

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

**EL «AUMENTO DE OBRA» «EX» ART. 1593 DEL CODIGO CIVIL
Comentario a la Sentencia del TS de 6 de julio de 1998 (RJ 1998, 5215)**

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales

ARRENDAMIENTO DE OBRA: obligaciones del dueño de la obra: obligación de pagar el precio de la obra: incremento por aumento de obra: procedencia: obras realizadas por orden del arquitecto director de la obra con consentimiento del dueño de la obra.

Disposiciones estudiadas: CC, arts. 1214 y 1593.

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 6 de agosto de 1991, la entidad mercantil «Construcciones Confrade, SA», como dueña de la obra, celebró un contrato de arrendamiento de obra con don Heliodoro M. S. J., como contratista, por un precio total de 19.000.000 de pesetas.

Don Heliodoro formula demanda contra «Construcciones Confrade, SA» para que se declare no ajustada a Derecho la resolución o rescisión extrajudicial hecha por la sociedad demandada en una carta y se condene a la demandada a pagar al actor, de un lado, la cantidad de 17.000.000 de pesetas, resto del precio total estipulado, pues sólo le había pagado 2.000.000 de pesetas a cuenta de dicho precio y, por otro lado, el valor de unas obras no pactadas en el contrato (obras «a mayores», se les llama en la demanda) por importe de 950.432 pesetas, siendo, pues, la cantidad total de 17.950.432 pesetas, más los intereses de demora de las cantidades reclamadas.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, condenando a la entidad demandada al pago al actor de la cantidad de 17.000.000 de pesetas más el interés legal de esta cantidad y de las obras realizadas a mayores, realizadas efectivamente y ordenadas expresamente por la Dirección Facultativa, cantidad que ha de determinarse en ejecución de sentencia.

La entidad demandada recurre en apelación y la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando la sentencia.

«Construcciones Confrade, SA» interpone recurso de casación, dirigido única y exclusivamente a impugnar el segundo pronunciamiento de la sentencia recurrida acerca de la condena al pago de la cantidad de las obras realizadas a mayores, razón por la que ha de entenderse que el primer pronunciamiento acerca del pago de la cantidad de 17.000.000 de pesetas más el interés legal de dicha cantidad ha quedado firme. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO.—«Antes de proceder al examen de los restantes motivos (en el primer motivo del recurso de «Construcciones Confrade, SA», se denuncia infracción del artículo 359 Ley de Enjuiciamiento Civil), ha de hacerse constar lo que a continuación se expone. Con respecto a la ejecución de las obras no pactadas en el contrato (únicas a las que, como ya se tiene dicho, se refiere el presente recurso), la sentencia de primera instancia (cuyos razonamientos acepta expresa e íntegramente la aquí recurrida) dice lo siguiente:

“En cuanto a la cantidad restante, 950.432 ptas. se reclama por la ejecución de obra a mayores (...). La demandada las niega aduciendo que tales obras no las autorizó, no siendo su precio exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 1593 del CC. El Arquitecto ha reconocido al contestar a la pregunta 2ª del pliego del actor que las obras (...) se realizaron efectivamente y que fueron ordenadas por él. A este facultativo se le reconoce en el contrato un poder de dirección de las obras en diferentes apartados del mismo; y el contratista se somete a la dirección de obra del Arquitecto Superior. Conforme al criterio establecido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 23 marzo 1992 [RJ 1992, 2222]) cabe el aumento de precio ‘ex’ artículo 1593 para el caso de que el Arquitecto Director de obra por decisión unilateral del dueño de la obra, ordene variaciones en la ejecución de la misma respecto del Proyecto. Ahora bien, el perito ha detectado un error en la facturación de tales obras, de ahí que si bien su pago debe ser satisfecho, la cuantificación del mismo se hará en ejecución de sentencia”» (fundamento jurídico octavo de la sentencia de primera instancia).

Por su parte, con relación al mismo tema, la sentencia de apelación (que es la aquí recurrida), abundando en la misma argumentación, que acaba de ser transcrita, de la de primera instancia, agrega textualmente lo siguiente: «Las obras ejecutadas a mayores (...) lo fueron por orden de la dirección facultativa como necesarias para la realización de la obra aunque no estuviera en el proyecto inicial y su acabado da lugar al aumento del precio permitido por el artículo 1593 del Código Civil. El consentimiento o autorización de la propiedad puede ser expreso o tácito y dado el curso normal de las cosas hay que concluir que la propiedad consintió su realización, pues no consta su oposición a las mismas, y hay que deducir su conocimiento pues las obras referidas se corresponden con un apuntalamiento de la fachada (... segunda respuesta del testigo señor C. A.) y al mismo se hace referencia en el libro de órdenes en fecha 27 de agosto de 1991 (...). El mismo testigo refiere que el libro de órdenes estuvo en la obra durante el desarrollo de la misma (...) y que los representantes de “Confrade” dejaron de ir por la obra “pero esto al final” (...). Ello significa “a sensu contrario” que al principio frecuentaban y visitaban la obra: Las obras ejecutadas a mayores para el apuntalamiento de la fachada fueron ordenadas por el Arquitecto a su inicio (27 de agosto de 1991). Por tanto han de suponer fundadamente que la propiedad conoció, consintió y aceptó el aumento de obra ordenado por el Arquitecto (...) (fundamento jurídico primero de la sentencia aquí recurrida)».

SEXTO.—«Por el mismo cauce procesal que el anterior (ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aparece formulado el motivo tercero, en el que se denuncia infracción del artículo 1281 del Código Civil en relación con el artículo 1593 del mismo Cuerpo Legal, y en cuyo alegato se acusa a la sentencia recurrida, según parece, de haber interpretado erróneamente el contrato de arrendamiento de obra, en cuya estipulación octava se establecía la necesidad de suscribir un documento que autorizara la ejecución de obras no pactadas en dicho contrato.

También ha de claudicar el expresado motivo, ya que la sentencia aquí recurrida no ha tenido que realizar interpretación alguna del contrato de arrendamiento de obra suscrito entre las partes, desde el momento en que aparece plenamente probado, y así lo declaran expresamente las coincidentes sentencias de la instancia, que las obras “a mayores” a que se refiere el motivo (y todo el recurso) fueron realizadas por el actor-contratista por orden expresa del Arquitecto-Director de la obra y con el conocimiento, consentimiento y autorización de la entidad dueña de la obra, demandada en el proceso y aquí recurrente, cuyo hecho probado ha de ser mantenido incólume en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuado por medio impugnatorio adecuado para ello.

El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al motivo cuarto y último, con igual residencia procesal que el anterior, en el que ahora se denuncia infracción del artículo 1593 del Código Civil y, en cuyo alegato, la recurrente vuelve a insistir en que ella no había autorizado la ejecución de las obras no pactadas en el contrato (obras “a mayores”). El fenecimiento del expresado motivo, con el que la recurrente se limita a hacer supuesto de la cuestión, al pretender partir de un soporte fáctico distinto del que aparece probado en el proceso, viene determinado por la razón de que, como se ha dicho al desestimar el motivo anterior, la sentencia aquí recurrida, en plena coincidencia con la de primer grado, declara plenamente probado que las referidas obras fueron realizadas por orden del Arquitecto director de la obra y con el conocimiento y consentimiento de la entidad demandada (dueña de la obra), aquí recurrente, cuyo hecho probado, volvemos a decir, ha de ser mantenido incólume en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuado por medio impugnatorio adecuado para ello».

I. EL «AUMENTO DE OBRA» «EX» ARTICULO 1593 DEL CODIGO CIVIL

La sentencia objeto del presente comentario nos conduce inevitablemente a una norma, el artículo 1593 de nuestro Código Civil, ubicado sistemáticamente en la Sección 2ª (*De las obras por ajuste o precio alzado*), del Capítulo III (*Del arrendamiento de obras y servicios*), del Título VI (*Del contrato de arrendamiento*), de su Libro IV, precepto que dispone que *el arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido por el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario.*

La norma procede del artículo 1534 del Proyecto de 1851, inspirada, como no podía ser de otra manera, en el *Code Civil* francés, en concreto, en su artículo 1793, seguido asimismo por el artículo 1640 del *Codice Civile* de 1865, que decía: *El arquitecto o empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; ni tampoco aunque se haya hecho algún cambio o aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario*, norma ésta dictada como reacción a los muy graves y frecuentes abusos de los arquitectos en esta materia so pretexto de haberse encarecido los materiales o jornales o de cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimados útiles o necesarios, como explicaba el propio artífice del Proyecto Isabelino, GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. II. Zaragoza, 1974, pg. 803), postulándose, de este modo, un sistema de protección de los intereses del comitente frente a posibles maniobras torticeras del contratista.

Contempla el artículo 1593 CC (de idéntica redacción al art. 49 del Título *Del contrato de arrendamiento*, del Libro IV del Anteproyecto de 1882-1888) el problema de la reclamación por el contratista de los trabajos de construcción adicionales realizados durante la ejecución de la obra.

Veamos cómo lo solventa, no sin antes advertir que, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, el artículo 1593 CC no contiene una norma de carácter necesario, sino simplemente una regla interpretativa de una voluntad tácita de las partes y, por consiguiente, no implica una limitación a la libertad contractual, sino un complemento de lo que se reconoce con carácter general en el artículo 1255 CC (SSTS de 4 abril 1981 [RJ 1981, 1480], 23 noviembre 1987 [RJ 1987, 8643], 18 octubre 1989 [RJ 1989, 6934], 10 junio 1992 [RJ 1992, 5117], 21 julio 1993 [RJ 1993, 6104], 16 febrero 1995 [RJ 1995, 854] y 28 marzo 1996 [RJ 1996, 2199], entre otras; en la doctrina: SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario del Código Civil*, t. II, sub art. 1593, Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, pg. 1200 y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. V, Trivium, 4ª ed. Madrid, 1995, pg. 1635), de modo que la eficacia dispositiva de la norma permite que los contratantes convengan un régimen pactado regulador de las revisiones de precios —si bien su prohibición expresa es práctica usual en este tipo de contratos— y de la posibilidad de modificaciones en la obra y su repercusión en el precio.

1. La regla contenida en el precepto.

Nuestro legislador establece para el contrato de obra la absoluta inmodificabilidad e intangibilidad de lo convenido, nada nuevo, por otra parte, ya que dicho principio es propio de todos los contratos: los contratos obligan, y obligan a cumplir lo estipulado, sin que en ellos puedan introducirse variaciones si no son también estipuladas. Dicho de otro modo, el artículo 1593 CC no es sino una aplicación particular del principio más amplio que proclama la fuerza vinculante de lo pactado «ex» artículo 1258 del mismo Cuerpo Legal (SSTS de 26 diciembre 1979 [RJ 1979, 4454] y 31 marzo 1982 [RJ 1982, 1553]).

Atendiendo a la prestación de hacer-dar y, más concretamente, de resultado a la que se obliga el contratista (nota que lo distingue del contrato de servicios, según señala CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos* [Coord. Valpuesta Fernández], Tirant lo Blanch, 3ª ed. Valencia, 1998, pg. 752), la regla de la inmodificabilidad del «opus» pactado es consecuencia del principio de ejecución de la obra a riesgo y ventura de aquel que caracteriza singularmente al contrato de obra, imputándosele, en consecuencia, al contratista el riesgo del «alea» que la variación de costos lleva consigo, mas ello es contemplado para un determinado contrato razón por la cual SALVADOR CODERCH: *Com. M. Justicia*, cit.,

pg. 1200, considera que, en ausencia de identidad de razón, no está justificado extender esta regla especial a los restantes supuestos de contrato de obra, aquél que reúna los siguientes requisitos:

1º *que verse sobre una construcción de un edificio u otra obra.*

La expresión *construcción de un edificio* no presenta dificultad alguna, pero ¿qué quiere decir el legislador con *u otra obra*?

En principio, parece claro que debe referirse a obra inmobiliaria, puesto que otro requisito exigido expresamente es la existencia de un plano convenido con el *propietario del suelo* (LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XX-2, Edersa, Madrid, 1986, pg. 384).

Así, pues, parece que la norma hace alusión no sólo a la construcción de un edificio, sino a su reparación o demolición, pudiéndose tratar asimismo de obra en un inmueble que no sea un edificio, si bien es cierto que será este tipo de obras el que plantee el problema de la alteración del coste con mayor gravedad (LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios*, cit., pg. 384).

Esto claro, parece no existir obstáculo alguno en cuanto a la aplicación extensiva de la norma a los contratos cuyo objeto sea una cosa mueble (LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios*, cit., pg. 384), si bien es cierto que el problema se presentará más frecuentemente en la construcción de inmuebles, dada su mayor complejidad.

2º *que se trate de obra convenida por un ajuste alzado.*

Ha de tratarse de un precio fijo o invariable, bien sea por la totalidad de las obras o bien en atención a las distintas partes de la misma, precio alzado -à forfait- que reviste la forma de presupuesto, que ha de ser definitivo, de modo que no hay ajuste si el presupuesto es meramente orientativo. En consecuencia, sólo el presupuesto denominado *normativo* o en firme es el contemplado en el artículo 1593 CC (LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios*, cit., pg. 387 y DEL ARCO, M. A./PONS, M.: *Derecho de la Construcción*, Hesperia, 2ª ed. Madrid, 1990), en cuyo caso el contratista soportará el riesgo de que los gastos efectivos sean superiores a los previstos, es decir, el exceso correrá de su cuenta.

La norma se aplica también al supuesto de que la obra se ajuste conforme a un presupuesto cerrado y precios unitarios (S. de 7 octubre 1986 [RJ 1986, 5332]), mas no cuando el contrato es por unidad de medida en sentido estricto (S. de 16 septiembre 1986 [RJ 1986, 4711]).

Así las cosas, en la práctica se planteará el problema de distinguir el contrato con precio por piezas y unidad de medida y el ajuste a tanto alzado. La jurisprudencia acoge el criterio de la *contemplación de la obra como conjunto* para decidirse por el segundo caso en sentido positivo (SSTS de 7 octubre 1986 [RJ 1986, 5332] y 8 marzo 1989 [RJ 1989, 2024], aunque en esta última el precio figurara desglosado en distintas partidas).

No hay precio alzado cuando las obras se contratan por administración, esto es, el contratista se obliga a adquirir los materiales por cuenta del comitente y a poner la mano de obra necesaria para la ejecución de la misma, siendo determinable el precio en función de los gastos realizados por el contratista, a los que ha de añadirse la remuneración que al mismo corresponda, asumiendo todo el riesgo económico el dueño de la obra (CADARSO PALAU, J.: «Notas en torno a algunas vicisitudes [extintivas, modificativas] del contrato de obra y su repercusión en el precio», en *Arrendamientos de Obra y Servicios, Arrendamientos Rústicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Madrid, 1994, pg. 209 y ALBÁCAR LÓPEZ: *Código Civil*, cit., pg. 1636).

3º *que el ajuste se haga en vista de un plano convenido con el propietario del suelo.*

Por *plano* ha de entenderse una precisión detallada de la obra a realizar, que si normalmente se hace a través de plano -ampliable a la memoria que acompaña a los proyectos de construcción-, puede llevarse a cabo sin necesidad de él.

Por tanto, no es necesaria la existencia de un plano, entendido éste como representación gráfica del proyecto de la obra, siempre que la obra está suficientemente precisada en el contrato (SÁNCHEZ CALERO,

F. J.: *El contrato de obra: su cumplimiento*, Montecorvo. Madrid, 1978, pg. 224, precisando que basta, incluso, la descripción verbal, si bien ello, sin lugar a dudas, incrementará la carga de la prueba que recae sobre el contratista (SALVADOR CODERCH: *Com. M. Justicia*, cit., pg. 1200).

En tales condiciones, el aumento de obra no consiente un aumento de precio solicitado unilateralmente por el contratista, a quien se exige una diligencia propia del profesional o empresario, determinada por la «lex artis ad hoc» (LÓPEZ MORA, L. M./DE LA CÁMARA MINGO, F.: «Derecho Civil Básico. Los contratos relacionados con la construcción», t. IV del *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, dirigido por A. García-Gallo y Luis López Ortiz, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. Madrid, 1964), conforme a la cual, el contratista ha de efectuar una previsión de la obra, de tal manera que su impericia es sinónimo de culpabilidad -«spondet peritiam artis»-, «ex» art. 1104 CC (DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, reimpr. 6ª ed. Madrid, 1990, pg. 434).

El contratista es quien, normalmente, podrá comprobar la corrección de la ejecución a menor coste, puesto que no es un vendedor que se limita a traficar con el objeto que entrega, sino que es quien se dedica a fabricar ese objeto, responsabilidad ésta, claro está, que deberá matizarse cuando la dirección técnica de la realización de la obra corresponda al comitente o a sus técnicos, lo que permite distinguir las responsabilidades derivadas de la mala ejecución de las que dimanar de una defectuosa dirección -arg. «ex» art. 1591- (SALVADOR CODERCH: *Com. M. Justicia*, cit., pg. 1198), si bien el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2024) llega a afirmar que *el contratista, por su profesión, está en la mejor posición para calcular el coste de la obra y detectar cualquier error en el presupuesto, aunque lo haya confeccionado el Arquitecto*.

Esto dicho, el contratista no podrá pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, mas la directriz del artículo 1593 no impide, insistimos en ello, que las partes puedan pactar cláusulas de revisión de los precios, e incluso en aquellos casos en que no se haya previsto y se den circunstancias extraordinarias con alteración de los precios, puede existir tal revisión en base a la cláusula «rebus sic stantibus» (SÁNCHEZ CALERO: *El contrato*, cit., pg. 229, SALVADOR CODERCH: *Com. M. Justicia*, cit., pg. 1201, DEL ARCO/PONS: *Derecho*, cit., pgs. 61-63 y 65; S. de 17 mayo 1957 [RJ 1957, 2164]), siempre que concurren sus requisitos (S. de 27 enero 1981 [RJ 1981, 114]), y aunque, en principio, no son aplicables directamente las normas de revisión de los contratos administrativos salvo que así los hubieran pactado expresamente las partes, pueden ser tenidas en cuenta con base en lo dispuesto en el artículo 1287 CC.

2. La excepción a la invariabilidad del precio.

Ciertamente las especiales características del contrato de ejecución de obra, en el que el contratista se obliga, no a prestar una determinada actividad, sino a obtener un resultado u obra, hace más difícil el cálculo del precio a obtener por la obra, particularmente cuando éste se fije de manera alzada, bien por la totalidad de la misma, bien en atención a sus partes.

Pese a ello, el artículo 1593 CC, ya lo hemos visto, señala la inmodificabilidad o invariabilidad del precio inicialmente convenido.

Sin embargo, mantener dicho principio en cuanto al contrato de obra puede llegar a ser un tanto ilógico, ya que las singulares notas que caracterizan al contrato de obra -sobre todo, al de ejecución de obra inmobiliaria- imponen, por la propia naturaleza de este contrato, la necesidad de variaciones, normalmente en alza, las cuales son frecuentes en función de la complejidad, duración en el tiempo, originalidad de la prestación u otros factores de diversa índole (DÍEZ-PICAZO, L.: «Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas», en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pg. 147; SALVADOR CODERCH: *Comentario*, pgs. 1199-1200 y CADARSO PALAU: «Notas en torno», cit., pg. 202). La práctica habla por sí sola.

De este modo, la rígida regla contenida en el citado precepto presenta, necesariamente, una excepción. El párrafo final del artículo 1593 CC faculta al contratista para pedir aumento del precio *cuando se haya*

hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra siempre que hubiese dado su autorización el propietario.

Los presupuestos para la aplicación de lo así dispuesto, los cuales, como seguidamente se comprobará, han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de manera llamativamente laxa, según nos parece, son los que siguen:

1º *que se produzca algún cambio en el plano.*

Por *cambio en el plano* ha de entenderse una variación en el proyecto o plan de realización de la obra, bien sea debida a los sucesos imprevistos que durante la misma acaezcan, bien se impute a la libre voluntad de las partes, que convengan en adicionar o modificar la construcción u obra proyectada.

2º *que esta variación comporte un aumento de obra.*

El principio de invariabilidad del precio de una obra contratada por ajuste alzado, carece de aplicación cuando se introduzcan cambios en la ejecución, alterando el proyecto primitivo y produciendo *aumento de obra*, expresión en la que deben incluirse no sólo supuestos de aumento efectivo de la cantidad de obra, sino también los incrementos de valor de la misma por mejora de calidad de los materiales o adopción de unos métodos de construcción que supongan aumento de los costos (SSTS de 31 marzo 1982 [RJ 1982, 1553], 10 junio 1992 [RJ 1992, 5117] y 28 marzo 1996 [RJ 1996, 2199]).

3º *que hubiese dado su autorización al cambio el propietario de la obra.*

Reiterada jurisprudencia señala que el artículo 1593 CC, a diferencia del artículo 1534 del Proyecto de 1851 que requería la autorización del dueño comitente para las innovaciones en la prestación del contratista *por escrito* (v. *supra*), como se sigue exigiendo en algunos ordenamientos foráneos, como el artículo 1793 del *Code Civil* o el artículo 1659 del *Codice Civile*, en aras del espiritualismo informador de nuestra contratación, no precisa su constancia escrita ni en forma determinada (S. de 18 octubre 1989 [RJ 1989, 6934]), de ello que no sea necesario que la anuencia del dueño de la obra (a la realización material de las obras y al importe de las mismas, según debe entenderse) tenga manifestación documental (SSTS de 13 marzo 1971 [RJ 1971, 1298] y 26 diciembre 1979 [RJ 1979, 4454]), siendo eficaz la autorización verbal (SSTS de 31 enero 1967 [RJ 1967, 254], 21 julio 1993 [RJ 1993, 6104] y las en ella citadas a estos efectos) e, incluso, la tácita (SSTS de 7 diciembre 1959 [RJ 1959, 4491], 25 noviembre 1966 [RJ 1966, 4996], 28 febrero y 20 junio 1975 [RJ 1975, 822 y 2520], 3 marzo 1976 [RJ 1976, 1076], 31 marzo de 1982 [RJ 1982, 1553], anotada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en *ADC*, 1982, pgs. 952-953, 8 de enero y 2 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 165 y 6196], 28 de febrero de 1986 [RJ 1986, 938], 10 junio 1992 [RJ 1992, 5117] y las en ella indicadas en relación a este aspecto), siempre que la aquiescencia tácita de la propiedad se derive de conducta concluyente y se acredite su existencia (SSTS de 3 marzo 1976 [RJ 1976, 1076] y 31 octubre 1980 [RJ 1980, 3646]), pudiendo llegar a presumirse de haberse realizado la obra en exceso sin oponerse a ella (S. de 2 diciembre 1985 [RJ 1985, 6196]) o por el hecho de llevar a cabo el contratista, dada la urgente necesidad, determinadas obras para la ejecución de la obra sin protesta del comitente (S. de 21 junio 1982 [RJ 1982, 3435], anotada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en *ADC*, 1983, pgs. 347-349), o de la presencia constante del dueño de la obra y de su cónyuge en la obra (S. de 26 diciembre 1979 [RJ 1979, 4454], anotada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en *ADC*, 1980, pgs. 1100-1101), o cuando se hace modificación a la vista, ciencia y paciencia del comitente que, por ejemplo, visita con frecuencia la obra sin formular oposición alguna a las obras no previstas en el contrato presupuesto (S. 24 de abril de 1989 [RJ 1989, 3258], también cuando la autorización no es del comitente, sino del Arquitecto o Dirección Facultativa (SSTS de 23 marzo 1992 [RJ 1992, 2222], 16 febrero 1995 [RJ 1995, 854], 20 marzo 1998 [RJ 1998, 1710]), del hecho de pagar más de lo convenido en el presupuesto originario (S. de 31 marzo de 1982 [RJ 1982, 1553], anotada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en *ADC*, 1982, pgs. 952-953) o pagar sin hacer reserva o protesta de la certificación o factura que abarca el aumento (S. de 23 noviembre 1987 [RJ 1987, 8643]), llegándose a apreciar, incluso, la concurrencia del consentimiento en quien aprovecha la obra (S. de 26 de junio de 1998 [RJ 1998, 5016]).

Quizás apreciación tan amplia acerca de la autorización del comitente al aumento de obra no responda más que al fin de evitar una injusta situación en la que, conociendo dicho aumento el comitente, sin oposición alguna, se prive al ejecutor o contratista de reclamar lo que legítimamente le corresponde frente

al beneficiado por ese aumento de obra, con lo que se está haciendo clara alusión a la doctrina de la interdicción del enriquecimiento injusto o, mejor dicho, injustificado, en cuya virtud nadie debe enriquecerse a expensas de otro: «nemo debet lucrari ex alieno damnum» (v. un caso muy similar al que motiva estas líneas en la S. de 3 julio 1990 [RJ 1990, 5769]), todo ello, claro está, tomándose en cuenta la buena fe que ha de gobernar siempre el cumplimiento de los contratos.

Sin embargo, nos parece que la jurisprudencia se excede en su interpretación del consentimiento tácito y, en definitiva, del silencio, puesto que para poner en marcha lo dispuesto por el artículo 1593 CC basta con la ausencia de reparos a las variaciones en la obra inicialmente convenida en el contrato.

Preciso es destacar que el problema de si las obras en que se sustenta el pretendido aumento de precio estaban o no autorizadas por el dueño constituye o envuelve a la hora del recurso de casación una cuestión de hecho de libre determinación por el juzgador de instancia (SSTS de 31 marzo 1982 [RJ 1982, 1553], 28 febrero 1986 [RJ 1986, 938], 25 enero 1989 [RJ 1989, 126] y 15 marzo 1990 [RJ 1990, 1698], 28 marzo 1996 [RJ 1996, 2199] 2 julio 1998, [RJ 1998, 5209] entre otras), demostración que puede efectuarse por cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento legal admite como hábiles al efecto (S. de 31 marzo 1982 [RJ 1982, 1553]), debiendo el contratista probar para el éxito de su reclamación tanto que las obras han sido efectivamente realizadas, como que las mismas no se encontraban en el Proyecto y Presupuesto concertado y que fueron realizadas con la autorización del dueño de la obra (S. de 8 febrero 1991 [RJ 1991, 1158]), punto este último en el que queremos especialmente insistir, pues creemos que los conflictos –de lo más diverso– suscitados entre la propiedad y el contratista con ocasión de los aumentos de obra han de reconducirse, en última instancia, a una cuestión meramente probatoria.

Con anterioridad hemos hecho alusión al carácter de derecho dispositivo del que goza el artículo 1593 CC que con reiteración ha sido señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, nota esta que implica la posibilidad para las partes de pactar un régimen regulador de los aumentos de obra y su consiguiente repercusión en el precio, sea exigiendo el cumplimiento de ciertas formalidades para habilitar la realización de trabajos «extras», sea predisponiendo un sistema de fijación de precio para toda modificación que se haya de realizar, lo cual supone una vuelta a la regla del Proyecto de 1851 (CADARSO PALAU: «Notas en torno a algunas vicisitudes», cit., pg. 205), pactos lícitos en virtud del principio de libertad de contratación que proclama el artículo 1255 CC y que habrían de ser preferentes sobre lo dispuesto en el artículo 1593 del mismo Texto Legal.

Pues bien, sorprendentemente la jurisprudencia mayoritaria se muestra poco respetuosa con esa reglamentación convencional establecida por las partes, considerando bastante el consentimiento tácito del comitente, dándose juego a los criterios hermenéuticos contenidos en los artículos 1281 y 1282 CC (SSTS de 21 octubre 1980 [RJ 1980, 3632], 16 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4542], anotada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en *ADC*, 1984, pgs. 900-901, 14 julio 1986 [RJ 1986, 4508], 3 julio 1990 [RJ 1990, 5769]), siendo pocas las sentencias que dan el valor que se merece a la disciplina contractual prevista para las alteraciones en la obra (SSTS de 30 noviembre de 1976 [RJ 1976, 360], 22 diciembre 1977 [RJ 1977, 443] y, más recientemente, 13 marzo 1997 [RJ 1997, 4650], en la que el Tribunal Supremo enjuicia un contrato de obra en cuya cláusula novena, bajo la rúbrica «modificación del proyecto», las partes habían acordado que «por ningún motivo y bajo ningún pretexto se podrán efectuar modificaciones del proyecto y sus anexos sin conformidad de las partes. Cuando fuese preciso realizar unidades de obra, cuyo precio no esté comprendido en este contrato o variaciones en las calidades ofertadas se fijarán por escrito, “a priori”, los precios a que dieran lugar dichas unidades o variaciones, su forma de pago y su incidencia en los acuerdos establecidos, con la conformidad del contratista y la Comunidad [la propiedad]», desestimando el Tribunal Supremo el recurso interpuesto por el contratista por no haberse adoptado para la exigencia del precio que se reclama las previsiones contractuales libremente pactadas –F. 1º–).

De este modo, pese a no constar la autorización expresa del propietario-comitente a las obras adicionales efectuadas por el contratista, quien para ello no ha seguido las específicas cargas formales absolutamente exigibles para cualquier modificación contractual que implique aumento de obra pactadas por las partes en el contrato de obra, nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con una muy consolidada doctrina jurisprudencial, estima que ha existido una autorización tácita a aquél suficiente para excluir la propia formalidad autorizante prevista, postura esta que nos parece, cuando menos, poco rigurosa y, en consecuencia, desconcertante, habida cuenta de que constriñe al comitente al abono del sobrecosto, incluso, cuando

la modificación contractual que supone aumento de obra esté sometida, por expreso deseo de las partes, a ineludibles cargas formales.

II. CONCLUSIONES

La sentencia que motiva este comentario nos ofrece la oportunidad de comprobar cuál es la postura que adopta casi siempre el Tribunal Supremo cuando las partes han previsto expresamente en el contrato de obra un régimen convencional a seguir en previsión de aumentos de obra.

La estipulación octava del contrato de obra objeto del pleito establecía la necesidad de suscribir un documento que autorizara la ejecución de obras no pactadas en dicho contrato, pacto lícito en virtud del principio de autonomía de la voluntad que contiene el artículo 1255 CC, cláusula que deja ver con claridad que el contratista no podía ejecutar nunca las obras adicionales sin el acuerdo expreso del comitente.

Siendo ello así, y quedando probado que las obras realizadas «a mayores» fueron realizadas por el contratista por orden expresa del Arquitecto-Director de la obra –facultativo al que se le reconoce en el contrato un poder de dirección de las obras al que ha de someterse el contratista y que, según tiene afirmado la jurisprudencia (v. *supra*), puede autorizar el aumento de precio «ex» artículo 1593 en lugar del comitente, aunque, de acuerdo con lo contemplado por las partes en la citada estipulación octava del contrato, debía consignar su autorización en forma documental–, se atempera –por decirlo de algún modo– la exigencia expresamente pactada de autorización escrita, concluyéndose que la propiedad consintió dichas variaciones, puesto que, según sostiene la sentencia de apelación –recurrida ante el Tribunal Supremo en casación que, como se sabe, fue desestimada–, *no consta su oposición a las mismas, y hay que deducir su conocimiento pues las obras referidas se corresponden con un apuntalamiento de la fachada* (F. 4º).

Nos parece que el artículo 1593 CC, con la pérdida de rigor respecto de su precedente del Proyecto de 1851 al eliminar la exigencia de forma escrita para la autorización del dueño ha provocado que la justificación que hacía GARCÍA GOYENA del precepto del Proyecto deba invertir sus términos. La «ratio» de la norma parece ser hoy la de evitar *los abusos de los dueños de la obra*, arbitrándose, de este modo, un sistema de protección de los intereses del contratista frente a posibles maniobras torticeras del comitente. Ni la una ni la otra.

La razón de que la inmodificabilidad de lo convenido sea «más verbal que real» (SALVADOR CODERCH: *Com. M. Justicia*, cit., pg. 1200), es, a nuestro juicio, la insuficiente solución que el legislador ha dado a los problemas que suscitan las variaciones o modificaciones en el contrato de obra –muchos, por cierto– y la manera de aplicar la jurisprudencia la norma, dejándola, de alguna manera, vacía de contenido.