

hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, de lo contrario dejaría de tener sentido la consignación de los casos en que el juez modificará equitativamente la pena. Es en ellos donde cualquier desproporción entre el incumplimiento y la pena ha de ser corregida equitativamente.

tion has been partly or irregularly fulfilled by the debtor. Otherwise it would make no sense to set aside the cases in which the court will modify the penalty fairly. It is in such cases where any lack of proportion between the breach of obligation and the penalty must be corrected fairly.

**EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO
DE OBRA POR CONSULTORA INFORMÁTICA Y RESOLUCIÓN
UNILATERAL DEL CONTRATO SUSCRITO:
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2009**

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2009.—III. LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

I. PLANTEAMIENTO

El arrendamiento de obras y servicios se encuentra regulado en los artículos 1.542 y siguientes del Código Civil. Así el artículo 1.544 del Código Civil tipifica: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto».

El objeto de este contrato queda así configurado por la prestación de una actividad a cambio de un precio, pero a pesar de su tratamiento unitario nos encontramos ante dos modalidades arrendaticias con características propias y donde se distinguen dos posibles tipos de actividades: por un lado, la ejecución de una obra y por otro, la prestación de un servicio.

Es tradicional la distinción entre la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum* y siguen vigentes los problemas inherentes a la distinción entre el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios, mientras que en el primero el arrendador o empresario se compromete a un resultado sin consideración al trabajo que lo crea, en el segundo la obligación del deudor es la prestación de trabajo en sí misma y no el resultado que produce (1).

(1) También existen opiniones doctrinales como la de SOLÉ RESINA, J., que mantiene la tesis de que el arrendamiento de obras o servicios se configura en el Código Civil como un único tipo contractual en el que se distinguen varias especies: el de transporte, el de servicios y el de obra; en su libro *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo o jurisprudencial)*, Valencia, 1997, pág. 93.

En cuanto al arrendamiento de obra, tanto la doctrina como las modernas legislaciones alemana, suiza e italiana, diferencian este contrato del clásico arrendamiento que se caracteriza por el rasgo, aquí ausente, de ser un contrato de tracto sucesivo, mientras que en el arrendamiento de obra la prestación del arrendador no se mide por el tiempo, sino por el resultado.

Siguiendo a PUIG BRUTAU podemos definirlo como aquel contrato por el cual una de las partes, denominada arrendador o empresario se obliga frente a la otra, que es el arrendatario o principal a la producción de un determinado resultado mediante el ejercicio de una actividad independiente a cambio de un precio cierto.

El arrendamiento de obra se caracteriza por ser un contrato consensual, bilateral, oneroso y conmutativo, cuya principal característica es que la prestación debida no viene determinada por la actividad realizada sino por el resultado producido.

El arrendamiento de obra forma parte de lo que PUIG BRUTAU denomina contratos dirigidos a la prestación de una actividad que se distinguen entre sí en función del interés al que sirven, dentro de esta categoría se incluyen también el mandato y el arrendamiento de servicios. La distinción entre estas figuras jurídicas requiere una delimitación de sus notas características. Así la distinción entre el arrendamiento de obra y el mandato nos lleva a partir del artículo 1.709 del Código Civil, que dice: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar un servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Esta definición no identifica suficientemente el contenido del contrato de mandato en relación con lo que el artículo 1.544 del Código Civil tipifica para el arrendamiento de obra, por lo que es necesario acudir a la función económico-social propia de cada negocio. A lo que el mandatario se obliga es a gestionar los intereses del mandante frente a terceros, en mi opinión, que soy partidaria en este sentido de la teoría de la sustitución en la ejecución de la actividad, estos intereses han de ser los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera de su actividad, aunque nada impide que se realicen por otra persona.

En la doctrina española el primer autor que se refirió a este criterio fue GARCÍA VALDECASAS, el cual sostiene que el dato que caracteriza al mandato es el de recaer tan sólo sobre actos en los que sea posible la sustitución, los cuales pueden ser tanto actos jurídicos como no jurídicos, incluso puramente materiales. Así entendido serían objeto de mandato los actos que el mandante realizara por sí mismo por pertenecer a la esfera de su actividad, mientras que serían objeto del contrato de servicios aquellos otros que por no pertenecer a la esfera de su actividad, de ningún modo realizaría el mandante y, por tanto, tampoco puede hacerse sustituir.

Este criterio de la sustitución ha sido seguido por la jurisprudencia del TS en sentencias de 27 de noviembre de 2002 (*RAJ* 9596), y 25 de marzo de 1988 (*RAJ* 2429), entre otras.

Otro sector doctrinal sostiene que el criterio distintivo entre el mandato y el arrendamiento de obra reside en la actividad dirigida a la gestión de intereses ajenos, es decir, que la actividad debida en el mandato se concreta en la realización de negocios del mandante, en la gestión de los intereses económicos de éste. Así PUIG BRUTAU entiende que el mandato tiene una estructura triangular por la que una persona gestiona los intereses de otra mediante la negociación con terceros *versus* la estructura bilateral que caracteriza el arrendamiento basada en las relaciones entre las partes intervinientes que han de realizar las prestaciones convenidas.

Por otro lado, el arrendamiento de obra se diferencia del arrendamiento de servicios por la distinción entre obligaciones de medio y de resultado: en el segundo, el arrendador se obliga a suministrar una actividad a cambio de una contraprestación medida en función de aquélla, con independencia de su resultado, mientras que en el primero, lo que se contrata es el efecto o resultado, sin consideración a la actividad desempeñada para conseguirlo.

Por lo que respecta a la regulación del arrendamiento de obras y servicios en el Código Civil, las críticas que ha tenido han sido unánimes, especialmente contra las normas del arrendamiento de servicios, respecto del cual se proyectó una reforma mediante el Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994, que no llegó a buen puerto. No se ha vuelto a formular una reforma de estos contratos, a pesar de considerarse necesaria, esperemos que en un futuro próximo se tenga en cuenta y se pueda dotar a estas figuras jurídicas de la regulación adecuada.

El arrendamiento de servicios ha sido considerado doctrinalmente como un contrato nominado pero atípico, el desarrollo normativo de este contrato es muy escaso, pues bajo la rúbrica «Del servicio de criados y trabajadores asalariados» sólo le dedica cinco artículos que se refieren a los servicios prestados por los criados domésticos, los criados de labranza, menestrales y demás trabajadores asalariados, preceptos que hoy apenas tienen vigor, dado que la mayor parte de estos contratos tienen su encaje en la legislación laboral, siéndoles de aplicación, principalmente el Estatuto de los Trabajadores.

El Código Civil se refiere sólo a la prestación de servicios manuales, y la doctrina y la jurisprudencia consideran también como contrato de arrendamiento de servicios los prestados por los profesionales liberales. Por combinación de ambas modalidades podemos definir este contrato como aquel por virtud del cual una de las partes se compromete respecto a otra a realizar en servicio de ella una actividad o trabajo durante un tiempo determinado o sin fijación de plazo a cambio de una remuneración proporcional al tiempo o a la cantidad de trabajo producido.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2009

El objeto del litigio radica en una acción de resolución del contrato y reclamación de cantidad derivadas de un contrato de arrendamiento de obra entre demandante y demandada, que tenía por objeto la implantación y entrega por la demandada de una aplicación informática adecuada a las necesidades funcionales propias del negocio de la actora. La demandada se obligaba a analizar detalladamente un proyecto anterior fracasado y emitir un informe sobre el mismo, para obtener y entregar con posterioridad un resultado consistente en una herramienta informática adaptada a los negocios de la actora, asumiendo la responsabilidad de diseñar y ejecutar cuantos desarrollos fueran necesarios para alcanzar el resultado. Todo ello a cambio de un precio cerrado o a tanto alzado y dentro de un plazo de ejecución y entrega igualmente cerrado. La parte demandada ante determinadas dificultades surgidas en la ejecución del contrato, notifica su resolución a la actora, quien impugna dicha resolución en el pleito, reclamando una importante indemnización.

Se discute por las partes litigantes la naturaleza jurídica del contrato que liga a las mismas, en definitiva vamos a analizar la calificación del contrato.

En mi opinión nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de obra, donde para la actora confluyen dos elementos esenciales: por un lado, la necesidad de cumplimiento perfecto, no defectuoso en la prestación convenida y que en todo caso se ajuste a sus necesidades, en definitiva, que se produzca el resultado previsto, y por otra parte, que se ejecute dentro del plazo que las partes fijan en el contrato primitivo y en los sucesivos anexos novatorios que adjuntan las partes.

En cuanto al arrendamiento de obra y el de servicios es calificado de forma reiterada por el TS, que radica, según el artículo 1.544 del Código Civil, en que en el arrendamiento de obra, una de las partes se obliga a ejecutar una obra y en el de servicios a prestar un servicio. Se trata de la conocida distinción procedente del Derecho romano entre la *locatio operis* y la *locatio operum* y cuya diferencia radica en que en el primero se compromete el resultado sin consideración al trabajo que lo crea, mientras que en el segundo se atiende a la prestación de trabajo en sí misma y no al resultado que lo produce. Así se deriva de la sentencia del TS de 6 de mayo de 2004.

Asimismo, la STS de 18 de septiembre de 2006, señala que los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes, pues para la calificación hay que estar al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido prevaleciendo la intención de las partes sobre el sentido gramatical de las palabras, siendo lo verdaderamente importante el fin jurídico que las partes pretenden alcanzar con el contrato.

También la sentencia del TS, de 9 de enero de 2006, distingue el arrendamiento de obra del de servicios, «por el objeto inmediato de la obligación del contratista —arrendador o empresario—, de modo que la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado, y precisamente en la realización y perfección de este resultado *opus consumatum et perfectum*».

El análisis de esta materia ha de conectarse con la teoría de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, que la sentencia contempla implícitamente. La distinción entre ambos tipos de obligaciones radica en la existencia, junto a las obligaciones en que el deudor se compromete a la consecución de un resultado, de otras en las que debe tomar ciertas actividades o medios que normalmente se encaminan a producir un cierto resultado (2). Ni en las primeras es indiferente la forma en que se alcanza el resultado, ni en las segundas es intrascendente el grado de consecución de éste.

También han existido posturas contrarias a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado ante la dificultad de identificar el criterio distintivo entre ambas. Si atendemos a consideraciones objetivas, en las obligaciones de resultado y por tanto, en el contrato de obra, la consecución del resultado no depende más que de la conducta del deudor, sin embargo en las obligaciones de medios y en el arrendamiento de servicios intervienen otros factores más o menos aleatorios que pueden hacer que el resultado no llegue a conseguirse a pesar de que el deudor emplee la diligencia debida en su consecución.

Siguiendo la sentencia que estamos comentando, se afirma que es necesario conseguir un resultado perfecto, pero la apreciación de dicho efecto jurí-

(2) En este sentido, Díez PICAZO menciona la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado en relación con los deberes de diligencia, en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 454 y sigs.

dico reviste una gran dificultad ante la parquedad normativa del Código Civil y porque el concepto de obra como resultado presenta diversas modalidades que pueden ser tanto materiales como inmateriales y que no son susceptibles de tratamiento unitario, o al menos requieren importantes matices.

La determinación de la perfección del cumplimiento debe ser valorada en relación con lo convenido y en defecto de previsión específica debe atenderse a las circunstancias del caso concreto. La adecuación del resultado no cabe supeditarla sin más a la satisfacción del interés del acreedor, ya que puede ser insatisfactorio para el comitente y, en cambio ser ajustado a la consecuencia o efecto normal del trabajo contratado. Lo importante no es que el resultado coincida con la finalidad perseguida por el comitente, sino el correspondiente a la ejecución de la obra que se contrató, pues aquel interés puede ir más allá de lo que es consecuencia de lo convenido. En concreto, en la cuestión objeto de esta sentencia se pueden distinguir dos fases claramente diferenciadas para calificar la relación contractual, por un lado, la primera fase que está próxima a un arrendamiento de servicios y, por otro, la fase siguiente, que es ya un arrendamiento de obra con todas las cualidades inherentes a dicha figura jurídica y que no llega a buen puerto por la resolución del contrato de arrendamiento a instancias de la parte demandada.

III. LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

En el tratamiento jurídico de la facultad de resolver unilateralmente el contrato encontramos una de las diferencias más importantes entre ambas figuras jurídicas. En la sentencia objeto de nuestro comentario se discute la licitud o ilicitud en la resolución del contrato de arrendamiento que liga a las partes contratantes y en una primera lectura podría llamar la atención que todo el análisis relativo a la licitud de la resolución contractual decidida unilateralmente por la demandada se hace sobre la base del artículo 1.124 del Código Civil, relativo a la resolución por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos y no en base al régimen específico de desistimiento unilateral tipificado en el artículo 1.594 del Código Civil, que es de específica aplicación al arrendamiento de obra.

Verdaderamente, en este tipo de contratos que tienen por objeto obligaciones de hacer, coexisten dos regímenes distintos: por un lado, la facultad de desistimiento unilateral del contrato por parte del que encarga la realización de la obra o la prestación del servicio; y por otra, la resolución del contrato por incumplimiento *ex* artículo 1.124 del Código Civil.

En cuanto a la primera facultad mencionada, el artículo 1.594 del Código Civil dice: «El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella». La doctrina justifica este desistimiento unilateral por razones de equidad, contemplando el caso de que quien ha encargado una obra se encuentre después con el hecho de que esa obra ya no le interesa o no le sirve, o simplemente, que carece de recursos para pagarla entera. En tal caso, se enfrenta el interés del propietario en desistir, satisfaciendo al contratista todo aquello que hasta el momento se le deba, incluido el pertinente beneficio empresarial proporcional a lo construido, y el de éste en exigir el cumplimiento total del contrato. En base a ello, la ley considera más digno de protección el primero.

De manera semejante ocurre con relación al arrendamiento de servicios, aunque dada su deficiente regulación en el Código Civil no hay ningún precepto que lo contemple expresamente (3), por su parte es doctrina constante del TS que «el contrato de arrendamiento de servicios se encuadra en el grupo de contratos en el que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae* y como ha declarado repetidamente esta Sala pueden resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes. Ahora bien, la resolución unilateral podrá hacer surgir la obligación de indemnizar si se produce en contra de lo pactado o cuando en el propio pacto se prevea indemnización por el cese» (sentencia del TS, de 9 de febrero de 1996).

En ambos casos, esta facultad de desistimiento unilateral excluye la posibilidad de exigir por la otra parte el cumplimiento forzoso y específico del contrato, pero no excluye la responsabilidad contractual de quien voluntaria y unilateralmente opta por el incumplimiento del mismo, a fin de resarcir los daños y perjuicios derivados de tal comportamiento. De no ser así, se conculcaría lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, al dejar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes (4).

Otra cosa diferente es que ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la otra opte por la resolución contractual en los términos señalados en el artículo 1.124 del Código Civil. Para que prospere esta acción resolutoria es necesario que quien la ejercite acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que exista un vínculo contractual entre las partes.
2. Que se trate de obligaciones en que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado, no cuando se trate de obligaciones que tienen carácter accesorio o complementario.
3. Que haya verdadero y propio incumplimiento por uno de los contrapartes, descansando dicho incumplimiento en causas imputables al deudor, y bastando el incumplimiento parcial.

Anteriormente se exigía con criterio jurisprudencial que existiera una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable impida el cumplimiento, o bien en una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente (en este sentido destacamos, entre otras, la STS de 28 de septiembre de 2006).

Pero esta voluntad deliberadamente rebelde exigida en un principio fue posteriormente matizada por la jurisprudencia, así la STS de 25 de septiembre de 2003 señala: «ha de tratarse de verdadero y propio incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa

(3) Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: *Los contratos de servicios*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pág. 146 y sigs., donde se contiene una detallada exposición de la facultad resolutoria unilateral en los arrendamientos de servicios.

(4) Así se deriva de la STS de 25 de febrero de 2000: «no se acomoda a la justicia efectiva las situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes, y las mismas no pueden quedar impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar *in re ipsa* el propio perjuicio y la prueba la representa la situación provocada deliberadamente por quien desistió del contrato».

entidad que el acreedor obtenga el fin económico del contrato» (sentencia de 4 de octubre de 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (sentencia de 7 de marzo de 1983).

La voluntad deliberadamente rebelde no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo, en cuanto no aparece ni de la letra ni del espíritu del artículo 1.124 del Código Civil, sino que ha de ser cohonestada con los actos y conductas del deudor denotadores de incumplimiento (sentencia de 1 de diciembre de 1989).

En similares términos se expresa el TS en sentencia de 11 de octubre de 2006, al señalar que lo exigible para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no es precisamente una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo, sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura, por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

En definitiva, basta con que el incumplimiento frustre el fin práctico perseguido por las partes al contratar.

En cuanto al deber de colaboración del dueño de la obra, teniendo en cuenta la complejidad de la relación contractual y lo específicamente acordado, era esencial el deber de colaboración de la parte actora para alcanzar el resultado deseado por ambas partes contratantes, en un principio dicho deber se cumple, este deber de colaboración debe incardinarse en lo previsto en el artículo 1.258 del Código Civil, conforme al cual los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, consecuencias naturales del contrato que en la generalidad de los casos implica el deber de todo contratante de abstenerse de impedir el cumplimiento de la obligación asumida por la otra parte contratante. En el caso contemplado en esta sentencia resulta exigible a la parte actora no sólo esa colaboración pasiva, sino también su colaboración activa en los términos señalados.

La parte demandada abandona la obra de forma abrupta con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil, frustrando así el fin del contrato. Por todo ello, el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente tanto la demanda como la reconvenición y declara la ilicitud de la resolución contractual y abandono de la obra por parte de la consultora informática demandada, declara resuelto el contrato a instancias de la cliente por incumplimiento de aquélla y tras compensar las cantidades a cuyo pago condena a ambas partes con base en la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato para el supuesto de no finalización o abandono del proyecto en el caso de la consultora condena a ésta al pago de la cantidad que se fija en el fallo de la sentencia.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO DE OBRA

En este trabajo hemos analizado la sentencia de 20 de enero de 2009, que

ABSTRACT

PROJECT LEASE AGREEMENT

In this paper we have analysed the Ruling of 20 January 2009, which re-

se refiere a un contrato de arrendamiento de obra que tiene por objeto la implantación y entrega por la parte demandada de una aplicación informática adecuada a las necesidades funcionales propias del negocio de la actora. Hemos examinado esta modalidad arrendaticia, que se distancia del genuino arrendamiento caracterizado por el rasgo aquí ausente, de ser un contrato esencialmente de tracto sucesivo, mientras que en el típico arrendamiento de obra la prestación del arrendador no se mide por el tiempo, sino por el resultado.

Hemos expuesto la distinción entre el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios, es ya clásica la distinción entre la locatio conductio operis y la locatio conductio operarum. En la primera el deudor se compromete a un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, mientras que en la segunda la obligación del deudor es la prestación del trabajo en sí misma y no el resultado que produce, lo cual se conecta con la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

También hemos analizado la posibilidad de resolución unilateral del contrato mencionado así como las consecuencias derivadas de tal resolución.

fers to a project lease agreement concerning the introduction and delivery by the defendant of a computer application fit for the particular functional needs of the plaintiff's business. We have examined this mode of lease agreements, which is distinctly different from that of genuine lease agreements. A genuine lease agreement is characterised by the trait that is absent here, i.e., that it is essentially a contract of continuing performance, while in a typical project lease agreement what the lessor furnishes is measured not by time, but by results.

We have stated the distinction between project lease agreements and service contracts. The distinction between the locatio conductio operis and the locatio conductio operarum is now classic; in the former, the debtor undertakes to provide a result, without considering the work thereby created, while in the latter the debtor's obligation is to provide the work in itself, not the result of the work, which is connected with the distinction between obligations of means and obligations of results.

We have also analysed the possibility of unilateral cancellation of the aforementioned agreement and the consequences stemming from such cancellation.

1.6. Responsabilidad Civil

INDEMNIZACIÓN POR LAS LESIONES Y SECUELAS DERIVADAS DE UNA CAIDA EN UN RESTAURANTE

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesoras Titulares de Derecho Civil UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y DERECHO DE FAMILIA: 1. DAÑO MORAL. 2. DAÑO CONTINUADO.—III. SUSTRACCIÓN DE MENORES.—IV. CONCLUSIONES.