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, cit., p. 119).

c) En cuanto al riesgo: El “Arrendador de Obra” soporta los riesgos, mientras que el “Arrendador de Servicios”, no (SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, p. 316).

⁹⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRIA/RIVERO HERNANDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 306. También se ha querido aducir, como criterio distintivo entre el Contrato de Obra y el de Servicios, el distinto carácter de la remuneración, pues en el Contrato de Servicios la remuneración es proporcional al tiempo que se ha dedicado al servicio desarrollado, mientras que en el de Obra, suele fijarse en función del volumen de obra realizado. Sin embargo, el criterio queda desmentido en el supuesto denominado del trabajo “a destajo”, en el que la remuneración también es proporcional a la labor realizada, pero que no atribuye al trabajador la cualidad de contratista independiente (Vid. LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, cit., p. 119).

doble conclusión. En primer lugar, la conclusión de que, cuando menos una de las partes contratantes, ha de ser empresario. Y, en segundo, la de que ninguna de las partes podrá ser un “empleado” ó dependiente. Pero, debiendo concurrir al contrato, cuando menos, un “empresario” ¿cuál de ambos contratantes será?: ¿Acaso el “prestador de los servicios”? Así lo parece, sin la menor duda, porque -evidentemente- la prestación de servicios pueden constituir el objeto de una actividad organizada en forma de empresa. Pero, ¿acaso es posible que la condición de “empresario” la posea exclusivamente el Prestatario de los servicios, y que -aún así- el contrato de servicios pueda seguir siendo mercantil?

En la medida en que funcione el criterio de analogía, podría aplicarse, a este caso, el régimen del art. 244, Cdc., en materia de Comisión mercantil, que -como sabemos- admite que la mercantilidad del Mandato subsista incluso cuando la condición de Comerciante la posea el Comitente, y no el Comisionista, aunque en este caso habría de cumplirse un requisito de índole “funcional”; a saber: la accesoriidad de los servicios prestados, respecto de un acto de comercio principal, o -por expresarlo en otros términos- el destino de los servicios a integrarse en la organización productiva del prestatario. Pero debe tenerse en cuenta que, en este último caso, será preciso que el Prestador de servicios no llegue a integrarse en la comunidad personal de la empresa del prestatario de los servicios, porque, en caso contrario, la relación de servicios ya no sería mercantil, ni civil tampoco, sino “laboral”. En este sentido, el Prestador de los servicios sería, probablemente, un “profesional independiente”; un “profesional liberal” o un “profesional titulado”, que se distinguen por el hecho de que el segundo de ellos se halla en posesión de un “título académico”, e incluso pudiera ser que a éste se añadiera un “título profesional”, como en el caso de los auditores, que deben acumular el título de Licenciado en Económicas y el título de Auditor de cuentas⁹⁹.

De todos modos, hay quien duda de que pueda ser calificado como “mercantil” el Contrato de servicios profesionales, prestados por un “profesional liberal” ó por un “profesional titulado”, incluso aunque el destinatario de los servicios sea un empresario, e incluso aunque tenga forma de sociedad mercantil. Así, p.e., habría de considerarse sometido al Derecho civil -en caso de que se considerase como contrato de servicios, y no de obra- el Contrato de “Auditoría”¹⁰⁰.

En cuanto a los elementos reales, el Contrato de servicios recae, por un lado -y como su propio nombre indica-, sobre “servicios”: prestaciones de trabajo que no incluyan la consecución de un resultado determinado; que no incluyan éste último en su causa, aun cuando puedan tender a la consecución de uno¹⁰¹; prestaciones de trabajo que -en principio- pueden ser de todo tipo, como expresamente reconoce el art. 611, BGB., aunque de inmediato su suscita problema fundamental del parecido entre el Contrato de Servicios y el “Mandato”, o la “Comisión mercantil”, pues, de acuerdo con el art. 1709, CC.:

“Por el contrato de Mandato se obliga una persona a hacer alguna cosa o prestar algún servicio, por cuenta o encargo de otra”.

El Código civil, no sólo define al Mandato en términos demasiado amplios, cuya formulación genérica y abstracta haría muy difícil saber en qué se diferencian el

⁹⁹ PETIT LAVALL,M^a.V.: “*Régimen jurídico de la Auditoría de cuentas anuales*”, edit. INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS/MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Madrid, 1994, p. 119.

¹⁰⁰ Vid. PETIT LAVALL,M^a.V.: “*Régimen jurídico de la Auditoría...*”, cit., ps. 130 y ss.

¹⁰¹ LOPEZ y LOPEZ,A.: cit., p. 33. FIKENTSCHER,W.: cit., p. 530.

Mandato o la Comisión mercantil, y los contratos de obra o servicios; más aún: de hecho, absorbe el elemento objetivo del Contrato de Servicios, en su propia definición¹⁰². Nuestros Códigos no parecen decantarse claramente en favor de ningún criterio distintivo y la Doctrina tampoco es unánime. Por este motivo, creo de mayor calidad técnica el concepto de la Comisión mercantil, del art. 244, Cdc., ya que señala que el objeto del contrato está constituido por la realización de “actos u operaciones de comercio”, lo cual nos acerca a los actos “jurídicos”, dejando fuera las actividades materiales ó técnicas¹⁰³.

Por tanto, insisto, el Contrato de Servicios solamente puede reacer sobre prestaciones de trabajo material, técnico o intelectual¹⁰⁴, y que no se hallen tipificadas como propias de otro contrato diferente: p.e., servicios de guarda y custodia, que son propios del Depósito, respecto del cual hay que reconocer que presenta un marcado carácter de contrato “de servicios”, o -incluso- “de obra”¹⁰⁵. Dentro de estos límites, las posibilidades son vastísimas, pudiéndose citar, entre otras:

* el mantenimiento, sea correctivo o preventivo, de aparatos y máquinas diversas, con objeto de conservarlos operativos: “Contrato de Mantenimiento”,

** la asistencia técnica¹⁰⁶: consultoría, ingeniería¹⁰⁷ (ver pág. sigte.).

¹⁰² Así, el Contrato de Mandato consistiría en el convenio por el cual, mediante precio, una de las partes se compromete a prestar algún servicio a la otra. Y el Contrato de servicios: ¡también!. En este sentido, hay que aludir a la aparente identificación entre ambos contratos -tal vez indeseada- que se contiene en la STS., Sala 1ª, de 27 de julio de 1995 (en “*Actualidad Civil*”, 4 al 10 de diciembre de 1995, nº 45, marg. 1128, ps. 2786 y ss.); Sentencia que no renuncia a calificar como contrato de servicios, lo que en realidad aparecía como una comisión de compra de acciones bancarias, confiada a un Corredor de comercio.

¹⁰³ Es decir: todas las que no consistan en la concesión al Mandatario o Comisionista de un poder, en sentido material, para la disposición de intereses ajenos; poder que se actualiza en una serie de prestaciones volitivas (Vid. recientemente, PETIT LAVALL, Mª. V.: “*Régimen jurídico de la Auditoría...*”, cit., p. 133, por todos). Ciertamente estas prestaciones volitivas también pueden existir en el Contrato de obra o de servicios, sobre todo cuando el trabajador goza de cierta iniciativa, como sucede cuando se trata de trabajos de índole intelectual o técnica. Pero las decisiones volitivas que adopte el Trabajador, en los Arrendamientos de obra o servicios, no influyen en el resultado final, porque no afectan a los intereses ajenos, más que de forma transitoria y funcional: se trata de disposiciones de carácter fundamentalmente técnico, que regulan el proceso productivo, pero sin perjudicar al interesado, que tiene, en todo caso, derecho a recibir la obra o los servicios en las condiciones prefijadas. Por tanto, la facultad de opción que posee el Prestador de servicios queda limitada a los medios. En este sentido, p.e., la STS., Sala 1ª, de 9 de febrero de 1996 (en “*Actualidad Civil*”, de 25 de abril a 9 de mayo de 1996, nº 18, marg. 352, p. 939) alude a un Contrato de prestación de servicios que tenía como objeto “llevar a buen fin un proyecto gestionado de planes, estudios y también de subvenciones y de crédito oficial...”; aspectos estos últimos, cuya gestión podría parecer propia del Mandato, pero que, en realidad, estaban preordenados a las otras finalidades.

¹⁰⁴ NATERA VALLS/MEDINA VACAS.: cit., p. 316.

¹⁰⁵ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNANDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, ps. 306 y s.

¹⁰⁶ En el campo de las obras de edificación industrial y comercial, y de la propia organización de estas actividades, la colaboración de los “empresarios de consultoría o ingeniería” se materializa, frecuentemente, en la contratación de una pluralidad de prestaciones reconducibles -todas- a la figura del Contrato de “engineering”, el cual representa la respuesta a las modernas exigencias de la ingeniería civil e industrial, que no encuentran una traducción jurídica inmediata (CAVALLO BORGIA, R.: “*Il Contratto di Engineering*”, cit., p. 2). Como quiera que el cúmulo de diversas prestaciones puede presentar inabarcable serie de combinaciones y que -por si fuera poco- a veces resulta muy difícil distinguir el “engineering” de los contratos de asistencia técnica o transferencia de tecnología, a los que se encuentran muy próximos (PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, J.L.: cit., en JIMENEZ SANCHEZ, G.J. y otros, reimp. 2ª ed., p. 505), hay que concluir que, bajo la denominación común de contratos “de ingeniería” ó “engineering”, se ocultan -en realidad- contratos muy diferentes en su naturaleza, que solamente comparten la circunstancia de ser realizados por “empresas de ingeniería”, y no son susceptibles de ser subsumidos en ningún molde contractual único (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: cit., p. 135. URÍA, R.: cit., 21ª ed., p. 689), aunque -aparentemente- muestren una clara propensión a la incardinación dentro del ámbito de los

*** la conformación de productos para su identificación más eficaz y sugestiva para los consumidores, coadyuvando a su mayor competitividad: Contrato de mercadeo ó “Merchandising”

**** la subcontratación de los servicios administrativos externos de una empresa: Contrato de “Outsourcing”.

arrendamientos de obra o de contratos mixtos de arrendamiento de obra y de servicios (CANO RICO/SERRA MALLOL.: cit., t. I, ps. 321 y ss.). Veamos que modalidades pueden darse.: a) “consulting-engineering”, b) “Asistencia técnica llave en mano”, c) contratos de “Know-How” ó transferencia de tecnología, y -finalmente- hay quien incluye dentro de esta vastísima categoría los -d)- contratos de “merchandising” ó mercadeo.

a) Existe una modalidad, denominada de “Consulting-engineering”; modalidad que, ya de por sí, es multiforme y variopinta, puesto que, por su virtud, la Empresa de servicios -Empresa de Consultoría- proporciona a la Empresa cliente, a cambio de un precio, la realización de una serie de estudios de carácter técnico-económico. Estos estudios, en ocasiones deben ser de tal alcance que su contenido puede consistir en la realización de un proyecto industrial. Pero también puede suceder que dicho “proyecto” no constituya el “contenido”, sino simplemente el “objetivo” de los referidos estudios técnicos. Y no sólo esto, sino que -en otras ocasiones- los estudios técnicos encargados a la Empresa Consultora, pueden tener como contenido o como objetivo, no la elaboración de un proyecto técnico, sino simplemente la reorganización, modernización o ampliación de una empresa, o la investigación de mercado, etc.

En definitiva se trata, según cada una de las opciones referidas, de contratos cercanos -aunque, para algunos autores, no idénticos- a los de (arrendamiento de) obra o de servicios (URIA,R.: cit., 21ª ed., p. 689. PÉREZ-SERRABONA GONZALEZ,J.L.: “Arrendamientos mercantiles”, cit., en JIMENEZ SANCHEZ,G.J. y otros, t. II; reimp. 2ª ed., p. 505).

b) Existen los contratos de “asistencia técnica ‘llave en mano’”.

c) En tercer lugar se hallan los contratos de “Know-How” ó transferencia de tecnología.

La “transferencia de tecnología” es una realidad económica que, trasladada al ámbito jurídico, puede revestir una multiplicidad de variedades: tratándose de “patentes”, una forma muy sencilla de aportación de tecnología es la de aportación social. Otros cauces son la “Compraventa” y la “Licencia de Patente” (GARCES,V.: “*Los contratos de asistencia técnica internacional y su regulación en España*”, edit. CAMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION DE BARCELONA, Barcelona, s/f., ps. 28 y ss.). Pero también es posible que la transferencia de tecnología se produzca por medio de Contratos de Obra y servicios, en sus modalidades de “ingeniería”, en sentido amplio, porque -como sabemos- ciertos contratos de obra pueden incorporar la obligación del Contratista, Empresario o Ejecutor, de aportar los materiales; obligación o supuesto dentro del cual, entendemos, que podrían incorporarse “patentes”. Así, no solamente el antiguo D. nº 2343/1973, de 21 de septiembre, contemplaba numerosas variedades contractuales, que podrían incardinarse dentro de los contratos de obras o de servicios (Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO,A.: “La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual”, en VV.AA.: “*Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*”, edit. FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BILBAO/INSTITUTO DE ESTUDIOS BANCARIOS Y BURSÁTILES, Bilbao, 1975, p. 97), sino que el RD. nº 1750/1987 de 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera en empresas españolas, alude a aquellas transacciones en virtud de las cuales un no residente preste a una empresa residente alguno de los siguientes “servicios”; a saber: los de “ingeniería” o elaboración de proyectos técnicos. También alude, aunque no sea más que para excluirlas de la aplicación de su régimen, a las transacciones que tengan por objeto -entre otros- los siguientes servicios: montaje, supervisión, puesta en marcha, mantenimiento o reparación de maquinaria, plantas industriales y cualesquiera otros bienes de equipo.

¹⁰⁷ En cuanto al “Contrato de Ingeniería”. la “Standard Form of Agreement between Owner and Engineer for professional services” hace referencia a la realización de un “Proyecto” y a la obligación del “Ingeniero” de prestar sus servicios profesionales de ingeniería, a lo largo de todas las fases del citado proyecto (BERCOVIZ RODRIGUEZ-CANO,R.: “El Contrato de ingeniería...”, cit., ps. 136 y s.). En consecuencia, se puede definir el Contrato de Ingeniería, en los siguientes términos.:

“Contrato en virtud del cual una persona denominada empresario consultor de ingeniería (o, abreviadamente, empresario consultor) se obliga a realizar un proyecto de ingeniería o una obra inmaterial de características similares, así como -normalmente- a prestar su colaboración en su puesta en práctica, frente a otra persona, denominada cliente, la cual se obliga a pagar un precio”

***** realización de recados, tramitación de documentos ante organismos oficiales, trabajos propios de oficina (como la clasificación del correo), embutido de correspondencia, envíos, etc...: “Contrato de Servicio de Botonería”¹⁰⁸.

En tanto que prestaciones de trabajo, pertenecen al ámbito de las prestaciones de “hacer”. Sin embargo, hay que señalar que no todo “facere” equivale a prestar un “servicio”. En general, todo deudor tiene que llevar a cabo acciones de “facere”, para cumplir sus obligaciones, incluso aunque estas no sean obligaciones de “hacer”, sino de “dar”; además de que algunas obligaciones de hacer pueden ser obligaciones “de resultado”, y no de mera actividad. La prestación de un servicio, propiamente dicha, comporta la realización de prestaciones, cuyo contenido preponderante sea la “pura actividad”; una “conducta”, que no produce cosas, ni materiales ni inmateriales, ni se contempla en la materialidad de sus resultados, sino como mera generadora de beneficios y ayudas no relacionadas con cosas concretas que definan la tarea¹⁰⁹.

El otro elemento real es el “Precio” o “remuneración”, pues parece esencial al Contrato de servicios, sea o no calificado como “arrendamiento”, la condición de contrato “oneroso”, y -por consiguiente- la existencia de una retribución, que constituye la “causa” de la prestación de actividad del Prestador de servicios. Si el Contrato es “mercantil”, se estará fuera del ámbito de lo “laboral”, y -por consiguiente- los servicios que se prestan no serán servicios “asalariados”, de forma que el precio a pagar no tendrá por qué ser, necesariamente, dinerario; pudiendo -inclusive- consistir en otros servicios, y no sólo en otras “cosas”, distintas del dinero, al amparo del art. 1255, CC. Mas, aunque no haya de ser necesariamente “dinerario”, el “precio” sí que deberá ser cierto¹¹⁰. En este sentido, los formularios de contratos de servicios mercantiles, como los de “asistencia técnica” y los contratos de “merchandising”, establecen pactos concretos sobre la cuantía del precio (dinerario).

Sin embargo, en este tipo de contratos, las partes, con frecuencia, dejan sin concretar el precio; las partes -pues- no determinan, de modo expreso, el precio “cierto” que se ha de satisfacer. En este sentido, como quiera que la perfección del contrato de servicios requiere la determinación de sus elementos objetivos -la actividad o servicios a desarrollar, y su precio-, conviene señalar que, tanto aquéllos, como éste, pueden venir determinados de antemano, o -por el contrario- también pueden ser fijados “a posteriori”, y -tanto en uno, como en otro caso- esa determinación puede derivar de la voluntad, del uso o costumbre o tener lugar por remisión a “tarifas” oficialmente aprobadas¹¹¹. Tal sucede, p.e., cuando se contrata al profesional -fontaneros,

(BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: cit., p. 144). Más amplia y compleja es la definición propuesta por Oreste CAGNASSO, quien habla de que la empresa de ingeniería se obliga a elaborar un proyecto de naturaleza industrial, arquitectónica o urbanística (de modo que el “Engineering” absorbería la figura del “Architektvertrag”) y -eventualmente- a realizar o ejecutar los proyectos elaborados por otros, así como -si tal se hubiera pactado- a desarrollar labores de asistencia técnica, mediante contraprestación en dinero, o en “royalties” o participación en una empresa organizada como consecuencia del proyecto (CAGNASSO, O.: “Il Contratto di Appalto”, cit., p. 676).

La definición propuesta por el Prof. Alberto BERCOVITZ es, en cierto sentido, semi-restringida, porque limita el Contrato de “engineering” a la modalidad de creación de obra intelectual o inmaterial. Todo lo más, el Autor admite que integre el contrato de “engineering” la colaboración en la puesta en práctica del proyecto u obra inmaterial; prestación -por otra parte- que, si se leen los términos literales de la definición, parece configurarse como un “naturale” o un “accidentale negotii”.

¹⁰⁸ Sobre estas diversas modalidades, vid. FABRA VALLE, G.: cit., ps. 51, 199, 203, 249 y 267.

¹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 306.

¹¹⁰ CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILELLA.: “Derecho civil...”, cit., t. IV, 15ª ed., p. 475.

¹¹¹ SANTOS BRIZ, J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 319.

electricistas...- mediante una simple llamada telefónica, para que acudan a prestar el servicio y, una vez prestado, presenten una factura. Precisamente revisten especial importancia práctica, y generan frecuentes problemas, los supuestos de prestaciones de servicios por profesionales -como sería el caso de los contratos de servicios empresariales o mercantiles-, en los que la determinación del precio se hace por “tarifas” oficialmente aprobadas¹¹², las cuales son de obligada observancia¹¹³, o bien por el Tribunal “a quo”, cuando no exista pacto contractual, al respecto, ni reglamentación estatutaria “ad hoc”. Nuestra jurisprudencia ha admitido que el Tribunal pueda acudir a criterios ya recogidos en disposiciones de marcada paridad de contenido con el caso a dilucidar¹¹⁴, o inclusive por el Uso o la Costumbre del lugar de prestación de los servicios¹¹⁵. Pero, en ocasiones, ni siquiera podemos recurrir a estas fuentes, y esta circunstancia podría afectar a la validez del contrato, en virtud del art. 1261, CC., por carecer de objeto cierto.

El art. 1585, Proy.NRCOS. permitiría solucionar el problema, ya que tiene por suficiente el pacto genérico de existencia de una retribución, para que el contrato sea válido, porque es la propia norma la que supliría la falta de precio cierto, integrando el contenido del contrato, y evitando -así- su nulidad. A tal efecto, el Proyecto recurre a criterios objetivos -opuestos, por tanto, al arbitrio exclusivo de una sólo de las partes-, que se resumen en la aplicación del precio que corresponda a los usos, o bien al mercado. Pero, ¿a qué momento deberá atenderse, para determinar el precio usual o de mercado de los servicios?¹¹⁶. En mi opinión, podría distinguirse entre “costes de prestación” del servicio: se atendería al momento de prestación de los mismos, y “márgenes de beneficios”: debería recurrirse al precio medio entre los márgenes percibidos en el momento de conclusión del contrato y los de devengo de las cuotas.

IV.3. Formación y contenido del Contrato Mercantil de Servicios

IV.3.1. Las fuentes instrumentales, aplicables a un Contrato mercantil de servicios

Como los arts. 1583 a 1587, CC. no ofrecen ninguna utilidad, por ser ajenos al ámbito mercantil, al referirse a los criados y trabajadores asalariados, y, además, por ocuparse, solo tratan la duración y causas de despido de aquellos, cabe preguntarse ¿qué fuentes son aplicables a los contratos “mercantiles” de servicios?. Para empezar, su mercantilidad debería someterlos a la aplicación de la “ley mercantil”. De hecho, son frecuentes las “cláusulas declarativas de mercantilidad”, incluidas en múltiples formularios de condiciones generales de contratos de servicios, como los de “asistencia

¹¹² SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, p. 319. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNANDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 313.

¹¹³ SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, p. 319, opina que las normas aprobatorias merecen la conceptualización de leyes a todos los fines; criterio que no compartimos, por considerar que se trata, más bien, de actos autorizatorios de condiciones-tipo. Las tarifas a aplicar son las vigentes en el momento de prestación de los servicios, y no las que rijan en el momento de la reclamación de pago del precio.

¹¹⁴ Vid. STS. de 20 de enero de 1961, cit. por SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, ps. 319 y s.

¹¹⁵ Vid. STS. de 11 de julio de 1940, cit. por SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, cit., t. IV, p. 320.

¹¹⁶ CORDERO LOBATO,E.: “Notas al Proyecto...”, cit., p. 879.

técnica y transferencia de tecnología” o los de “merchandising”¹¹⁷; cláusulas que -a mi entender- deben considerarse no constitutivos, ni determinantes de la “mercantilidad” de los contratos, pues no se podría convertir en mercantil un contrato que, por sí mismo, no lo fuese, ya, sino que -simplemente- “*declarar*” la pertenencia al Derecho mercantil de un contrato que es unilateral o bilateralmente *empresarial*. Ahora bien, se ha afirmado que, incluso admitiendo la mercantilidad de estos contratos, solo serían de aplicación las normas generales sobre contratación mercantil -arts. 50 al 63, Cdc.- y, en su caso, sobre la prescripción mercantil¹¹⁸. La consecuencia podría ser la directa aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos, contenidas en el Código civil: más precisamente, las relativas a las obligaciones de hacer¹¹⁹. Sin embargo, y sorprendentemente -o, quizás, no tanto- es posible que bastantes preceptos relativos al Contrato de Comisión pudieran ser aplicables a los “contratos mercantiles de servicios”¹²⁰, siempre que se tratara de preceptos, cuyo contenido no estuviera específicamente proyectado en función de la realización de “actos jurídicos”, pudiendo predicarse, igualmente, de los actos materiales, técnicos o intelectuales, que son materia del Contrato de Servicios. Estos preceptos, empero, deberían ser aplicados por analogía, y no de forma directa.

De todos modos, el régimen de los contratos mercantiles de obra o de servicios suele ser, básicamente, un régimen convencional, derivado de la utilización masiva de formularios de condiciones típicas. Así, p.e., son clásicas ciertas estipulaciones, muy frecuentes en los contratos de obra y de ingeniería.:

- a) las -ya citadas- cláusulas declarativas de la mercantilidad,
- b) cláusulas de referencia a códigos éticos, normas profesionales o estatutarias...
- c) cláusulas de aseguramiento; por las que se impone la contratación de seguros que cubran los riesgos de incumplimiento. Junto a estas cláusulas se encuentran, igualmente, las que tienden a garantizar el pago del precio, mediante la intervención o colaboración de un entidad bancaria.
- d) cláusulas de sometimiento a arbitraje, etc.¹²¹.

¹¹⁷ Vid. formularios reproducidos por CANO RICO/SERRA MALLOL: cit., t. I, 2ª ed., ps. 335 y ss. Por estas cláusulas, muy frecuentes en los formularios intervenidos por Corredores de comercio, las partes, “de motu proprio”, califican expresamente como mercantiles los referidos contratos, y manifiestan su sometimiento al régimen del Código de comercio, lo cual comporta la aplicación supletoria de los “usos mercantiles”.

¹¹⁸ En cambio, el régimen de los factores y dependientes de comercio, pese a su caracterización como arrendadores de servicios, resulta absolutamente inadecuado, tanto porque nos presenta a unos sujetos que actúan en relación de dependencia -cáski podríamos decir que es un régimen jurídico “pre-laboral”-, como porque solamente incide en la regulación de sus poderes y actuaciones representativas. También pudiera suscitarse la cuestión de si serían, o no serían, aplicables -antes- las normas sobre el Contrato de “Comisión”, a lo que, en apariencia, deberíamos responder, una vez más, negativamente, no ya porque hemos partido de la diferencia entre ambos contratos, que se sitúa en el distinto tipo de actividades: realización de actos jurídicos, frente a realización de actos materiales o técnicos, sino por la -teórica- inadecuación de las normas de este contrato; inadecuación: que -posteriormente- habemos de analizar y someter a nitica..

¹¹⁹ Vid. SAProv. La Rioja, de 19 de julio de 1995, en “*Actualidad Civil. Audiencias*”, 1 a 15 de noviembre de 1995, nº 21, marg. 1791, ps. 26 56 y ss. En el supuesto de hecho, el Prestador de los servicios era una Sociedad anónima, aunque el Tribunal sostuvo que esa sociedad era simplemente “el respaldo de la trayectoria profesional” de una persona física (a la sazón, de un Ingeniero Aeronáutico). El mismo criterio siguen: NATERA VALLS/MEDINA VACAS.: cit., p. 316.

¹²⁰ Preceptos tales como los arts. 248, 249, 250, 251, 252, 254, 255, 256, 257, 259, 262, 265, 266, 268, 277...; preceptos relativos a la constitución del contrato y a los deberes precontractuales, a la diligencia a observar por el arrendador de servicios, a los deberes de custodia...

¹²¹ Y cuando concurrieren las circunstancias subjetivo/funcionales que permiten configurar un contrato de servicios, como “acto de consumo”, es obvio que le será de aplicación la LGDCU., como se puede apreciar, en la SAProv. León, Secc. 2ª, de 16 de diciembre de 1994, en “*Actualidad Civil. Audiencias*”, 1 a

IV.3.2. Formación del contrato mercantil de servicios

Los términos del vigente art. 1544, CC. permiten concluir que el Contrato de Servicios es consensual, y si fuera mercantil la conclusión debería ser idéntica, en virtud del art. 51 Cdc., que establece el principio espiritualista y de libre forma, en la contratación. Más aún, la forma de contratar los servicios en las “profesiones liberales” -supuesto que se encuentra en los aledaños del Derecho mercantil, si es que la existencia de una organización caracterizable como “empresa” no lo ha incluido, ya, en él- es libre¹²². Pero, cuando los servicios revisten mayor complejidad -p.e., mantenimiento de ascensores-, o involucran a dos empresarios, el proceso de formación puede hacerse más complejo, lo cual nos lleva a la cuestión de si sería, o no, aplicable el art. 248, Cdc., que establece, en su párrafo 1º, que, en caso de rehusar un Comisionista el encargo que se le hiciere, estará obligado a comunicarlo al Comitente por el medio más rápido posible, debiendo confirmarlo, en todo caso, por el correo más próximo al día en que recibió la comisión. ¿Debe pues, el arrendador de servicios mercantiles, si rehusa el encargo, llevar a cabo estas mismas diligencias?. Si la razón de ser de esta disposición se encuentra en el carácter profesional que tiene -que suele tener- el Comisionista, junto con a protección de la confianza y las expectativas depositadas por el Comitente en que aquél desempeñará el encargo, en tanto no lo rehuse de modo expreso, parecería que los mismos factores concurren en un empresario de servicios. Ahora bien, es igualmente cierto que la Comisión, tal como la regula el Código de comercio, se configura como un contrato teñido de acusado “intuitus personae”; rasgo que puede y puede no darse en el Contrato de servicios, como revela el art. 1584, párr. 3º, Proy.NRCOS. Y, si a esto añadimos que -por lo general- los contratos de servicios son contratos de duración y no tienen por objeto alcanzar un resultado, quizá la aplicación del art. 248, Cdc. debería reservarse exclusivamente a algunos supuestos de contratos mercantiles de servicios, y no a todos los casos.

Sí que me parece perfectamente aplicable, con carácter general, el art. 249, Cdc., sobre perfección tácita del contrato. Así el empresario de servicios se entenderá que ha consentido, si comienza a desarrollarlos, pero -al contrario que en la Comisión- no parece tan sencillo -aunque sea posible- aplicar la referencia a que no constituyen “facta concludentia” suficientes, las meras actuaciones de custodia de los objetos, etc... entregados por el Cliente, ya que -insisto- no estamos, aquí, en presencia de contratos de gestión, sino de actuación material o técnica.

IV.3.3. Contenido del Contrato mercantil de servicios

Los de servicios son contratos sinalagmáticos, que generan para ambas partes, obligaciones recíprocamente condicionadas: se promete la prestación de servicios, en consideración del precio que se va a percibir, y a la inversa, se promete la remuneración, en consideración de la obtención de los servicios, aunque haya que señalar, como

15 de julio de 1995, nº 13, marg. 989, ps. 1464 y s., donde se denegó cualquier indemnización de daños y perjuicios, a favor del propietario de un vehículo, que lo había llevado a reparar a un taller mecánico, habiendo concurrido un retraso culpable en la reparación. El hecho determinante era que no se acreditaba daño o perjuicio alguno, de forma que, ya se aplicase el art. 1101, CC. o la Ley del Consumidor, la consecuencia sería la misma.

¹²² Actos como la visita al despacho del abogado, o al establecimiento del empresario de servicios; la mera llamada telefónica al médico, son suficientemente expresivos del consentimiento. En ciertos casos, la conclusión del contrato puede estar sometida a la observancia de ciertos requisitos formales de índole administrativa (Vid. STSs. de 24 de octubre de 1990 y de 15 de abril de 1991), como la formalización de una “hoja de encargo” (Vid. CAPILLA RONCERO, F.J.: “Contrato de Servicios (I)...”, cit., p. 671. SANTOS BRIZ, J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 319. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ.: cit., t. II, vol. 3º, p. 315).

especialidad, la existencia de facultades de denuncia unilateral. También son contratos onerosos¹²³.

A cargo del Prestador de servicios, nace la obligación de desarrollar una determinada actividad, de contenido predominantemente material, técnico o pericial, pero no jurídico (de lo contrario, sería un Mandato, una Comisión u otro cualquiera contrato de gestión). Mas, como quiera que los “servicios” poseen una amplitud tan vasta, en el plano objetivo, la delimitación concreta del contenido de esta obligación depende de las cláusulas contenidas en los formularios. Con independencia de ésto, solo cabe establecer, con cierta vocación de generalidad, los elementos subjetivos y aspectos funcionales del contrato: ¿quién debe llevar a cabo la actividad?, ¿para quién o a favor de quién?, ¿durante cuánto tiempo?, ¿cómo?.

IV.3.3.1. Personalidad de la prestación de los servicios y servicios “intuitu personae”

Por lo que al primer aspecto se refiere, la actividad constitutiva del objeto del contrato puede desarrollarla el Prestador de servicios, personalmente o por medio de sus auxiliares, según la clase de servicios contratados¹²⁴. En este sentido, hay que señalar cómo el art. 1584, párr. 3º, Proy.NRCOS. prevé lo siguiente.:

“... 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...”.

De la lectura de este texto se puede deducir la existencia de varios supuestos; a saber: a) servicios contratados “sine intuitu personae”, b) servicios contratados “intuitu personae”, en términos genéricos y c) servicios contratados “intuitu personae”, con pacto de actuación sin auxiliares.

Desde una perspectiva civilista, en el primer caso, no se exigiría la prestación “personal” de los servicios, que el Contratante podrá proporcionar al Comitente en su totalidad, por medio de sus empleados, etc, sin mayores problemas. Ahora bien, ya hemos señalado que, en el Código de comercio hay preceptos potencialmente aplicables a este contrato, cuando sea mercantil, y llama la atención, en este sentido, lo dispuesto en los arts. 261 y 262. El primero de ellos dispone que.:

“El Comisionista desempeñará por sí los encargos que reciba y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del Comitente, a no estar de antemano autorizado para hacer la delegación...”.

El precepto parece prever el supuesto de la comisión “intuitu personae”, como supuesto natural, mientras que el Proy.NRCOS. prevé la “accidentalidad” del contrato de servicios “intuitu personae”, ya que contempla la posibilidad de concluir el contrato, en consideración de las condiciones personales del prestador de servicios. Por este motivo, el Proyecto no somete la sub-contratación de servicios a una previa autorización, mientras que -por el contrario- el art. 261, Cdc., respecto de la Comisión, sí que establece un régimen de delegación prohibida, pero susceptible de autorización, sea anticipada, o bien previa; conceptos parecidos, pero notablemente diferentes, en su esencia.

¹²³ FIKENTSCHER, W.: cit., 7ª ed., p. 536. SANTOS BRIZ, J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 318.

¹²⁴ Vid. SANTOS BRIZ, J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 323.

La autorización anticipada se produce en el momento de perfección del propio contrato de comisión, como elemento integrante de su contenido, bien que revistiendo la forma de un “accidentale negotii”. En cambio, la autorización “previa”, se configura como una modificación de las condiciones originarias del contrato, porque -al parecer- el Legislador español, de 1885, partía del presupuesto de que el contrato no autorizaba, originalmente al Comisionista, para delegar el encargo, de modo que subsiste la prohibición natural de delegar, a no ser que -modificando “a posteriori” el contenido de la Comisión- se autorice al Comisionista para efectuar la delegación, bien que, en todo caso, antes de poder efectuarla.

¿Qué criterio se aplicará al Contrato mercantil de servicios?. A mi modo de ver, no cabe una solución general y unitaria a esta cuestión. Ciertamente, creo que en ciertos casos no cabría presumir, “a limine”, el “intuitu personae”. Y ésto, no tanto por el carácter civil o mercantil del contrato -antes al contrario, se dice que las obligaciones mercantiles son “objetivas”-, como por la naturaleza material de los servicios, frente a la indole jurídica del “negocio de realización” de la Comisión. En este sentido, parecería que se trata de actividades o de servicios de menor complejidad que la gestión de negocios ajenos, y -por tanto- más “fungibles”, en cuanto al sujeto activo de los mismos. Pero, en otros casos, precisamente el carácter tecnificado -incluso tecnológico- de los servicios podría llegar a hacer presumir el “personalismo” de la prestación, como sería -p.e.- el caso de los contratos de “mantenimiento informático”¹²⁵.

Ahora bien, en teoría -y aunque el precepto proyectado no las menciona expresamente- cabrían, cuando los servicios no fuesen contratados “intuitu personae” -supuesto que posiblemente constituirá la regla general, en la práctica-, las siguientes figuras.:

1.- “Transmisión del Servicio”.: en este caso, el Prestador de servicios inicial, haciendo uso de las facultades concedidas por el Comitente, y en nombre de éste, transmite todo el contrato de servicios a un tercero, quedando él desligado de la relación contractual original, que le unía con el Comitente, el cual entra -ahora- en una relación contractual directa con un nuevo empresario o prestador de servicios. Se trataría de un supuesto de “cesión del contrato”, y requeriría el consentimiento del Comitente.

2.- “Sustitución o Delegación” del Contrato de servicios.: En este caso, el Empresario o prestador originario de servicios se limita a hacer intervenir a un tercero, en la ejecución del encargo, pero sin quedar desligado él mismo, de la relación negocial con el Cliente y, por tanto, sin liberarse de los deberes que le incumben como prestador de servicios. Se trataría de un supuesto de “sub-contratación”. El “subcontrato”, en general, es un contrato derivado de otro contrato de su misma naturaleza, celebrado por uno de los contratantes del contrato principal, para que el sub-contratista -que es un tercero, en relación con el contrato principal- ejecute todas o parte de las prestaciones que debía ejecutar el Subcontratante, en virtud de lo pactado según el contrato principal, y constituye una manifestación del principio de la Autonomía negocial¹²⁶.

El fenómeno de la subcontratación puede darse en relación con múltiples contratos -piénsese, p.e., en el subarriendo, la subcomisión o submandato, la

¹²⁵ HERNANDO COLLAZOS,I: “*Contratos informáticos. Derecho Informático. legislación y práctica*”, edit.LIBRERIA CARMELO, San Sebastián, 1995, ps. 776 y s. DAVARA RODRIGUEZ,M.A.. “*Derecho informático*”, edit. ARANZADI, ps. 243 y ss.

¹²⁶ Así, el Sub-contrato de obra es, a su vez, otro contrato también de Obra, pero que se caracteriza funcionalmente por su conexión con el Contrato de Obra “principal”; una conexión - entendemos- meramente económica, y no jurídica, ya que el Subcontrato es absolutamente independiente del Contrato principal (LOPEZ VILAS,R.: “*El Subcontrato*”, cit., p. 193. GOMEZ DE LA ESCALERA,C.: “*La Responsabilidad civil de los promotores...*”, cit., p. 219).

subagencia, el subtransporte...-, pero cobra especial importancia en los contratos de obras y servicios, ya que -habida cuenta de la extensión y contenido de las obligaciones del empresario- frecuentemente se plantea el problema de hasta qué punto es posible que el Contratista, sin defraudar al Comitente, ni menoscaber sus derechos, puede concertar la ejecución de parte de la obra que a él le corresponde o el desarrollo de parte de los servicios que ha de ejecutar, sirviéndose de otra persona, a nivel de nuevo contratante ¹²⁷.

Respecto de todos estos supuestos nada dice el Código civil, ni tampoco nada se prevé en el proyecto de Reforma. Pero el art. 262, Cdc. establece las consecuencias de los actos realizados por los sustitutos, atendiendo al criterio de quién los ha elegido o designado; criterio que estimo aplicable a este contrato, por las razones apuntadas más arriba.

En el segundo de los supuestos mencionados, la prestación de los servicios deberá ser personal, pero será posible al prestador servirse del auxilio de otras personas; auxilio que -a nuestro modo de ver- no podrá llegar a una total sustitución. Ahora bien, en la norma mercantil; es decir: el art. 261 Cdc., una vez establecidas tales normas prohibitivas -con sus correspondientes excepciones- se contiene una aclaración, de acuerdo con cuyos términos, el Comisionista a quien se impone el deber de desempeñar “por sí” el encargo.:

“...podrá, bajo su responsabilidad, emplear a sus dependientes en aquéllas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a éstos”.

El precepto, sin embargo, parece demasiado restrictivo, porque las más de las veces esos dependientes son los que, bajo el Nombre comercial del Comisionista (máxime si es persona jurídica), han de llevar a cabo todo el negocio de realización de la Comisión, y no parece acertado confiarles sólo tareas subalternas. Lo que pasa es que, la noción de “lo subalterno” esta pensando en lo especial del contrato de comisión como mandato que tiene por objeto operaciones de comercio; probablemente complejas, y -cási con toda seguridad- consistentes en la negociación, conclusión y cumplimiento de contratos; supuesto complejo y poliédrico, que se presta a que existan muchos actos “subalternos”, sobre todo de índole material... Mientras que el Contrato de servicios, muchas veces tendrá como objeto principal el desarrollo de esas “tareas subalternas” (limpieza de edificios, mantenimiento de ascensores, servicios técnicos de electrodomésticos...); razón por la cual la referencia del art. 261, Cdc. puede resultar confusoria.

Y, en el tercer supuesto, no solamente la prestación de los servicios deberá ser personalmente realizada, sino que -además- el prestador ni siquiera podrá servirse de terceros auxiliares; supuesto que -a nuestro modo de ver- sólo en muy raras ocasiones podría considerarse “mercantil” (salvo que el cliente fuera empresario).

A mi modo de ver, en el marco de los contratos mercantiles de servicios, la índole empresarial del prestador de los mismos debería abonar una flexibilización de la subcontratación, tal vez acompañada por un agravamiento de la responsabilidad, todo ello fundado sobre la base de que el Empresario es un intermediario en los medios de la producción: en este caso, un intermediario en el trabajo ajeno, sea, o no, un trabajo asalariado, de forma que el hecho económico de la prestación del servicio puede, muy bien, desvincularse de la persona del Empresario originalmente contratante, siempre y

¹²⁷ LOPEZ VILAS,R.: “El Subcontrato”, cit., p. 127.

cuando éste responda, adecuadamente, de los profesionales que empleó o con los que subcontrató.

IV.3.3.2. Duración de la relación de prestación mercantil de servicios.

Proscripción de los servicios pactados por toda la vida del prestador

Por lo que se refiere a la duración del contrato, el art. 1583, CC. prevé que pueda ser determinada o indefinida (“puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por tiempo cierto o para una obra determinada”). Es decir: que el Contrato de servicios -civil, y, por qué no, también mercantil- puede tener un plazo determinado o determinable de duración: determinado, cuando se haya fijado cuantitativamente o por referencia a una fecha fija. Determinable, cuando los servicios haya de ser prestados hasta la consumación de una Obra (pero cuya consumación no se promete), de tal modo que, concluida ésta, habrá concluido la prestación de servicios.

Pero también puede establecerse una duración indefinida o indeterminada, lo que no obsta para la concurrencia de todos los requisitos del contrato; especialmente, la del “objeto cierto”. Y, aunque el precepto está pensado -como ya advertíamos- para el “servicio de criados y trababajadores asalariados”, parece que -en principio- nada obstaría a la aplicación de idéntica regla, a los prestadores de servicios independientes.

Lo que no se admite nunca, en cambio, es que la relación de prestación de servicios pueda ser vitalicia -es decir: por toda la vida del prestador de los servicios-, ya que “... El arrendamiento hecho por toda la vida será nulo”. Pero, ¿por toda la vida de quién?, y -por otra parte- ¿hasta qué punto es aplicable ésto, en el ámbito de los contratos mercantiles de servicios?. Al parecer, el precepto se refiere a “toda la vida” del Prestador de los servicios, tanto si es un “asalariado”, como igualmente aunque sea un profesional independiente¹²⁸. Pero, sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que no cabe olvidar que muchos de los empresarios de servicios son personas jurídicas, y no parece que concurren en ellas las mismas razones de “ética social” que proscriben el trabajo vitalicio. Por consiguiente, entendemos, que podría pactarse la prestación de servicios por toda la duración de la Sociedad prestadora; por lo menos, hasta que entre en estado de liquidación. Ahora bien, el art. 1584, párr. 2º, Proy.NRCOS. -hipotético sustituto del vigente art. 1583, CC.- amplía el ámbito de los supuestos prohibidos, ya que prevé que la duración de la relación de servicios tampoco pueda ser excesiva o desproporcionada, entendiéndose por tal, la duración -dice el precepto- por “tiempo que exceda notoriamente de lo que sea usual”. Y este criterio sí que podría ser aplicable a las modalidades mercantiles del Contrato de servicios.

En realidad la duración “vitalicia” de la prestación de servicios podría venir justificada desde un doble ángulo:

a) Desde la perspectiva sociológica, de aquellas Sociedades -filiales- de otros, que se constituyan, precisamente con el objeto de prestar servicios a estos últimos.

b) Desde la perspectiva económica del interés del prestador de los servicios, en asegurarse un derecho de exclusiva, similar -p.e.- a los que suelen darse en contratos como la Agencia o la Concesiva.

¹²⁸ SOLE RESINA,J.: cit., p. 87.

IV.3.3.3. Criterios de comportamiento y diligencia, a los que debe adecuarse la prestación de los servicios

Como ya se ha señalado, el Contrato de Servicios obliga sólo a una “prestación de medios”. Así lo reconoció la -antes mencionada- SAProv. La Rioja, de 19 de julio de 1995¹²⁹. E igualmente se reconoce por la STS., Sala 1, de 23 de febrero de 1996¹³⁰, en relación con la prestación de servicios médicos, respecto de la cual el Supremo afirma que las obligaciones del médico de poner medios de la ciencia al servicio del enfermo y la continuidad en sus cuidados, suponen un correcto cumplimiento de las obligaciones del facultativo¹³¹.

En cuanto al modo o forma en que se ha de actuar para desarrollar la actividad servicial pactada, podríamos afirmar que la obligación del Empresario o Prestador de servicios se sitúa en las siguientes coordenadas, muy similares a las que deben orientar la actuación de un Comisionista: 1.- Actuación con respeto a lo dispuesto en las leyes. 2.- Actuación diligente y con sumisión a las instrucciones del Comitente, y 3.- Desempeño personal de los servicios, cuando el contrato haya sido pactado “*intuitu personae*”.

¿Existe, acaso, como en el Contrato de Comisión, algún deber de defensa del interés del Comitente?. La respuesta no es sencilla, porque -como sabemos- el Arrendador o prestador de servicios mercantiles no suele desarrollar actividades representativas o de gestión, aunque hay que reconocer que, cuando tal sucediera, entonces se plantearía una interrogante; a saber: ¿debe defender el interés del Comitente, anteponiéndolo al suyo propio?. La respuesta no es sencilla, porque, aun cuando resulta tentador asimilar la situación del Contratista de servicios a la un Mandatario, lo cierto es que no se encarga de “gestionar intereses” ajenos, y -por este motivo- no es seguro que se halle obligado a tanto. En efecto: no siempre quien ha de hacer algo para otro, tiene la obligación de defender los intereses de este último, anteponiéndolos a los propios. Piénsese, p.e., en el caso de una Venta CIF.: el Vendedor ha de contratar seguro y transporte, pero no como comisionista, sino como “Vendedor CIF.”, y por éso debe contratar el seguro y el transporte, en unas condiciones negociales de tal naturaleza que, de acuerdo con la oferta y demanda del mercado, representen la calidad media, y no la mejor, para el Comprador. Ahora bien; esto es así, en la Venta CIF., porque se trata de un contrato de “dar” cosas genéricas; supuesto en el que el criterio de exactitud de la prestación -y tanto el aseguramiento, como la contratación del transporte integran la obligación de “dar”, porque se consideran “propiedades de la mercancía”- debe entenderse, como siempre y salvo pacto expreso, referido a cosas de calidad media. Pero el Contrato mercantil de servicios es un contrato de “*facere*”, y es preciso reconocer que los “Códigos de conducta” o las “Normas profesionales” ó “colegiales” de las profesiones liberales o técnicas, suelen incluir cláusulas de “lealtad”. El ejemplo de los arquitectos es indicativo, a este respecto. Ahora bien, estimo que ni siquiera este tipo de cláusulas, aplicadas a los contratos de servicios, pueden ser

¹²⁹ Vid. SAProv. La Rioja, de 19 de julio de 1995, en “*Actualidad Civil. Audiencias*”, 1 a 15 de noviembre de 1995, n° 21, marg. 1791, p. 2657.

¹³⁰ Vid. STS., Sala 1, de 23 de febrero de 1996, en “*Actualidad Civil*”, 13 a 19 de mayo de 1996, n. 20, marg. 386, p. 1028.

¹³¹ Otro tanto vino a establecer la SAProv. Madrid, Secc. 10, de 7 de octubre de 1995, en “*Actualidad Civil. Audiencias*”, 16 a 31 de marzo de 1996, n. 6, marg. 421, p. 664, que estableció que la obligación, tanto contractual, como extracontractual, de los profesionales de la medicina no consiste, en todo caso, en la recuperación del enfermo, no siendo la suya una obligación de resultado, sino de medios; es decir: proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, quedando descartada toda responsabilidad objetiva del mismo (y sin que tampoco operase la inversión de la carga de la prueba). Por tanto será el usuario de los servicios, dice la Sentencia, quien debería aportar la prueba.

interpretadas como referentes a un “deber de proteger el interés del cliente” -porque, en principio, el Empresario de servicios no gestiona intereses ajenos-, sino que se trataría de cláusulas de “buena fé”, que asegurarían la proscripción de comportamientos abusivos, por parte del Empresario de servicios, que, en cualquier caso, y a falta de pacto, debería proporcionar una prestación de la calidad media.

En relación con la primera de las referidas coordinadas -la actuación con respeto por lo dispuesto en las leyes y reglamentos-, el art. 259 Cdc. establece que.:

“El Comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le haya confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiera procedido en virtud de órdenes expresas de su Comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ámbos”.

Este precepto supone, al menos en parte, la integración del contenido del contrato con los elementos proporcionados por las normas del Derecho positivo objetivo -en términos parecidos a como sucede en el art. 1258 CC.-, de forma que el “quomodo” de la obligación de realización del encargo viene determinado por el contenido de las propias disposiciones legales o reglamentarias, de las que se dice que son las referentes al propio encargo recibido; razón por la cual entendemos que es aplicable al Contrato mercantil de servicios.

El arrendador de servicios no se limita solamente a poner a disposición del Cliente su capacidad de trabajo, sino a “trabajar”. Además, debe desarrollar la citada actividad con la diligencia debida. Esta, sin embargo, es una exigencia común a toda obligación, sea de “hacer” o incluso de “dar”, de modo que lo importante será saber si existe alguna especialidad en materia de contratos de servicios, y -más precisamente- en contratos mercantiles de servicios. En este sentido, la regulación original del Código civil guarda completo silencio. Dice -tan sólo- en el art. 1586, CC., que los “criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin causa justa”... Y, aunque esa causa “justa” se intuye que podría referirse a faltas de diligencia, ni se dice ésto expresamente, ni -menos, aún- se aclara cuál sería el tipo de diligencia exigible. En consecuencia, al parecer, habría que remitirse a la “general” del Código civil, que se recoge en el art. 1104, CC.

Así, cuando el art. 1104, CC. se ocupa de definir en qué consiste la “Culpa o negligencia del deudor”, dice que se trata de.:

“... la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...”.

El precepto fué aplicado a un Contrato de servicios, entre dos Sociedades anónimas, por la -antes mencionada- SAProv. La Rioja, de 19 de julio de 1995¹³², que sentó el criterio de que “se debía indagar, desde los parámetros valorativos del art. 1104, CC., si el actor prestó la diligencia comprometida, en relación con los servicios pactados”.

Como se puede apreciar, el primer punto de referencia se sitúa en la naturaleza de la obligación, la cual viene a ocupar un punto cardinal, en la dinámica del contrato y de su cumplimiento¹³³. Pero también se hace referencia a otras “coordinadas”, como son las “circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”

¹³² Vid. SAProv. La Rioja, de 19 de julio de 1995, en “Actualidad Civil. Audiencias”, 1 a 15 de noviembre de 1995, nº 21, marg. 1791, p. 2657.

¹³³ Vid. SAProv. La Rioja, de 19 de julio de 1995, en “Actualidad Civil. Audiencias”, 1 a 15 de noviembre de 1995, nº 21, marg. 1791, p. 2657.

Por su parte, el art. 1584, párr. 3º, Proy.NRCOS. prevé que el obligado a prestar el servicio deberá prestarlo.:

“... con la diligencia exigida por la índole de éste (es decir: por la índole del propio servicio; de la propia conducta o actividad) 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”.

En este sentido, el art. 1584, párr. 4º, Proy.NRCOS. poca cosa añadiría y -en definitiva- no aportaría ninguna novedad¹³⁴, ya que igualmente establece que “... 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...”.

Tengo para mi que lo que estos preceptos quieren dar a entender es que la naturaleza o índole de la obligación o del servicio o actividad los entroncan con unas determinadas profesiones, oficios o artes, las cuales -a su vez- integran todo un conjunto de normas, no siempre jurídicas, sino técnico/profesionales, científicas, deontológicas, corporativas, etc... De tal forma que la naturaleza del servicio a prestar obliga al Prestador a desarrollarlo de acuerdo con los criterio de buen hacer, propios de las profesiones con las que se relacione objetivamente la actividad. Por este motivo se afirma que -en el caso de los arrendamientos de servicios profesionales- la diligencia exigida ya no puede ser la del simple “buen padre de familia”¹³⁵. Por el contrario, debe de tratarse de la diligencia exigida por la “lex artis”, considerada tomando como punto de referencia la del “profesional medio”¹³⁶, aunque es preciso advertir que el contenido específico de la “lex artis” no es siempre sencillo de concretar, porque al lado de criterios más o menos objetivos o reglados de lo que pueda entenderse por buena práctica de una profesión, oficio o arte, existirá siempre una percepción social de lo que es buena o mala práctica, y no siempre reducible a consideraciones de carácter técnico.

Sin embargo, cuando el Prestador de servicios es un empresario, entiendo que el criterio ya no es suficiente, por sí sólo. Si el art. 1584, párr. 4º, Proy.NRCOS. adopta estos criterios es porque -de llgar a entrar en vigor- se trata de una norma de Derecho común; una norma que, por sí misma, no presupone ninguna condición subjetiva especial, en las partes contratantes, o -mejor- posiblemente haga caso omiso de élla, presuponiendo una igualdad que puede darse, o no.

El art. 1104, CC., en este sentido, es una norma más perfecta, ya que no olvida hacer referencia al posible vínculo entre la naturaleza de la obligación y las “circunstancias de las personas”. Pues bien; una circunstancia de las personas, relacionada con la índole de la obligación o la naturaleza del servicio a prestar, es -precisamente- la condición del Prestador de servicios como empresario mercantil. Por consiguiente, el criterio de la “lex artis” deberá ser contemplado, no como un criterio estrictamente objetivo, sino subjetivo: la “lex artis” es la que se vincula al tipo de actividad, a la que pertenece el servicio, que deberá ser respetada con la probidad y diligencia que se espera de quien es “Empresario”. Y, en este sentido, no hay que

¹³⁴ LOPEZ y LOPEZ,A.M.: cit., p. 38.

¹³⁵ La diligencia del “buen padre de familia”, tomada, no como diligencia determinante, sino como diligencia mínima, fué acogida por la SAProv. León, Secc. 2ª, de 16 de diciembre de 1994, al señalar que el taller de reparación de automóviles debería emplear la “diligencia propia de su profesión, y en todo caso la correspondiente a un buen padre de familia” (Vid. SAProv. León, Secc. 2ª, de 16 de diciembre de 1994, en “Actualidad Civil. Audiencias”, 1 al 15 de julio de 1996, nº 13, marg. 989, p. 1464).

¹³⁶ Vid. SANTOS BRIZ,J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 318. CAPILLA RONCERO,F.J.: “Contrato de Servicios (I)...”, cit., p. 672. FIKENTSCHER,W.: cit., 7ª ed., p. 537.

olvidar que “Empresario” es, entre otras cosas, quien intermedia en el trabajo ajeno, de manera que el Empresario puede ser, como tal, en principio ajeno a una “lex artis”, que -por el contrario- no será ajena a sus “empleados”.

La cuestión es, entonces, cómo afectan al “Empresario” empleador, que ha contratado la prestación de servicios con el cliente o comitente, esa “lex artis” o esas reglas del oficio de sus empleados. Pues bien, a nuestro modo de ver resulta perfectamente posible que un empresario prestador de servicios quede sometido a la “lex artis” de los empleados que utiliza o de los profesionales o técnicos que contratan o subcontratan, ya que -para empezar- el Ordenamiento jurídico no proscribire, sino que incluso puede llegar a propiciar las cláusulas y pactos de agravamiento de la propia responsabilidad contractual.

En este sentido, cuando un empresario mercantil acepta el encargo de realización de ciertos servicios o actividades, lo hace, sin duda, con pleno conocimiento de que se trataba de llevar a cabo una actividad técnica o profesional -más o menos- compleja. Si no pudiera llegar a desplegar, por sí mismo, ese grado de pericia y ese compromiso de respeto de las normas propias de la profesión u oficio al que pertenezca la actividad prometida, su obligación será contratar a quién sí pudiera aportar esa pericia y ese respeto por las normas especiales, de la misma forma que quien vende cosa ajena, como se obliga a entregarla, ha de procurársela previamente. Pero fuera cual fuese la mayor o menor pericia del Empresario, en la materia, la obligación de actuar conforme a la “lex artis” y las disposiciones específicas del sector profesional de que se trate constituirá una obligación asumida, validamente, por dicho empresario, precisamente porque a él se comprometió en el contrato de servicios. Y es que, no cabe confundir el hecho económico de la realización del servicio, con la obligación de realizar ese servicio, cuya obligación la asume de modo consciente y voluntario, un empresario, sometiéndose a las exigencias funcionales mencionadas, y conforme a ellas debe responder del cumplimiento de esa obligación, que -desde su punto de vista- constituye una “Lex privata”, conforme al art. 1091, CC., lo que significa que el Arrendador o Contratista de servicios, cuando conscientemente se obliga a llevar a cabo una “actividad técnica”, para la cual podría no tener la cualificación suficiente, pero prometiendo implícitamente el nivel de perfección exigible a un técnico o perito, debe cumplir su obligación con ese mismo grado de pericia.

A mayor abundamiento, debe considerarse que, tratándose de un Empresario; es decir: tratándose de un sujeto que profesionalmente intermedia en el flujo económico del trabajo por cuenta ajena, hacia el mercado, ciertamente “adquirirá” el “trabajo” de los profesionales o técnicos, vinculados a él por un contrato laboral e integrados en la propia organización o comunidad de trabajo que es su “Empresa”, lo cual contribuye a afirmar que él podrá responder de un nivel de diligencia y profesionalidad al que ahora tiene acceso.

Algún autor señala la importancia de aplicar el art. 1258, CC., según el cual los servicios deberían prestarse conforme a lo pactado, pero, además, conforme a todas las consecuencias que deriven de la buena fé, el uso y la ley¹³⁷. Nada tenemos que objetar a lo dicho, salvo para recordar que, si se está en presencia de un “Arrendamiento mercantil de servicios”, resultará de aplicación al mismo el ya mencionado art. 57 Cdc., de cuyos términos se deduce que, para el Legislador mercantil, los dos principales criterios interpretativos y valorativos, en materia de contratos, son la buena fe de las partes, en la celebración y en el propio cumplimiento, y la exactitud en los terminos literales del contrato, que no pueden ser arbitrariamente restringidos.

¹³⁷ Vid. SANTOS BRIZ, J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 323.

Por otra parte, el concepto de “Buena fe”, tal como lo emplea el art. 57, Cdc. no equivale a ignorancia disculpable de hechos perjudiciales para quien los ignora, sino que ha de interpretarse como un deber de lealtad de comportamiento, en la actuación de las partes, respecto de la ejecución y cumplimiento del contrato.

También queda obligado el prestador de servicios a desarrollarlos, no solo de buena fé, sino también obedeciendo las instrucciones del Cliente. Se habla en este sentido del “Treue und Gehorsamspflicht”; deber que es tan principal, en este contrato, como el propio deber de desarrollar los servicios pactados¹³⁸. En este sentido, el art. 1584, párr. 4º, Proy.NRCOS. indica que el obligado a la prestación deberá atenerse, durante la ejecución, a las instrucciones que reciba. Pero el propio precepto establece una serie de supuestos excepcionales, en los que viene a menos el sometimiento del prestador de servicios, a las instrucciones del Comitente; a saber:

- 1.- Cuando impliquen modificación de la prestación convenida, o bien
- 2.- Cuando impliquen intromisión en el ámbito profesional, o bien
- 3.- Cuando ocasionen daños y perjuicios.

Lo primero es fácil de entender, por lógico: nadie puede estar sometido, contra su voluntad, a una modificación unilateral de sus obligaciones, y casi es una vulgaridad recordar el art. 1256, CC.; circunstancia que hace que la norma sea un tanto supérflua e inútil¹³⁹. Pero el segundo caso resulta mucho más complejo, pues ¿cuál es ese “ámbito profesional” en el que no cabe intromisión?. ¿Se trata de la imposibilidad de traspasar los límites deontológicos?. ¿Se trata, más bien, de las normas corporativas?. ¿Se refiere a los que sean de criterio personal del prestador del servicio?. Y, además, ¿qué puede hacer el prestador del servicio?. ¿Puede desistir del encargo?. Y ¿con qué efectos?... Como se puede apreciar las dudas son muchas, graves y están pendientes de resolución¹⁴⁰.

Por si fuera poco, tratándose de un Contrato mercantil de servicios, la verosímil aplicación de las normas sobre la Comisión, podría plantearnos el problema de si el Contrato de servicios también puede manifestarse en tres modalidades; a saber imperativa, indicativa y facultativa. Y cuál de ellas es la que debe constituir la regla general.

Y otro tanto cabe señalar del tercero de los supuestos: ¿a quién se causan los perjuicios?. ¿Se trata de perjuicios al cliente o al prestador de los servicios?. ¿Y los perjuicios a terceros?. Desde luego, el Acreedor de los servicios es juez supremo de su utilidad y -en cuanto a los terceros- hay que respetar el principio “neminem laedere”.

En principio -y dentro del ámbito civil tradicional- el incumplimiento y la negligencia del prestador de servicios deberían ser probados por el Cliente o Patrono. Sin embargo, la Jurisprudencia ha admitido, en algunas ocasiones la inversión del “onus probandi”, a cargo del prestador de servicios profesionales¹⁴¹. A nuestro modo de ver, si el cliente posee -además- la condición de “usuario”, a efectos del art. 1º, LGDCU., la inversión de la carga de la prueba, en perjuicio del profesional o empresario prestador de servicios, puede extenderse o generalizarse, y ésto si es que no se llega a un régimen de responsabilidad objetiva.

¹³⁸ FIKENTSCHER, W.: cit., 7ª ed., p. 537.

¹³⁹ LOPEZ y LOPEZ, A.M.: cit., p. 39.

¹⁴⁰ LOPEZ y LOPEZ, A.M.: cit., p. 39.

¹⁴¹ Vid. CAPILLA RONCERO, F.J.: “Contrato de Servicios (I)...”, cit., p. 672.

Por su parte, el Cliente se obliga a abonar el precio pactado, que normalmente será en dinero, aunque es posible pactar otro tipo de remuneración¹⁴². La acción para reclamar su pago prescribe en un plazo de tres años¹⁴³.

IV.4. Extinción del Contrato Mercantil de Servicios

Al “Contrato de Servicios” le son aplicables las causas generales de extinción de los contratos¹⁴⁴, pero -además- el Contrato de servicios pactado por un plazo de tiempo determinado, debe entenderse que se extingue por el simple transcurso del citado plazo¹⁴⁵, mientras que -por el contrario- el Contrato de servicios celebrado por tiempo indeterminado se extingue por desistimiento de cualquiera de ambas partes¹⁴⁶.

Si la relación que media entre las partes es “intuitus personae”, entonces sí que cabe el desistimiento unilateral, siempre y cuando se ejercite de buena fé y en tiempo oportuno. El desistimiento se someterá a las previsiones de las partes, en cuanto al pago de indemnizaciones, etc...

Por otra parte, igualmente en aquellos contratos de servicios que estuviesen basados en el “intuitus personae”, sería causa de extinción la muerte del prestador de servicios, cuyas condiciones y circunstancias personales se tuvieron en cuenta a la hora de contratar dichos servicios. Pero, además, el art. 1586, Proy.NRCOS. establece que la relación nacida del Contrato de servicios se extinguirá por el fallecimiento del comitente, si sus herederos estiman que debido a éllo, los servicios ya nos les son de utilidad. En este caso, el Prestador de servicios tendrá derecho a una indemnización, equivalente a la mitad de la retribución que correspondería, por el tiempo que media entre el desistimiento y la conclusión del plazo de duración de la prestación de servicios. El precepto proyectado, se refiere exclusivamente a Comitentes/persona física, de forma que habría que considerar si es aplicable, o no, a supuestos de desaparición de personas jurídicas; a supuestos -p.e.- de extinción de sociedades, por

¹⁴² Vid. STSs. de 20 de noviembre de 1906 o de 12 de junio de 1915, cit. por SANTOS BRIZ,J.: “Derecho civil. Teoría y práctica”, cit., t. IV, p. 323.

¹⁴³ Vid. art. 1967, CC., igualmente, vid. STS. de 30 de mayo de 1992.

¹⁴⁴ Suele pactarse, también, la extinción por suspensión de pagos, quiebra o concurso o procedimiento judicial o administrativo que pudiera suponer el impago del precio acordado (Vid. formularios de contratos de “Engineering” (Cláusula Quinta), “Outsourcing” (Cláusula Sexta), “Servicio de Botonería” (Cláusula Sexta), en FABRA VALLS,G.: cit., ps. 201, 252 y 270).

¹⁴⁵ Así se podría deducir -por lo que hace a las disposiciones vigentes de nuestro Código civil- de lo dispuesto en el art. 1584 y en el art. 1586, CC., cuando disponen, respectivamente, que:.

“El Criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero si el amo despide al criado sin justa causa, deberá indemnizarlo...” y que:.

“Los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato...”.

De los términos reproducidos se deduce que, mientras que antes no cabe el despido unilateral, si no media causa justa, en cambio después de expirar el término, o que, una vez producido el “cumplimiento” del contrato, ambas partes pueden con total libertad poner fin al contrato: despidiéndose los asalariados, o siendo despedidos por sus patronos o comitentes. Y éllo, sin necesidad de alegar justa causa, ni de -en su caso- indemnizar porque la misma faltase, ya que lo determinante es el transcurso del tiempo. Puede, empero, resultar cuestión dudosa la de la mayor o menor inmediatez del efecto extintivo; es decir: si el mero transcurso del plazo produce la extinción del contrato, o si -además- debe ir acompañado de alguna manifestación de voluntad, al respecto: “despedirse” ó “ser despedidos”.

¹⁴⁶ El art. 1587, Proy.NRCOS. establece que los contratos de servicios que no tengan plazo de ejecución, resultan susceptibles de extinguirse por voluntario desistimiento de cada una de las partes, comunicándolo a la otra con una antelación de 6 meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra antelación menor.

disolución; por fusión, por escisión... Y, en consecuencia, suscita el problema de la traslación del concepto "herederos", a tales situaciones.

Ahora bien, ¿aporta el carácter mercantil del Contrato de servicios alguna especialidad, en materia de extinción?. Como sabemos, el único contrato mercantil de servicios que claramente aparece regulado en el Código de comercio -el de los Factores, dependientes y mancebos-, contempla algunas previsiones en materia de despidos¹⁴⁷. Nuevamente nos hallamos ante un régimen pre-laboral, de escasa o difícil aplicabilidad a los servicios profesionales independientes. Tal vez mejor fuera aplicar las normas relativas a la Comisión; en concreto, los arts. 279 y 280, Cdc., y sobre todo este último, que habla de la posibilidad de extinción por muerte o inhabilitación del comisionista y por revocación de los representantes del Comitente, si éste hubiere muerto o quedado sometido a inhabilitación.

Más aún, de hecho nos parece que resultarían de mayor utilidad para el contrato mercantil de servicios, los arts. 23 y ss. de la Ley de Contrato de Agencia, cuyas disposiciones podrían ser aplicadas por analogía, habida cuenta de que -como el de Servicios- se trata de un contrato de tracto sucesivo y relativo a prestaciones profesionales/empresariales de "facere".

¹⁴⁷ Vid. arts. 299 a 302, Cdc., que diferían, grandemente, de los preceptos del Código civil, en materia de Arrendamiento de servicios. Así, la libertad de despido, en el ámbito mercantil, resultaría mucho más reducida. En este sentido, el art. 299, Cdc. establece que si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos se hubiere celebrado por tiempo fijo, ninguna de las partes podría separarse, sin consentimiento de la otra, hasta la terminación del plazo convenido. La infracción de esta norma determinaría, para la parte incumplidora, el deber de indemnizar daños y perjuicios.

Los arts. 300 y 301, Cdc., contemplan, en cambio, causas de extinción prematura de la relación de servicios mercantiles, que -básicamente- se resumen en diversas formas concretas de incumplimiento: fraude o abuso de confianza del prestador de servicios, hacer negociaciones de comercio sin licencia del principal, faltas de respeto; impago de sueldos e incumplimientos de las demás condiciones pactadas en el contrato, malos tratos u ofensas graves... En cambio, el art. 302, Cdc. prevé, respecto de los contratos por tiempo indeterminado, la posibilidad de libre denuncia unilateral, reconocida a ambas partes contratantes, pero con obligación de dar un preaviso de seis meses.