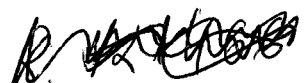


*UNIVERSIDAD DE SEVILLA*

**EL AUMENTO DE OBRA EN LA LEGISLACIÓN Y EN  
LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y CHILENA**

Sevilla, Mayo 2002

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. V. López', located in the bottom right corner of the page.

TD318/1

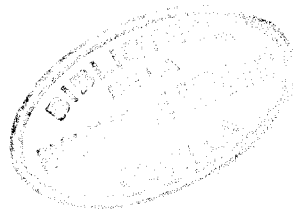
UNIVERSIDAD DE SEVILLA  
SECRETARIA GENERAL

Queda registrada esta Tesis Doctoral  
al folio 8 número 116 del libro  
correspondiente

Sevilla, 24 de mayo de 2002

El Jefe del Negociado de Tesis,

*Rosa Holm*



TD-318 / 1

19088310

R. 120523

*Memoria que presenta la Licenciada D<sup>a</sup>. LAURA ELVIRA ALBORNOZ POLLMANN, para la colación del grado de Doctor en Derecho, bajo la dirección del Dr. D. ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla y la Dra. D<sup>a</sup>. INMACULADA VIVAS TESÓN, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.*

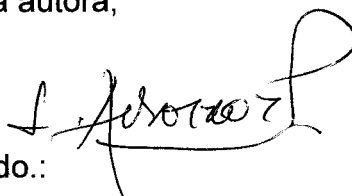
Vº. Bº.

Los Directores

  
Fdo.: 

Ángel M. López y López  
Inmaculada Vivas Tesón

La autora,

  
Fdo.:

Laura Albornoz Pollmann

## INDICE-SUMARIO

<i>Abreviaturas utilizadas</i> .....	1
Ante todo, una delimitación del objeto de estudio: un doble análisis.....	2
El contrato de <i>arrendamiento de obra</i> : una impropia denominación hoy ya superada.....	7

### PARTE PRIMERA

#### **EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA A SUMA ALZADA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Comentarios previos.....	25
--------------------------	----

### CAPÍTULO I

#### **UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO**

I. UN ARTÍCULO INMERSO EN UNA DEFICIENTE REGULACIÓN LEGAL.....	27
II. CONFINES DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA CON OTROS CONTRATOS.....	31
2.1. Contrastes con el contrato de servicios.....	32
2.2. Contrastes con el contrato de mandato.....	38
2.3. Contrastes con el contrato de compraventa.....	42
III. EL SUMINISTRO DE MATERIALES PARA LA REALIZACIÓN DE LA OBRA.....	46



**CAPÍTULO II**  
**EL AUMENTO DE OBRA: UN ANÁLISIS EXEGÉTICO**  
**DEL ART. 1593 CC.**

Previo	54
<b>I. "El arquitecto o contratista..."</b>	<b>56</b>
1.1. El arquitecto como profesional liberal	56
1.2. El arquitecto como empresario	60
1.3. La principal obligación del contratista: realizar la obra de acuerdo a lo pactado en el contrato y según la <i>lex artis</i>	64
1.3.1. Ejecución de obra según lo pactado	64
1.3.2. <i>Lex artis</i>	65
1.4. Naturaleza de la obligación del contratista: una obligación de hacer y de resultado	67
1.4.1. Obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa	69
1.4.2. Obligaciones de medios y de resultado	71
1.4.3. En particular, la obligación que asume el contratista	76
1.4.3.1. Obra encargada en atención a sus cualidades personales	81
1.4.3.2. Participación en la obra de otros sujetos: auxiliares y subcontratistas	83
1.4.3.3. La acción directa del art. 1597 Cc.: sus titulares	87
1.5. La responsabilidad del contratista	93
1.5.1. Riesgos	93
1.5.2. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso o incumplimiento del contrato	99
1.5.2.1. Imputable al contratista	101
1.5.2.2. Inserción de una cláusula penal en el contrato por cumplimiento extemporáneo	102
1.5.2.3.a). Posibilidad o imposibilidad de su moderación ex art. 1154 Cc.	103
1.5.2.3.b) Exigibilidad o no de la cláusula penal: ante un aumento de obra; si existe retraso consentido; tras la recepción de la obra sin reservas	106
1.5.3. Responsabilidad extracontractual por daños a terceros	111
1.5.4. Responsabilidad constructiva ex art. 1591 Cc. y LOE	117

II. <b>"...que se encarga por un ajuste alzado..."</b> .....	124
2.1. El contratista ejecuta la obra por "precio cierto".....	124
2.2. Las modalidades retributivas previstas en el Código.....	128
2.2.1. Por piezas o unidades de medida.....	130
2.2.2. Por ajuste o precio alzado.....	133
2.2.2.1. Un componente aleatorio.....	135
2.2.2.2. La cláusula de revisión de precios.....	140
2.2.3. Un sistema de pago no contemplado: el contrato de obra "por administración" o "economía".....	144
III. <b>"...de la construcción de un edificio u otra obra..."</b> .....	146
3.1. El objeto del contrato.....	146
3.2. Ejecución de una obra sobre bien inmueble y mueble: el derecho de retención ex art. 1600 Cc.....	150
IV. <b>"... en vista a un plano convenido..."</b> .....	159
4.1. Necesidad o no de un plano.....	159
4.2. Error en el plano: ¿quién debe asumir las consecuencias?.....	163
V. <b>"...con el propietario del suelo..."</b> .....	165
5.1. El dueño o comitente.....	165
5.2. Obligaciones del dueño de la obra.....	168
5.2.1. Obligación de recibir la obra: la denominada recepción a <i>satisfacción del propietario</i> .....	169
5.2.2. Obligación de pagar el precio.....	177
5.2.3. Obligación de soportar los riesgos: supuestos.....	182
VI. <b>"...no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales..."</b> .....	183
6.1. El principio de invariabilidad del precio de la obra ajustado alzadamente.....	183
6.2. Una norma de tinte francés. Su paso al Código español.....	187
6.3. Una regla desvirtuada: la aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> al contrato de ejecución de obra.....	190
VII. <b>"...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..."</b> .....	196
7.1. El art. 1593 Cc. es una norma dispositiva.....	197
7.2. La relatividad del <i>precio alzado</i> .....	198
7.2.1. El <i>cambio autorizado</i> a la luz de la jurisprudencia.....	202
7.2.2. El <i>ius variandi</i> .....	207
7.5. Un supuesto olvidado: las reducciones de obra.....	210

VIII. Apéndice: el aumento de obra en el contrato de ejecución de obra pública a ajuste alzado.....	212
---	-----

## PARTE SEGUNDA

### **EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN A PRECIO ÚNICO PREFIJADO EN EL DERECHO CHILENO**

Una obligada aclaración.....	217
------------------------------	-----

#### **CAPÍTULO I UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO**

I. UNA MIRADA GLOBAL.....	220
II. LA CONFECCIÓN DE UNA OBRA MATERIAL: UNA DOBLE CALIFICACIÓN.....	222
III. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN EN EL ORDENAMIENTO CHILENO.....	225
3.1. Su definición.....	225
3.2. Sus características esenciales.....	226
3.3. Su comparación con otros tipos contractuales	231
3.3.1. Con el contrato de compraventa.....	231
3.3.2. Con el contrato de arrendamiento.....	238
3.3.3. Con la prestación de servicios o contrato de trabajo.....	244
3.3.4. Con el contrato de mandato.....	249
3.4. Determinación del precio.....	252
3.5. La teoría del riesgo y la responsabilidad en el contrato de ejecución de obra: aspectos generales.....	254

#### **CAPÍTULO II EL AUMENTO DE OBRA: UN ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ART. 2003 CC.**

Previo.....	261
I. <i>“Los contratos para construcción de edificios...”</i> .....	263
1.1. El término construcción.....	265
1.2. Qué se entiende por edificio.....	266
1.3. La importancia del terreno como materia suministrada para la ejecución de la obra.....	269

II. “...celebrados por un empresario...” .....	276
2.1. Contenido de la voz <i>empresario</i> .....	276
2.2. Intervención del arquitecto como mandatario del propietario.....	276
2.3. La figura del contratista.....	278
2.3.1. Pluralidad de contratistas.....	282
2.3.2. Los subcontratistas.....	283
III. “...que se encarga de toda la obra...” .....	284
3.1. Necesaria correspondencia de la obra con el proyecto y la <i>lex artis</i> .....	284
3.2. Ejecución debida de la obra.....	286
3.3. Ejecución oportuna de la obra.....	288
3.4. Estipulación de cláusula penal.....	292
IV. “...por un precio único prefijado...” .....	295
4.1. Fijación del precio en el contrato de ejecución de obra chileno.....	295
4.1.1. Contrato pactado por series de precios o por unidades de medida.....	296
4.1.2. Contrato de arrendamiento de servicios o por administración delegada.....	297
4.1.3. El contrato llave en mano.....	299
4.1.4. Contrato a precios máximos o cost-plus.....	300
4.1.5. Contrato de ejecución de obra a suma alzada.....	301
4.2. En particular, el contrato a precio único prefijado del art. 2003 Cc.....	303
V. “...se sujetan además a las reglas siguientes...” .....	305
<b>Primera regla</b> .....	305
<b>Segunda regla</b> .....	310
5.1. La fuerza obligatoria del contrato y la aplicación del riesgo imprevisto en el contrato de ejecución de obra a suma alzada .....	314
<b>Tercera regla</b> .....	327
5.2. Requisitos para que opere la acción contenida en el núm. 3 del art. 2003 Cc.....	336
5.3. El régimen de responsabilidad incorporado por la Ley núm. 19.472 de 16 de septiembre de 1996 a la Ley General de Urbanismo y Construcciones.....	339
<b>Cuarta regla</b> .....	344
5.5. La recepción de la obra: tipos utilizados en la práctica.....	345
5.5.1. Recepción provisoria.....	345
5.5.2. Recepción definitiva.....	345

<b>Quinta regla</b> .....	348
5.6. Brevemente, el aumento de obra en los contratos de ejecución de obra a ajuste alzado de la Administración Pública.....	353
<b>UNA BREVE NOTA DE CONFRONTACIÓN</b> .....	361
<b>Consideraciones conclusivas</b> .....	366
<b>ANEXO JURISPRUDENCIAL</b> .....	374
Bibliografía consultada.....	380

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
B.O.	Boletín Oficial
C.Ap.	Corte de Apelaciones
C.S.	Corte Suprema de Chile
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
D.O.	Diario Oficial
E.J.B.	Enciclopedia Jurídica Básica
L.C.A.P.	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
N.D.I.	Novissimo Digesto Italiano
N.D.L.Aranz.	Nuevo Diccionario de Legislación de Aranzadi
R.A.P.	Revista de Administración Pública
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.J.	Revista Derecho y Jurisprudencia
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial
R.D.Pat.	Revista de Derecho Patrimonial
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
R.F.M.	Revista Fallos del Mes
R.G.D.	Revista General del Derecho
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.G.T.	Revista Gaceta de los Tribunales
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña
R.J.E.	Revista Jurídica Española
R.L.J.	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia

## **Ante todo, una delimitación del objeto de estudio: un doble análisis**

La investigación que se abre en las próximas páginas analiza un tipo contractual que, en los Ordenamientos español y chileno, se ha dado en denominar *arrendamiento de obra*<sup>1</sup>.

Precisando aún más, diremos que el objeto del presente estudio es, exclusivamente, el art. 1.593 Cc. español y el art. 2.003 del Cc. Chileno, es decir, el análisis comparado del *contrato de obra a ajuste, precio o suma alzada*, y, en particular, los *aumentos de obra*, en ambos Ordenamientos, y su tratamiento por la doctrina y jurisprudencia española y chilena.

Casi con toda seguridad, lo apenas dicho causará enorme sorpresa, pues, a primera vista, el sólo análisis contrastado de dos preceptos, aun llevado a cabo con la máxima profundidad, puede que parezca insuficiente para justificar la realización de una tarea investigadora de gran magnitud como la que aquí se pretende. Al respecto, debemos señalar que, contradiciendo tal pensamiento, la sorpresa es del todo infundada.

---

<sup>1</sup> El contrato de arrendamiento de obra aparece mencionado, en primer término, en el Libro IV, Título VI, Capítulo I del Código civil español, denominado *Del contrato de arrendamiento*. Concretamente, se refieren a él los arts. 1542 y 1544 Cc. que señalan, respectivamente: "El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios", y, "En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto". Sin embargo, su tratamiento más detallado, no se hace sino en la Sección 2ª, *De las obras por ajuste o precio alzado*, integrante del Capítulo III del mismo Título, denominado, *Del arrendamiento de obras y servicios*, que abarca desde los arts. 1588 al 1600 Cc., ambos inclusive.

Tratándose del Código civil chileno, diremos que el arrendamiento como contrato se encuentra regulado en el Libro IV, Título XXVI, cuyo Párrafo 8 trata *De los contratos para la confección de una obra material*, sin asignarle una denominación específica a esta modalidad contractual, salvo cuando se refiere en el art. 2003 Cc. al contrato de arrendamiento a suma alzada, que lo llama *contrato de construcción de edificios*, como tendremos oportunidad de ver más adelante al estudiar detalladamente dicho precepto.

Por su parte, en el Derecho Italiano, el arrendamiento tiene dos formas: la "locazione" (art. 1571 del *Codice civile*), o arrendamiento de cosas, muebles e inmuebles, y el arrendamiento de obra. Este último, puede ser de dos modalidades distintas; el *appalto* y el *contratto d'opera*.

El "appalto", se define según el art. 1655 del *Codice civile* como:

*"Un contrato por el cual una parte (appaltatore) asume, con organización de los medios necesarios y con la gestión a su propio riesgo, la obligación de cumplir para con la otra parte (comitente o appaltante) una obra o un servicio, a cambio de una contraprestación en dinero".*

El *appalto*, se diferencia del *contratto d'opera*, en que, atendida la particularidad de la obra, su ejecución supone la organización en empresa del contratista<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Como señala **LARENZ, Karl**: *Derecho de obligaciones*, T. II, versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 305, al afirmar que "el contrato de obra es un contrato bilateral por el que una parte se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra por la realización de una obra". Insiste, luego, en que "la obra puede consistir en la creación o modificación de una cosa y también en cualquier otro resultado a producir por el trabajo o la prestación de servicio (parágrafo 631), pero el trabajo o la prestación de servicios -señala- no son debidos como tales en el contrato de obra, sino sólo como medios para el resultado a obtener"; por su parte, **PÉREZ GONZÁLEZ, Blas/ALGUER, José**: Notas a la trad. del *Tratado de Derecho civil*, apéndice del Código civil alemán, de Ludwig ENNECCERUS, revisada por Henrich LEHMANN, Edit. Bosch, Barcelona, 1955, p. 131, señalan que en el contrato de obra, los elementos personales son: el *Unternehmer* o persona que se compromete a la realización de la obra y a que denominan "artífice" y el *Besteller* que es el que se encarga de la obra y al que designan "comitente", aún cuando esta traducción de "Besteller" por "comitente", afirman PEREZ Y ALGUER, quizá no sea muy correcta, pero la prefieren a tener que utilizar la de "el que encarga la obra".

<sup>9</sup> Diferencia ambas modalidades **BARBERO, Domenico**: *Sistema del Derecho privado*, T. IV, *Hechos constitutivos de la obligación, contratos*, trad. de Santiago SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1967, pp. 138 y 139, al señalar "dos esquemas totalmente afines, diferentes, diríamos más por el tamaño que por la calidad del fenómeno, son los



En el *appalto*, el arrendador, para ejecutar la obra, se sirve, como es lógico, bajo su dirección y responsabilidad, del trabajo subordinado de otras personas, mientras que el artesano, que es figura típica del contratante como trabajador en el contrato de obra, emplea, preferentemente, el trabajo propio o de miembros de su familia (art. 2222 *Codice civile*).

Sin embargo, ambas modalidades presentan rasgos comunes, como son, la independencia, la responsabilidad del contratista y la asunción de los riesgos, en el sentido de que si la obra no llega al fin contractualmente deseado, el comitente no sólo no está obligado a dar la compensación pactada, sino que puede pasar a ser acreedor de un resarcimiento de los daños (arts. 1688 y 2226 *Codice civile*)<sup>10</sup>.

Por su parte, el Código civil Portugués, en el Libro II, Título II, Capítulo XII, hace referencia a *Das empreitadas*, señalando en su art. 1207, que:

---

contratos de *contrata* y de *obra*, contenidos ambos, en la antigua terminología de la locación de obra (*locatio operis* de los romanos).

- a. El *appalto* es un contrato por el cual, mediante la organización de los medios necesarios y con gestión a propio riesgo, una de las partes llamada contratista, asume la obligación de cumplir por la otra una obra o un servicio, contra compensación en dinero (art. 1655 *Codice civile*).
- b. El *contratto d'opera* consiste también en obligarse contra una determinada compensación, a cumplir una obra o un servicio por la otra parte contratante, con medios propios y a propio riesgo y, por lo tanto, sin relación de subordinación respecto del comitente (art. 2222 *Codice civile*).

En el mismo sentido, **STOLFI, Mario**: Voz "*Appalto (contratto di)*" en *Enciclopedia del Diritto*, T. II, Giuffrè Editore, p. 631 y **CIAN, Giorgio/TRABUCCHI, Alberto**: *Comentario breve al Codice civile*, Capo VI, *Dell Appalto*, Edit. Cedam, Padova, 1981, pp. 684 y 685, quien señala "el *appalto*, se distingue del *contratto d'opera* en que no se trata propiamente de un contrato personal, sino que éste debe ser ejecutado por una mediana o gran empresa"; v., además, **AMIRANTE, Luigi**: Voz "*Locazione: in generale*", en *Novísimo Digesto Italiano*, T. IX, Turín, 1963, pp. 992 y ss; **MASI, Antonio**: Voz "*Locazione (storia)*", en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXIV, Giuffrè Editore, Roma, 1974; **ABELLO, Luigi**: *Trattato de la locazione*, T. II, *Locazione di opera, Appalto*, Nápoles, 1922 y **SANTORO PASSARELLI, Francesco**: Voz "*Opera (contratto di)*", T. XI, en *Novísimo Digesto Italiano*, Turín, 1965.

*“Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”<sup>11</sup>.*

En los Ordenamientos americanos, el art. 1493 del Código civil argentino denomina *contrato de locación de obra* a este tipo contractual, prescribiendo:

*“Habrá locación de obra cuando dos partes se obliguen recíprocamente la una a ejecutar una obra y la otra a pagar por ella un precio determinado de dinero”<sup>12</sup>.*

Por su parte, el Código civil de Venezuela, hace referencia a él denominándolo *contrato de obras*<sup>13</sup>. Así, dispone en su art. 1630:

*“El contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinados trabajos por sí o bajo su*

---

<sup>11</sup> La redacción original del Código de 1867, contenida en el art. 1396 rezaba: *“Dá-se o contracto de empreitada, quando algum ou alguns individuos se encarregam de fazer certa obra para outrem, com materiaes subministrados, quer pelo dono da obra, quer pelo empreiteiro, mediante certa retribuicao proporcionada á quantidade do trábhalho executado”.*

<sup>12</sup> Sobre la redacción del artículo mencionado, **FORTUNATO GARRIDO, Roque/ZAGO, Jorge Alberto**: *Contratos civiles y comerciales*, T. II, Parte especial, Edit. Universidad, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 350, nos dicen, siguiendo a VÉLEZ SANSFIELD (redactor de dicho Cuerpo legal), que la denominación de las partes en el contrato debe quedar precisada, para prevenir de este modo, el error en que se incurría en el Derecho romano, donde al que pagaba el precio, en la locación de obra, se le llamaba *locador*, y al que lo recibía se le denominaba *locatario*; ese error -afirman los autores- no puede darse, ya que la doctrina ha considerado que en la locación de obra es más conveniente usar la denominación de *empresario* para quien ejecuta la obra, y de *dueño de la obra*, para quien pagará el precio una vez obtenido el resultado.

<sup>13</sup> De igual forma que el Código civil de Perú, que en su Libro VII, Sección II, Título IX, Capítulo II, art. 1771 nos dice: “Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada, y el comitente a pagarle una retribución”, y el Código civil de México, que regula, concretamente, en su Capítulo III, el *contrato de obra a suma alzada* arts. 2616-2645 Cc. llamándolo de esta manera.

*dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle”.*

Por último, el Código civil de Uruguay, denomina al contrato que estudiamos como *arrendamiento de obra*, diciéndonos su art. 1831:

*“Habrá arrendamiento de obra cuando una de las partes se hubiere obligado a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero”.*

Si nos fijamos en la denominación que del contrato se hace en los Ordenamientos español y chileno<sup>14</sup>, vemos cómo los autores que se han ocupado de la materia, prefieren, mayoritariamente, llamar a la figura en estudio *contrato de ejecución de obra, contrato de obra o contrato de construcción*<sup>15</sup>, abandonando el *nomen iuris* de *arrendamiento* con el que

---

<sup>14</sup> V. *supra* nota 1.

<sup>15</sup> En la doctrina española, a favor de la denominación de *contrato de ejecución de obra* se encuentran, entre otros, **SANTOS BRIZ, Jaime**: “El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica”, en *R.D.P.*, 1972, p. 335, quien piensa que hay que desechar la terminología de “contrato de arrendamiento” por considerarla anacrónica y la de “contrato de empresa” por basarse en un criterio exclusivamente económico, y se pronuncia por un término más moderno como es el “contrato de ejecución de obra”, que estima “la terminología más aceptable”; por su parte, **ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis (Coord.)**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, T. V (art. 1.445 a 1.603), Edit. Trivium, Madrid, 2000, p. 1552, señala que “al contrato de arrendamiento de obra lo preferimos llamar *contrato de ejecución de obra*”.

Entre los autores que optan por denominarlo *contrato de obra* destaca **NART, Ignacio**: “Contrato de obra y empresa”, en *R.D.P.*, 1951, p. 817; **LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por Manuel Albaladejo), T. XX, vol. II (art. 1.583 a 1.603 del Cc.), Edersa, Madrid, 1986, p. 173, quien expresa: “nos inclinamos por la denominación de *contrato de obra* suprimiendo el término *arrendamiento*, dada la autonomía que aquél tiene respecto de éste (...); a su vez, y dada la gran variedad de modalidades que en el objeto de este contrato se presentan en la práctica, es preciso indicar aquí la tendencia actual hacia la individualización de alguna de ellas. Tal ocurre, en el Derecho civil con el contrato de obra que tenga por objeto la erección de un edificio, o su reparación o refacción, y que con denominación propia se califica ya como *contrato de construcción de edificios*, aun reconociendo que se trata de una modalidad de contrato de obra”; por el mismo camino, **MULLERAT BALMAÑA, Ramón María**: “La denominación del contrato

lo califican los Códigos civiles español y chileno, por entender que no le corresponde tal designación, principalmente, debido a que el contrato de arrendamiento es un contrato esencialmente de tracto sucesivo en el que se obtienen utilidades temporales por el uso y goce de la cosa entregada en arriendo, y estas características no se presentan en el contrato de arrendamiento de obra<sup>16</sup>.

---

de construcción", en *R.J.C.*, núm. 3, 1977, pp. 177- 179, afirma que cuando el objeto del contrato de obra o de ejecución de obra es la realización de un edificio, el contrato debe denominarse "contrato de construcción de edificio"; **SALVADOR CODERCH, Pablo**: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, T. II, ex art. 1588, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1176; asimismo, **VIVAS TESÓN, Inmaculada**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998", en *R.D.Patr.*, 1999, p. 317, opta por denominar "contrato de obra" al objeto de nuestro estudio; **LASARTE ALVAREZ, Carlos**: *Principios de Derecho civil*, T. III, Edit. Trivium, Madrid, 2001, p. 353, considera que, "esta concepción del contrato de obra como de arrendamiento hay que entenderla totalmente desfasada, por lo que la doctrina trata de evitar la denominación de *arrendamiento de obra*, llamándolo *contrato de obra*, *contrato de empresa*, *contrato de ejecución de obra* o incluso *contrato de industria*", pero este autor, en definitiva, parece decantarse por la primera de las citadas denominaciones; por último, destacamos a **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio**: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Edit. Técnos, 9º ed., Madrid, 2001, p. 380, quienes apuntan: "siguiendo una terminología superada y una concepción no menos superada del arrendamiento como figura unitaria, el Código civil ve en el contrato de obra una modalidad arrendaticia"; así las cosas y sin mediar planteamiento alguno acerca del nombre más acertado, los autores se inclinan por calificarlo como *contrato de obra*.

En la doctrina chilena, **ILLANES RIOS, Claudio**: "El contrato de construcción a suma alzada", en *Revista del Abogado*, núm. 372, Santiago, junio de 1996, p. 2, lo denomina *contrato de construcción*; de igual forma lo hacen **PUELMA ACORSSI, Alvaro**: "Contrato de construcción y la quiebra", *Idem*, núm. 371, Santiago, mayo de 1996, p. 2 y **CONTRERAS STRAUCH, Oscar/PRADO PUGA, Arturo**: "El contrato de construcción y sus principales garantías", *Idem*, núm. 373, Santiago, junio de 1996, p. 4.

<sup>16</sup> Entre los autores españoles, aluden a la cuestión **CADARSO PALAU, Juan**: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 25, señalando que no corresponde calificar al contrato de obra dentro de la categoría de los arrendamientos; **PUIG BRUTAU, José**: *Compendio de Derecho civil*, vol. II, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 421 y 422, quien afirma que es anacrónico calificar, al contrato de ejecución de obra como arrendamiento; igualmente, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Ob., cit.*, p. 173, nos dice que "la mayor parte de la doctrina española actual, con notables excepciones, parece conforme en señalar la impropiedad de calificar al contrato como de arrendamiento"; **LASARTE ALVAREZ**: *Ob., cit.*, p. 353, quien de igual forma que los autores anteriores afirma que la concepción del Código civil de entender el contrato de obra como de arrendamiento, "hay que entenderla totalmente

A lo anterior se suma una tendencia consagrada firmemente en la doctrina, acorde en la idea de que la teoría unitaria del arrendamiento no tiene hoy otra justificación que el respeto a un precedente histórico completamente superado.

Ciertamente, la teoría unitaria del arrendamiento carece de motivo en la actualidad, y es un remanente de la clasificación de la categoría romana de la *locatio conductio*, que englobaba una relación entre contratos que consideramos diferentes entre sí, y que, a la fecha, se traduce en la distinción entre arrendamiento de cosas, de obra y de servicios.

La diferenciación entre los tipos de *locatio conductio* (*locatio conductio rei*, *locatio conductio operis*, y *locatio conductio operarum*) es totalmente desconocida para el Derecho Romano, que conoció un tipo contractual indivisible, configurado sobre una idea distinta a la nuestra<sup>17</sup>.

---

desfasada"; **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS**: *Ob., cit.*, p. 380, destacan que el propio Código desecha en la regulación de este contrato la terminología de *arrendador* y *arrendatario* para denominar a las partes del mismo, pues habla de *dueño* o *propietario* para referirse al acreedor de resultado y de *contratista* para aludir al que debe dicho resultado, por lo que, los autores estiman que es pertinente designar como *comitente* al primero de ellos, y como *contratista* al segundo, y al contrato como *de obra*; y **LINARES NOCI, Rafael**: *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, Edit. Trivium, Madrid, 2001, p. 22, quien afirma que tratándose del contrato de obra, a diferencia del de arrendamiento, el resultado o producto obtenido lo es por sí sólo, o unido éste con una cosa material, pero, en cualquier caso, con carácter perpetuo.

En la doctrina chilena, en el mismo sentido, se pronuncia, por todos, **ILLANES RIOS, Claudio**: "Aspectos relevantes del contrato de construcción, Teoría del riesgo, obras extraordinarias e imprevisibilidad", en *Boletín del Centro de Documentación del Ministerio de Obras Públicas*, Santiago, agosto de 2000, p. 2, quien afirma que la posición mayoritaria de la doctrina es desprender el *contrato de construcción* del contrato de arrendamiento.

<sup>17</sup> Acerca de la figura jurídica romana de la *locatio conductio*, autores romanistas como **MIQUEL, Joan**: *Derecho privado romano*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992, p. 326, afirma que bajo dicho nombre encasillaban los romanos una cantidad de situaciones con fines económicos variados; "este enfoque vicioso -señala el autor- ha pasado a los Ordenamientos jurídicos modernos que, agrupan bajo el denominador común de arrendamiento, situaciones tan diversas como pueda ser el arrendamiento de una casa o el contrato de trabajo"; con una orientación semejante, **IGLESIAS, Juan**: *Derecho*

“La nota común en los diversos tipos de arrendamientos es su carácter remuneratorio, y es la naturaleza de la prestación que se realiza a cambio

---

*Romano: Instituciones de Derecho Privado*, Edit. Ariel, Barcelona, 1987, pp. 441 y 442, quien apunta: “ni Gayo, en las escasas letras dedicadas a la *locatio conductio*, ni Ulpiano y Paulo, en sus comentarios sistemáticos a la materia, tratan separadamente los casos que los intérpretes modernos agrupan en tres categorías”; por su parte, **ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A.**: *Derecho romano*, T. II, *Obligaciones, Familia. Sucesiones*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 653, señalan: “esta tripartición del contrato es inadecuada para el Derecho actual, en el que las modalidades de los dos últimos términos (contrato de trabajo y empresa) han adquirido un auge y una tipificación independiente del viejo contrato de arrendamiento; y es también objeto de controversia en su adaptación al Derecho romano” y, en igual sentido, **FUENTESECA, Pablo**: *Derecho privado romano*, Edit. Sánchez, Madrid, 1978, pp. 270-272.

Acerca del arrendamiento de obra, el que aquí más nos interesa, **D'ORS, Álvaro**: *Derecho privado romano*, Edit. Universidad de Navarra, 7ª ed., Pamplona, 1989, p. 509, entre otros, enseña que “la *locatio conductio* comprendía instituciones como la *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa), la *locatio conductio operis* (arrendamiento de obra propiamente tal) y la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios). En el segundo de los casos, es decir, en la *locatio conductio operis* o locación de obra, es el *locator* quien paga la merced por la obra cuya ejecución “coloca”, o pone a disposición de otro. En el caso puntual, dicho *locator* paga la merced para que ese otro le realice una obra para él. Bajo este último supuesto, las características esenciales que se desprenden de la *locatio conductio operis* son: ser un contrato consensual, ya que requiere para ello el mero consentimiento de las partes, bilateral perfecto, ya que de él emanan obligaciones para ambas partes en el contrato y de buena fe, al encontrarse protegido por acciones *ex fide bona*”.

Tal como lo aclara D'ORS, no se trata de cantidades de trabajo, sino de una obra encargada que el *conductor* debe entregar terminada, sobre una cosa que el *locator* ha puesto en sus manos con ese fin. Aunque esté prevista la entrega de la obra terminada, la obligación del arrendatario es de *facere* y, por tanto, indivisible. Por su parte, **TRAVIESAS, Miguel**: “Arrendamiento irregular de obra”, en *R.D.P.*, 1919, pp. 208 y 209, nos habla justamente de esta variante del contrato de arrendamiento de obra en Roma, la que denomina “arrendamiento irregular de obra”, y afirma que por este contrato “un sujeto, a cambio de una merced, se encarga de realizar una obra respecto de un objeto que recibe de otra persona, a la cual tiene que devolver, por obligación, otro objeto del mismo género”. Es -dice el autor- la *locatio conductio operis irregularis* de los intérpretes. En dichos casos, se transmite la propiedad de una cosa, para realizar una obra, mediante retribución, debiendo ser devuelta otra cosa del mismo género. En este tipo contractual, de presencia cotidiana, queda claro el objeto del contrato, y el precio que ha de pagarse por el trabajo a ejecutar, sin embargo, resulta absolutamente imprescindible fijar qué cosa constituye la materia de dicho trabajo. Según TRAVIESAS, la Ley no prevé el supuesto en que adquiera la propiedad del material el que ejecuta la obra, imponiéndose la obligación de devolver otra cosa del mismo género, por lo que no existe claridad si en este supuesto hay o no contrato de arrendamiento.

de lo que se paga, lo que hace aparecer como especial cada tipo de contrato; pero para los romanos lo fundamental era la circunstancia de que en todos esos casos se alquilaba algo (se colocaba: *locare*), bien fuera una cosa, o la ejecución de una obra o el trabajo de una persona, de que aparezca como *locator*, por un lado, el que proporciona el goce de la casa o finca, o el que presta los servicios (obrero), y por otro, en la llamada *locatio conductio operis*, el que encarga la obra, cuando nosotros, por el contrario, equipararíamos aquéllos al ejecutor de la obra, toda vez que viene obligado a realizar una prestación y por ella recibe una remuneración”<sup>18</sup>.

De todos modos, pese a la impropia denominación, no deja de ser curioso que el Código civil español ubique al contrato de ejecución de obra en sede de arrendamiento, y no utilice los términos *arrendador* o *arrendatario*, sino *contratista* y *propietario*<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Literalmente, **LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel**: “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, en *Contratos de servicios y de obra*, GONZÁLEZ GARCÍA (Coord.), Universidad de Jaén, 1996, pp. 27-51; en este mismo sentido, **SOLE RESINA, Judith**: *Arrendamiento de obras o servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 13, quien expresa que “el vocablo *locatio conductio*, se utilizaba para designar una serie de relaciones jurídicas que, con posterioridad, constituyeron contratos completamente diferenciados, como por ejemplo, la cesión de uso de una cosa, la cesión de resultado de un trabajo, o la cesión de un esclavo o trabajador libre, siempre a cambio de una contraprestación en dinero. Este errado enfoque, se ha traspasado, en la actualidad, a múltiples Ordenamientos jurídicos, que han regulado bajo un mismo denominador a instituciones tan diversas como puede ser el arrendamiento de una casa o el contrato de trabajo”.

<sup>19</sup> De esta forma, lo destaca **LASARTE ALVAREZ**: *Ob., cit.*, p. 353, quien nos dice: “La rúbrica de la Sección y el articulado del Código civil, no utiliza, ni siquiera una vez, los términos de arrendador, arrendatario o arrendamiento, sino otros giros distintos, como los vocablos *dueño* o *propietario* para referirse a quien encarga la obra, y *contratista* o, raramente *constructor*, para identificar a quien queda obligado a realizar la obra”; en un sentido casi idéntico, **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 380, quienes agregan que consideran más adecuado designar como *comitente* a quien encarga la ejecución de la obra, y *contratista* al que se obliga a ejecutarla.

Efectivamente, el art. 1546 Cc. llama *arrendador* al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio, y, *arrendatario* al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar, y luego al referirse al *arrendamiento de obra* relega tal designación y pasa a denominar a las partes como *el que contrató la obra*<sup>20</sup>, *contratista*<sup>21</sup> o *dueño o propietario de la obra*<sup>22</sup>, pero en ninguno de los artículos que norman el contrato de ejecución de obra se hace referencia alguna a los conceptos de *arrendador* y *arrendatario*.

Acerca de ello, resulta interesante destacar lo expresado en el Proyecto de Ley 121/000043 de 12 de abril de 1994, por el que se pretendía modificar la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra.

Tal como se señala en su Exposición de Motivos, la inclusión de estas figuras contractuales en el Título que el Código civil dedica a la regulación "Del contrato de arrendamiento", Título VI del Libro IV, resulta tan artificial que el mismo legislador prescinde de tal denominación al poner como rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo, que debería dedicarse al arrendamiento de obras y servicios, la expresión "Del servicio de criados y trabajadores asalariados", y en la Sección 2ª "De las obras por ajuste o precio alzado".

Sin embargo, no se trata de un problema terminológico, sino de naturaleza, contenido y regulación de aquellos contratos, "no es especialmente grave ni motivo de reforma, el hecho de que el Código civil permanezca adherido a una teoría unitaria del arrendamiento, pues lo que verdaderamente precisa una reforma es la vigencia de una regulación

---

<sup>20</sup> V. arts. 1589 y 1595 del Cc. español.

<sup>21</sup> V. arts. 1591, 1593, 1594, 1596 y 1597 del Cc. español.

<sup>22</sup> V. arts. 1590, 1592, 1593, 1594, 1595 y 1598 del Cc. español.



dedicada a las obras por ajuste o precio alzado, que ciertamente requiere ser actualizada y completada, pero en la que, no obstante, hay elementos y criterios aprovechables<sup>23</sup>. Así, los contratos denominados erradamente de *obras o servicios* se configuran como contratos cuyas prestaciones son típicas obligaciones de hacer, por lo que, como se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto que comentamos, ni siquiera son aplicables por vía de analogía, las reglas que el Código establece para el arrendamiento<sup>24</sup>.

Por su parte, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación<sup>25</sup> no plantea, respecto de este punto, elementos de discusión y

---

<sup>23</sup> Así lo expresa, con cierto optimismo, la Exposición de Motivos, del Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código civil, p. 32.

<sup>24</sup> Proyecto de Ley 121/000043, de 12 de abril de 1994, pp. 14-16.

El Proyecto de reforma contuvo un concepto distinto para cada una de estas modalidades contractuales, y utilizó para ello la distinción entre las obligaciones de actividad y las obligaciones de resultado, tan reiteradamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, diferencia ésta que sirvió no sólo para singularizar a cada tipo contractual, sino además, para abarcar en ella, las diferentes formas en las que dichos contratos se podían presentar. De esta forma, el Proyecto a que hacemos referencia proponía llamar al hasta ahora denominado contrato de arrendamiento de obras, como *contrato de obra*

<sup>25</sup> Esta ley fue publicada en el B.O.E de 6 de noviembre de 1999.

Aunque esta Ley, en concreto, no es objeto de este estudio, sí lo es de manera indirecta, ya que, tal como señala su Exposición de Motivos, el objetivo prioritario de dicha Ley "es regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías de los usuarios...", objetivo que se entrelaza y relaciona estrechamente, como tendremos ocasión de ver, con lo preceptuado en el art. 1591 Cc. Sobre el particular, vid. **SEOANE PRADO, Javier/BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Alfonso/COBO PLANA, Juan José: *Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación***, Edit. Sepin, Madrid, 2000; **ESCOLANO NAVARRO, José Javier: "Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación"**, en *Revista Jurídica del Notariado*, Julio-septiembre, 2000, pp. 197-230; **AVILA NAVARRO, Pedro: "La Ley de Ordenación de la Edificación y el régimen de la propiedad"**, en *La Ley* núm. 5013, dimecres 15 de marc de 2000, pp. 1 y 2; **LACABA SÁNCHEZ F.: "Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley, consecuencias de la subsistencia del art. 1591 del Cc."**, en *La Ley*, núm. 4974, 20 de enero de 2000, pp. 4-7; **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación***, Edit. Cívitas, 2000; **GARCIA CONESA,**

opta, únicamente, por referirse al contrato de construcción, al proceso de edificación o a los agentes de la edificación, sin hacer mención a la denominación del contrato, la naturaleza jurídica arrendaticia que el Código civil le asigna, y respecto de la cual la mencionada Ley hace algunas modificaciones de gran envergadura, o, como se ha señalado<sup>26</sup>, deroga de plano las disposiciones que son contradictorias con ella.

Si echamos un vistazo a las resoluciones judiciales vertidas sobre la materia que nos ocupa por el Tribunal Supremo español, comprobamos que algunas denominan a nuestro contrato *contrato de obra*<sup>27</sup>, otras de

---

**Antonio:** "Análisis del art. 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 57, febrero 2000, pp. 343 y ss.; **MERCHÁN GABALDÓN, Faustino:** *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, Edit. Dossat, Madrid, 2000; **SÁNCHEZ CIA, Ángel Luis:** *Ley de Edificación comentarios jurídicos (Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación)*, Edit. Edijus, Zaragoza, 2000; **GARCÍA MACHO, Ricardo:** *Comentario a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, Edit. Colex, Madrid, 2000; **CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen:** *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Edit. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2001 y **VILABAU SOLANO, Mónica:** "La noción de promotor en la Llei 38/1999 d'ordenació de l'edificació", en *Revista Jurídica de Catalunya*, T. I, 2001, pp. 83-111.

<sup>26</sup> Como afirman **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS:** *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 380.

<sup>27</sup> Así, las STS de 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6104], 19 de octubre de 1995 [RJ 1995\7524], 28 de marzo de 1996 [RJ 1996\2199], 24 de junio de 1998 [RJ 1998\5016], 13 de octubre de 1999 [RJ 1999\7424], 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8300], 26 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8435] y 21 de junio de 2000 [RJ 2000\5297].

*ejecución de obra*<sup>28</sup> y otras, tal vez las más apegadas a la tradición, siguen hablando de *arrendamiento de obra*<sup>29</sup>.

Igual cosa sucede con el Código civil chileno que, al regular el contrato de ejecución de obra, lo contempla, como veremos con mayor detalle más adelante, dentro del contrato de arrendamiento, pero cuando se refiere a los sujetos que intervienen en él, los denomina *empresario o artífice*<sup>30</sup>, *persona que encargó la obra*<sup>31</sup>, o *dueño*<sup>32</sup>, en este último caso sólo cuando trata el contrato de obra a suma alzada.

---

<sup>28</sup> Entre ellas, las STS de 16 de febrero de 1995 [RJ 1995\854], 18 de abril de 1995 [RJ 1995\3420], 25 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8400], 16 de marzo de 1998 [RJ 1998\1570], 31 de octubre de 1998 [RJ1998\8165], 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9701], 12 enero de 1999 [RJ 1999\134]; 6 de abril de 1999 [RJ 1999\2657], 21 de junio de 2000 [RJ 2000\5297] y 23 de enero de 2001 [RJ 2001\1680].

<sup>29</sup> En este sentido se pronuncian las STS de 29 de julio de 1996 [RJ 1996\6407], 14 de octubre 1996 [RJ 1996\7108], 7 de mayo de 1997 [RJ 1997\3873], 20 de marzo de 1998 [RJ 1998\1710], 6 de julio de 1998 [RJ 1998\5215], 31 de octubre de 1998 [RJ 1998\8165], 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9701] y 12 de junio de 1999 [RJ 1999\4291].

Entre las más recientes, se encuentra la STS de 8 de octubre de 2001 [RJ 2001\7548], en la que, se observa claramente cómo el Alto Tribunal incorpora el contrato que nos interesa dentro del tipo del arrendamiento, al señalar: *“La cuestión litigiosa se centra principalmente en establecer si en virtud de un contrato de arrendamiento de vigilancia concertado por la actora con la codemandada en el edificio donde se realizaban unas obras de remodelación, y con ocasión del incendio provocado por terceras personas y del que resultaron daños materiales, ha habido o no deficiencias en la prestación de las tareas de control contratadas. La jurisprudencia ha establecido, que es la obligación del arrendador, la que establece la distinción entre el arrendamiento de servicios y el de obra, según la cual si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra”*. Declara el Tribunal que el arrendamiento litigioso es de servicios, y que no se ha demostrado que el vigilante haya obrado sin diligencia y sin cumplir adecuadamente sus funciones de vigilancia.

<sup>30</sup> V. arts. 1996, 1999, 2000, 2002, 2003 y 2005 del Cc. chileno.

<sup>31</sup> V. arts. 1996, 1999, 2000, 2002 y 2005 del Cc. chileno.

<sup>32</sup> V. art. 2003 del Cc. chileno.

Nosotros nos inclinamos por denominar a este contrato de *ejecución de obra*, por ser éste un nombre más omnicomprendivo que incorpora en sí las diversas obras que pueden ser ejecutadas, sin reducirlas, únicamente, a la construcción de edificios, y que, por cierto, resulta ser más preciso, a nuestro juicio, que la quizá simple de *contrato de obra*.

Descartamos, en consecuencia, la histórica denominación de *arrendamiento de obra*, y, concordamos de manera absoluta con los argumentos esgrimidos por la doctrina española y chilena para desechar tal calificación. Esto es, con la explicación de que el contrato de ejecución de obra se caracteriza por la realización por una de las partes, denominada *contratista*, de una obra a cambio del pago de un precio; su objeto es la obra o resultado del trabajo encargado por el dueño o propietario de la misma, también llamado *comitente*, y no, como sucede en la figura del arrendamiento, de una prestación de carácter permanente, donde lo que se persigue no es un objeto preciso o un resultado determinado.

**PARTE PRIMERA**  
**EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA A SUMA**  
**ALZADA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Comentarios previos

**CAPÍTULO I**  
**UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO**

- I. UN ARTÍCULO INMERSO EN UNA DEFICIENTE REGULACIÓN LEGAL
- II. CONFINES DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA CON OTROS CONTRATOS
  - 2.1. Contrastes con el contrato de servicios
  - 2.2. Contrastes con el contrato de mandato
  - 2.3. Contrastes con el contrato de compraventa
- III. EL SUMINISTRO DE MATERIALES PARA LA REALIZACIÓN DE LA OBRA

**CAPÍTULO II**  
**EL AUMENTO DE OBRA: UN ANÁLISIS**  
**EXEGÉTICO DEL ART. 1593 CC.**

Previo

**I. "El arquitecto o contratista..."**

- 1.1. El arquitecto como profesional liberal
- 1.2. El arquitecto como empresario
- 1.3. La principal obligación del contratista: realizar la obra de acuerdo a lo pactado en el contrato y según la *lex artis*
  - 1.3.1. Ejecución de obra según lo pactado
  - 1.3.2. *Lex artis*
- 1.4. Naturaleza de la obligación del contratista: una obligación de hacer y de resultado
  - 1.4.1. Obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa
  - 1.4.2. Obligaciones de medios y de resultado
  - 1.4.3. En particular, la obligación que asume el contratista
    - 1.4.3.1. Obra encargada en atención a sus cualidades personales
    - 1.4.3.2. Participación en la obra de otros sujetos: auxiliares y subcontratistas
    - 1.4.3.3. La acción directa del art. 1597 Cc.: sus titulares

- 1.5. La responsabilidad del contratista
  - 1.5.1. Riesgos
  - 1.5.2. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso o incumplimiento del contrato
    - 1.5.2.1. Imputable al contratista
    - 1.5.2.2. Imputable a otros sujetos intervinientes en la ejecución de la obra
    - 1.5.2.3. Inserción de una cláusula penal en el contrato por cumplimiento extemporáneo
      - 1.5.2.3.a). Posibilidad o imposibilidad de su moderación ex art. 1154 Cc.
      - 1.5.2.3.b) Exigibilidad o no de la cláusula penal: ante un aumento de obra; si existe retraso consentido; tras la recepción de la obra sin reservas
  - 1.5.3. Responsabilidad extracontractual por daños a terceros
  - 1.5.4. Responsabilidad constructiva ex art. 1591 Cc. y LOE

## II. ***“...que se encarga por un ajuste alzado...”***

- 2.1. El contratista ejecuta la obra por “precio cierto”
- 2.2. Las modalidades retributivas previstas en el Código
  - 2.2.1. Por piezas o unidades de medida
  - 2.2.2. Por ajuste o precio alzado
    - 2.2.2.1. Un componente aleatorio
    - 2.2.2.2. La cláusula de revisión de precios
  - 2.2.3. Un sistema de pago no contemplado: el contrato de obra “por administración” o “economía”

## III. ***“...de la construcción de un edificio u otra obra...”***

- 3.1. El objeto del contrato
- 3.2. Ejecución de una obra sobre bien inmueble y mueble: el derecho de retención ex art. 1600 Cc.

## IV. ***“... en vista a un plano convenido...”***

- 4.1. Necesidad o no de un plano
- 4.2. Error en el plano: ¿quién debe asumir las consecuencias?

## V. ***“...con el propietario del suelo...”***

- 5.1. El dueño o comitente
- 5.2. Obligaciones del dueño de la obra
  - 5.2.1. Obligación de recibir la obra: la denominada recepción a *satisfacción del propietario*
  - 5.2.2. Obligación de pagar el precio
  - 5.2.3. Obligación de soportar los riesgos: supuestos

## PARTE PRIMERA

### EL AUMENTO DE OBRA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### Comentarios previos

En las páginas que siguen analizaremos fraccionadamente el art. 1593 Cc., precepto que establece el antecedente sobre la cual se configuran frecuentes aumentos de obra, con la consiguiente variación de precio en los contratos de ejecución de obra a suma alzada y el quebrantamiento del principio de invariabilidad propia de dicha modalidad contractual.

Con el estudio pormenorizado del art. 1593 del Código civil español procuraremos realizar una disquisición del precepto que, al tiempo, ayudará a destapar sus carencias y advertir su correcta interpretación y aplicación de la mano de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia.

Nos permitirá conocer, como se tendrá ocasión de ver, todo el régimen jurídico del contrato de ejecución de obra en el Derecho español, aunque circunscrito a una modalidad particular mayoritariamente usada en la práctica, como es el contrato de ejecución de obra a suma alzada.

Curioso resulta, como se comprobará, que aun tratándose de una modalidad particular del contrato de ejecución de obra, de la mano del art. 1593 Cc. nos adentraremos en todo el régimen jurídico del tipo contractual mal llamado *arrendamiento de obra*, y ello porque el art. 1593 Cc. constituye una pieza fundamental del mismo.

En efecto, su análisis detenido nos permitirá analizar los sujetos en la relación contractual, el objeto de dicho contrato, los elementos esenciales y accidentales al mismo, las modalidades que éste puede adoptar, las responsabilidades de los sujetos que intervienen en él, etc.

Pensamos, y así lo demostraremos, que el art. 1593 Cc. contiene la esencia del contrato de ejecución de obra propiamente tal; a su alrededor gira toda la problemática del mismo, y por medio de su estudio es posible analizarlo detalladamente, y aclarar las dudas de interpretación que surgen de las normas que sobre él se contienen en el Código civil.

Por otra parte, y en relación con el principal objeto de nuestro interés, pretendemos, a través del estudio detallado del art. 1593 Cc., dar respuesta a los acostumbrados reparos que sobre él se generan, principalmente en lo relativo a la vigencia y real aplicación del supuesto de invariabilidad que en dicho precepto se contiene.

El mencionado principio, otrora garante de la naturaleza del contrato a ajuste alzado, es, en la actualidad frecuentemente alterado, no en aras de una real justicia distributiva, ni a objeto de restablecer las condiciones que se tuvieron en cuenta por las partes a la hora de contratar, sino, más bien, como corolario de un legado histórico que, al excepcionarlo en determinados casos, pretendía salvaguardar los intereses del comitente inexperto, pero que a la fecha pareciera haber tomado un sentido opuesto, perjudicándolo en muchos de los casos, y, alterando infundadamente, la naturaleza aleatoria de dicho tipo contractual.

Esta reflexión intentará acompañarse del importante aporte doctrinal, pero, principalmente, jurisprudencial, el cual, fallo tras fallo, ha precisado los límites sobre los que el contrato de ejecución de obra se define en la actualidad.

Por todo ello, nos resulta tan interesante analizar punto por punto el art. 1593 Cc., y a esta tarea nos dedicamos a continuación, esperando que sea provechosa.



## CAPITULO I

### UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO

#### I. UN ARTÍCULO INMERSO EN UNA DEFICIENTE REGULACIÓN LEGAL

El art. 1593 del Código civil español<sup>33</sup>, 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, dispone:

*“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”.*

Este precepto que, tal como señalaba el ilustre jurista GARCÍA GOYENA, procede del art. 1534 del Proyecto de 1851<sup>34</sup>, que a su vez derivaba del

---

<sup>33</sup> El art. 1593 del Cc., es parte integrante del Título VI que trata del contrato de arrendamiento. En él, su art. 1544 Cc. da cuenta de lo que debe entenderse por contrato de obra, y dice: *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*. En su Capítulo III, Sección 2ª y bajo el epígrafe *De las obras por ajuste o precio alzado*, arts. 1.588 a 1.600, regula el Código civil, de manera particular, el contrato de obra, incorporando este contrato como una modalidad del arrendamiento sin que, como ya se ha apuntado, lo sea técnicamente.

<sup>34</sup> En efecto, GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Edit. Cometa, reimpr., ed. Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, p. 803, nos señala que la redacción original del art. 1534 Cc. expresaba: *“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*

art. 1793 del *Code* francés, contiene una deficiente regulación del contrato de ejecución de obra a suma alzada, acompañada de una notoria imprecisión técnica, tal como ya se destacó. Por ello creemos que lo más conveniente es proceder a la exégesis detallada de la letra de la ley, único modo, a nuestro entender, de descubrir el verdadero sentido y alcance de la norma que motiva nuestro interés.

En efecto, de su regulación actual surgen múltiples dudas que intentaremos aclarar en el desarrollo de este trabajo de investigación, desde la diversidad de los asuntos que comprende y sus efectos económicos<sup>35</sup>, a cuestiones relativas a los elementos objetivos y subjetivos que componen esta modalidad contractual, las que surgen de las obligaciones que se generan para las partes contratantes, a los riesgos y responsabilidades que emanan del contrato, etc.

Así, por ejemplo, aunque en el contrato a ajuste alzado se fije un precio global y único como lo exige su propia definición, es posible que éste figure desglosado en partidas. Este solo hecho requerirá de una labor de interpretación que tenga por objeto determinar la verdadera naturaleza del contrato, a la luz de la finalidad perseguida por las partes contratantes.

De forma similar ocurrirá cuando se fije un contrato de ejecución de obra a ajuste alzado, pero éste no sea de la modalidad a *forfait*, es decir, global, fijo, cerrado o absoluto, sino que, por el contrario, esté determinado de manera relativa, esto es, cuando al mismo tiempo que se

---

*convenido con el propietario*", cuestión, esta última, que, como puede observarse, no quedó plasmada en la redacción definitiva del Código civil.

<sup>35</sup> Como muy claramente lo expresa **CAPILLA RONCERO, Francisco**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, (M<sup>a</sup>. R. Valpuesta Fernández, Coord.), Edit. Titant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 465, al señalar: "los contratos de obra presentan una gran heterogeneidad en su contenido y en su importancia económica: desde la construcción de un edificio (cuestión de la que principalmente se ocupan los arts. 1588 y ss. Cc.) hasta la reparación de electrodomésticos, vehículos o calzado; desde la redacción de dictámenes jurídicos o proyectos arquitectónicos hasta la creación de programas informáticos".

otra, mediante precio cierto<sup>37</sup>, y su función no es tanto la actividad conducente al resultado, sino el resultado de la misma. De otro modo, en este contrato la prestación de servicios no es debida como tal, sino sólo como medio para el resultado a obtener, que es la obra.

Los elementos o requisitos esenciales del contrato de ejecución de obra son: 1º. que un contratante (empresario o contratista) se obligue a ejecutar una obra, ya poniendo sólo su trabajo o industria, ya

---

<sup>37</sup> La doctrina se ha encargado de dar un concepto del contrato de ejecución de obra. Así, resulta interesante destacar la definición de **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 438, quien señala: "en el contrato de ejecución de obra, una de las partes, llamada contratista, empresario o artífice, se obliga frente a otra, llamada principal o comitente, a la producción de un determinado resultado con su actividad independiente, a cambio de un precio cierto"; en un sentido similar, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 175, lo define como "aquel contrato por el que una de las partes se obliga respecto de otra a conseguir un cierto resultado de su propia actividad independiente y a su propio riesgo, y la otra a pagar por ello un precio cierto"; de manera más sucinta, **NART**: "Contrato de obra y empresa", cit., p. 815, señala que el contrato de obra "es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto"; por su parte, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, ex art. 1588, cit., p. 1176, define este contrato diciendo que "en él una de las partes se obliga a ejecutar una obra y a entregársela a la otra, que deberá pagar a cambio un precio cierto"; **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 353, lo precisa como "aquel contrato en cuya virtud una persona, contratista, se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, comitente, que habrá de pagar por ella un precio cierto"; **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 380, lo entienden como "un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro a ejecutar una obra por un precio cierto"; por último, y sólo con el objeto de dejar en claro al lector la uniformidad de contenido que existe en torno al concepto del contrato de ejecución de obra, **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Edit. La Ley, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 1621, lo define como "aquel en virtud del cual una parte se obliga a la realización de una obra o consecución de un resultado y la otra a pagar por ello una remuneración o precio cierto".

La jurisprudencia, por su parte, también se ha encargado de definir este contrato. V., entre otras, STS de 7 de octubre de 1964 [RJ 1964\4326], 4 de octubre de 1989 [RJ 1989\6881], 10 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8958], 22 de febrero de 1997 [RJ 1997\1189], 10 de mayo de 1997 [RJ 1997\3831], 22 de octubre de 1997 [RJ 1997\7410], 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8300] y 26 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8435], que lo definen, en general, como un "contrato bilateral por el que una parte -comitente o dueño de la obra- se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra -contratista- por la realización de una obra".

suministrando también el material, 2º. que el otro (propietario o comitente) se comprometa a satisfacer un precio o cantidad cierta, y 3º. que exista un consentimiento mutuo acerca de la obra a realizar y el precio a pagar por la ejecución de la misma<sup>38</sup>.

## II. CONFINES DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA CON OTROS CONTRATOS

El contrato de ejecución de obra presenta dificultades a la hora de diferenciarse de otros tipos contractuales de igual o de diversa naturaleza a la propia. Así, la redacción de los artículos que lo regulan, inducen a que, en parte, su figura se confunda con otras de similares características como son las del contrato de prestación de servicios, el mandato y la compraventa.

En efecto, vemos que los límites del contrato de ejecución de obra no son del todo claros ya sea que se encuentre frente a un contrato de prestación de servicios (modelo de una obligación de hacer), o en el supuesto que se confronte con el contrato de compraventa (arquetipo de una obligación de dar), especialmente, cuando se trata de la modalidad de contrato de ejecución de obras denominada *con suministro de materiales*<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Así, **BURÓN GARCÍA, Gregorio**: *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, T. III, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, Valladolid, 1900, p. 889.

También la jurisprudencia, se ha encargado en numerosas oportunidades de hacer referencia a los elementos esenciales del contrato de ejecución de obra. Así, la STS de 30 de enero de 1997 [RJ 1997\845] señala "*el contrato de obra que el Código civil (art. 1544) denomina arrendamiento de obras, tiene por objeto la obra y el precio. La obra es el resultado previsto en el contrato, expresa o tácitamente o derivado de la buena fe y el uso (artículo 1258), siendo este resultado de la actividad el elemento (objetivo) que caracteriza y constituye la esencia del contrato de obra*". En el mismo sentido, STS de 14 de junio de 1989 [RJ 1989\4633], 4 de octubre de 1989 [RJ 1989\6881], 4 de septiembre de 1993 [RJ 1993\6636], 12 de julio de 1994 [RJ 1994\6731].

<sup>39</sup> De esta forma, **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 466.

En este orden de ideas, el art. 1544 Cc., en general, y el 1593 Cc., en particular, disponen que la obra debe ejecutarse por una de las partes a cambio de que la otra pague precio cierto. La parte que se obliga a ejecutar la obra si bien contrae únicamente una obligación de hacer, ésta se concreta, no obstante, en una de dar, que es la de entregar la obra ejecutada a quien la encargó.

Así las cosas, en las líneas siguientes intentaremos clarificar los confines de cada uno de estos tipos contractuales, al objeto de perfilar el contrato de ejecución de obra de manera más certera.

## **2. 1. Contrastes con el contrato de servicios**

Como señalamos anteriormente, el art. 1544 Cc. abarca dos tipos de contratos diversos, pero que se relacionan y confunden, muchas veces, al tener ambos un origen histórico común<sup>40</sup>.

En efecto, el art. 1544 Cc. nos da, al mismo tiempo, dos conceptos distintos, el del contrato de ejecución de obra, por una parte, y el de prestación de servicios, por la otra, aunque, como hemos dicho, bajo la vetusta calificación de *arrendamiento*.

Como sabemos, el contrato de prestación de servicios se define como *un contrato por el que una persona se obliga a realizar una actividad en servicio o interés de otra a cambio de un precio cierto*. De esta definición se desprende que el objeto del contrato de servicios, es el principal elemento distintivo entre este contrato y el de ejecución de obras, es

---

<sup>40</sup> Como afirma **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, sub art. 1544 Cc., cit., p. 93, al señalar: "lo que ocurre es que en su origen, y aún hoy para algunos casos concretos, las líneas divisorias de una y otra ofrecen partes borrosas o confusas que dificultan su neta separación".

decir, la actividad humana en sí y no el producto de ella, como sucede tratándose del contrato de ejecución de obra<sup>41</sup>.

De esta manera, y aun cuando el redactor del Código civil sometió a ambas instituciones a una regulación de similares características siendo muy distintas, es importante recordar que existen ciertos elementos que hacen que el modelo del contrato de prestación de servicios sea bastante más nebuloso que el del contrato de ejecución de obras. Veamos cuáles son.

En primer lugar, el ámbito de aplicación de la normativa que sobre el contrato de prestación de servicios contiene el Código civil se encuentra muy atenuado por la magnitud que ha adquirido, por su parte, la legislación laboral<sup>42</sup>.

No obstante la fuerza de esta primera afirmación, subsiste, en este sentido, la preeminencia de las normas contenidas en el Código civil en todos aquellos casos en los que se prestan servicios profesionales no laborales y que continúan teniendo la calificación de *prestación de servicios*. Así lo ratifica, además, la propia redacción del Estatuto de los Trabajadores, art. 1º. 1º, que señala:

---

<sup>41</sup> Así, **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621, "El contrato de prestación de servicios forma parte de aquel importante grupo de contratos obligatorios (mandato, depósito, etc.) por los que una persona se obliga a realizar una actividad en servicio o interés de otra. Se define como el contrato por el que una parte se obliga a realizar prestaciones de servicios de cualquier clase a cambio de un precio o remuneración. De este contrato se desgajó el de trabajo, formándose una nueva rama del derecho. Se distingue del contrato de obra, en que en éste el objeto es el resultado a obtener con la actividad humana; en el de prestación de servicios, el objeto es la actividad humana en sí misma. Aunque, ciertamente, siempre se da una mayor o menor mezcla de los anteriores conceptos, porque cuando se contrata un servicio siempre se pensará en el resultado y cuando se contrate la obra siempre será inevitable tener en cuenta, por una y otra parte, la actividad conducente a ella".

<sup>42</sup> Así lo han dicho, entre otros, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1059 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1789.

*“La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica denominada empleador o empresario”.*

Resulta interesante destacar en este punto la propuesta que, sobre el particular, se formulaba en el Proyecto de reforma, varias veces citado, por el que se pretendía modificar la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra.

En dicho Proyecto se contenía un concepto de cada uno de estos contratos, elaborados sobre la base de la distinción entre las obligaciones de actividad y de resultado. Pero junto con ello, se dejaba especial constancia de que tanto las obligaciones propias del contrato de servicios como las que derivan del contrato de ejecución de obra pueden surgir en el seno de relaciones de carácter laboral.

Por ello, el proyectado art. 1583 reseñaba en este sentido: *“los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación”*, lo que significaba que la regulación que se contenía en dicha propuesta de articulado iba a ser aplicado a todos los contratos de servicios que no estuvieran regulados por normas especiales<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> De esta forma lo expresa **CORDERO LOBATO**: “Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra”, cit., p. 878, quien agrega “no bastará que las prestaciones de que se trate estén excluidas del ámbito de regulación del Estatuto de los Trabajadores, sino que para que se apliquen las normas civiles sobre el contrato de servicios, será necesario, como es obvio, que las prestaciones reúnan los elementos del tipo del referido contrato y, en segundo lugar, que la prestación de servicios de que se trate no esté sometida a una regulación específica, aunque la misma no sea estatutaria. Aun así, en este supuesto las normas civiles se aplicarán supletoriamente”.

Sin embargo, sobre el mismo punto de discusión, **LOPEZ Y LOPEZ**: “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, cit., p. 38, señalaba que el Proyecto apenas mejoraba la actual redacción del Código Civil, toda vez que bajo la proyectada modificación *todo aquello que no fuera contrato de trabajo era contrato de servicios sometido a la regulación civil*. Esta percepción -según el autor- era insuficiente, irreal y fragmentaria para figuras

En segundo lugar, la figura del contrato de servicios es más débil que la del contrato de ejecución de obra, toda vez que es susceptible de ser confundida más fácilmente con otras figuras jurídicas, especialmente con el mandato<sup>44</sup>.

Aun cuando los argumentos apenas señalados han sido utilizados para delimitar las figuras del contrato de servicios y el de ejecución de obra, el que ha tenido mayor aceptación por la doctrina ha sido, sin lugar a dudas, el que los distingue basándose en el objeto de la prestación que cada uno de ellos contiene.

---

contractuales como el contrato de mensajería, las prestaciones que se desempeñaban en altos cargos, la dirección periodística etc., ya que en estos casos había que remitirse nuevamente a la normativa del Código civil.

<sup>44</sup> Con el cual, como hemos de recordar, se diferencia en que los actos que se realicen no han de ser necesariamente jurídicos; en su naturaleza bilateral sinalagmática; en la onerosidad; y, por último, en que, a diferencia del mandato, no se ejerce en representación de alguien ni menos en sustitución de su persona. En este sentido, **GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, Guillermo**: "La esencia del mandato", en *R.D.P.*, octubre 1944, pp. 769 y 776, espec. p. 775; **LOPEZ Y LOPEZ**: *Ob., cit.*, p. 36; y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil, cit.*, p. 1789.

Sobre este punto, resulta interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986 [RJ 1986\1552], que en su Fundamento 1º señala: "*Superando apreciaciones históricas y doctrinales producidas en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea, los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que se lleve a cabo la actividad que aquél no podía utilizar, como es concretamente el caso del desempeño para una sociedad de cargo de Director general...que siendo el desempeño de un específico cometido de desarrollo de privativas cualidades puestas a disposición de la empresa que se lo encomendó, que es conducente a situación de arrendamiento de servicios desde el momento en que en su perfección es incluida una consideración intuitus personae*". En el mismo sentido, STS de 25 de marzo de 1988 [RJ 1988\2429].



Así, pese a que en ambos contratos el obligado debe realizar una actividad (obligación de hacer), en el contrato de ejecución de obra dicha actividad está dirigida a la obtención de un resultado; en cambio, en el contrato de servicios, la actividad es el objeto mismo de la obligación, o, dicho de otro modo, la obligación se cumple ejecutando dicha actividad sin importar el resultado obtenido en sí mismo<sup>45</sup>.

De forma similar la jurisprudencia ha diferenciado ambas figuras, y, atendiendo al objeto inmediato de la obligación del *arrendador*, se ha señalado que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios; en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Entre ellos, **CASTAN TOBEÑAS, José**: *Derecho civil español común y foral*, T. IV, *Derecho de obligaciones*, 10ª ed. revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, Edit. Reus, Madrid, 1977, p. 453, quien afirma que la diferencia entre ambos contratos radica en que en el contrato de arrendamiento de servicios el objeto del contrato es la prestación de trabajo en sí mismo, no el resultado que produce; mientras que en el de ejecución de obra se compromete el resultado, sin consideración al trabajo que lo crea; de idéntica forma **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 383, quien señala: "en el contrato de prestación de servicios se debe una actividad sin directa consideración al resultado que con ella vaya a obtenerse, y en el contrato de ejecución de obra lo que se ofrece es, precisamente, el resultado final, sin consideración directa al trabajo necesario para lograrlo"; en el mismo sentido, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentario del Código civil sub art. 1544 Cc.*, cit., p. 1058, apunta "nuestra doctrina acepta generalmente como criterio diferencial el que la prestación del arrendador vaya dirigida a un resultado (arrendamiento de obra) o a desplegar una actividad abstracción hecha del resultado (arrendamiento de servicios)"; por la misma senda, **LOPEZ Y LOPEZ**: "La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil", cit., p. 33; **SOLE RESINA**: *Arrendamiento de obras y servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)*, cit., p. 96; **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1789.

<sup>46</sup> Entre las más recientes, STS de 6 de junio de 1983 [RJ 1983\3291], 4 de julio de 1984 [RJ 1984\3797], 24 de septiembre de 1984 [RJ 1984\4303], 12 de noviembre de 1984 [RJ 1984\5547], 21 de octubre de 1985 [RJ 1985\4956], 27 de octubre de 1986 [RJ 1986\5960], 12 de diciembre de 1988 [RJ 1988\9430], 26 de julio de 1989 [RJ 1989\5780], 22 de julio de 1994 [RJ 1994\6576], 7 de febrero de 1995 [RJ 1995\745], 30 de enero de 1997 [RJ 1997\845], 13 de marzo de 1997 [RJ 1997\1934], 28 de junio de 1997 [RJ 1997\5151], 12 de diciembre

Destacamos entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1987<sup>47</sup>, que en su Fundamento cuarto señala:

*“La sentencia de primer grado, al analizar la naturaleza del contrato arquitecto-cliente, lo incardina correctamente en la esfera del arrendamiento de obra, pues como tiene declarado esta Sala con reiteración al referirse a la relación jurídica surgida entre aquéllos, el contrato de obra o empresa es aquél en el que el profesional se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes”.*

Con acierto, se ha señalado<sup>48</sup>, que los mayores problemas de distinción entre el contrato de prestación de servicios y el de ejecución de obra proceden de los supuestos relativos al ejercicio de las denominadas *profesiones liberales*.

En principio, estas profesiones liberales son consideradas como prestaciones de servicios propiamente tales, pero se califican como contrato de ejecución de obra cuando el profesional es contratado para la realización de una obra determinada<sup>49</sup>.

---

de 1997 [RJ 1997\8964], 28 de enero de 1998 [RJ 1998\357], 25 de mayo de 1998 [RJ 1998\3999], 13 de abril de 1999 [RJ 1999\2611] y 28 de junio de 1999 [RJ 1999\4894].

<sup>47</sup> [RJ 1987\3852].

<sup>48</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621.

<sup>49</sup> Como cuando un médico realiza una operación de cirugía plástica o el abogado elabora un dictamen.

## 2. 2. Contrastes con el contrato de mandato

Como sabemos, la prestación debida en el contrato de mandato es una obligación de actividad, que, además, se caracteriza, entre otros elementos, por: la independencia de quien cumple lo mandado respecto de quien lo encarga, la realización de una actividad dirigida a la gestión de intereses ajenos, el carácter naturalmente gratuito, la juridicidad de la actividad debida y la ausencia de representación<sup>50</sup>.

Son estos dos últimos elementos, los que, pensamos, permiten identificar al contrato de mandato y, a su vez, distinguirlo del de ejecución de obra. Los vemos.

Como se ha señalado<sup>51</sup>, la característica de ser el contrato de mandato naturalmente gratuito, era una cualidad que formaba parte de él desde antes que entrara en vigencia el Código civil, y aún es posible encontrar quienes postulan<sup>52</sup> su permanencia en el Código vigente, principalmente, en atención a lo dispuesto en su art. 1711, que establece, como sabemos, que, a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.

---

<sup>50</sup> Lo afirma **SANPONS SALGADO, Manuel**: *El mandato*, Edit. Anfora, Barcelona, 1964, p. 134.

<sup>51</sup> Así, **SOLE RESINA**: *Arrendamiento de obras o servicios*, cit., p. 106.

<sup>52</sup> Entre ellos, **TRAVIESAS, Miguel**: "El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra" en *RGLJ*, núm. 132, 1918, p. 90; y **SOLE RESINA**: *Arrendamiento de obras y servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)*, cit., p. 107, quien sostiene que la posición que postula su permanencia en el Código civil es, en parte, admisible.

En el Derecho alemán, el elemento de la gratuidad forma parte del contrato de mandato, y así se contempla en el parágrafo 662 del *BGB* al señalar: "Por la aceptación del mandato se obliga el mandatario a cuidar gratuitamente del asunto de que el mandante le haya encargado".

Sin embargo, un abundante sector de la doctrina<sup>53</sup> desecha la gratuidad como elemento integrante del mencionado contrato tomando como base el carácter dispositivo del art. 1711 Cc.

En efecto, la redacción del citado artículo permite que el elemento de la gratuidad sea excluido por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad ex art. 1255 Cc., más aún, la norma citada presume dicha onerosidad cuando la actividad principal del mandatario sea de la especie a la que se refiere el mandato (párrafo 2º art. 1711 Cc.)

En una posición equidistante, hay quienes se han pronunciado a favor de la tesis de la gratuidad, señalando que ella se sustenta en el hecho de que la mayoría de las normas relativas al mandato y que se hallan contenidas en el Código civil tienen tal connotación, por lo que aplicar dichas normas al mandato retribuido sería ilógico, pero lo sería de igual forma prescindir del mandato oneroso, cuya naturaleza no puede ser equiparada con la del contrato de ejecución de obra, por el mismo elemento retributivo que caracteriza en esencia a este último<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Por todos, **LEON-CASTRO ALONSO, José R.**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXI, vol. II, arts. 1709 a 1737 (dir. por M. ALBALADEJO), Edersa, 1986, p. 83 y **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 91. Sobre el contrato de mandato vid. **LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel María**: *Retención y mandato*, Real Colegio de España, Bolonia, 1976; **CRESPO ALLUE, Fernando**: *La revocación del mandato*, Edit. Montecorvo, 1984; **RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel**: *La representación en interés del representante*, El autor, Santander, 1985 y **DÍEZ-PICAZO, Luis**: *La representación en el Derecho privado*, Edit. Civitas, Madrid, 1992.

<sup>54</sup> Así lo explica **BONET RAMON, Francisco**: "Naturaleza jurídica de los servicios prestados por médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales. Contrato de arrendamiento de servicios. Elementos esenciales. Modo de fijar la remuneración cuando es exigible su pago", en *R.D.P.*, 1945, pp. 307-313, agregando que "sería preferible ver el mandato siempre y sólo como gratuito, y así, de la misma forma que al lado de la compraventa está la donación y al lado del arrendamiento de cosas el comodato, al lado del arrendamiento de obras y servicios estaría el mandato gratuito".

Un segundo elemento a tener en cuenta a la hora de diferenciar estos contratos, es que el objeto del contrato de mandato es la realización de actos de connotación jurídica y no actos materiales o de otra indicación que no sea la referida<sup>55</sup>, como sucede con el contrato de ejecución de obra. La realización de dichos actos se lleva a acabo en ausencia de representación. Como señalamos en el párrafo anterior, el mandato es un contrato por el cual una de las partes encarga a otra que cumpla por su cuenta, un acto jurídico, a diferencia de lo que sucede tratándose del contrato de ejecución de obra, en donde el contratista no está encargado de realizar sino actos materiales y, en consecuencia, no tiene poder alguno de representación<sup>56</sup>.

Este último argumento tiene efectos importantes, ya que, en razón de la citada ausencia de representación, el dueño de la obra no está obligado por los pactos ajustados entre el contratista y terceras personas a propósito de la obra encargada, a diferencia de lo que sucede con el mandante que sí queda obligado según las reglas de la representación; en segundo lugar, el dueño de la obra a diferencia del mandante, no está

---

<sup>55</sup> De tal parecer **DE DIEGO Y GUTIERREZ, Felipe Clemente**: *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, nueva ed. revisada y puesta al día por Alfonso de COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, p. 129.

<sup>56</sup> Así, **MAZEAUD**: *Lecciones de Derecho civil*, cit., pp. 327 y 328, quien agrega, "en el derecho romano, el criterio era diferente, porque el mandatario podía estar encargado del cumplimiento de actos materiales, lo mismo que jurídicos; la diferencia entre ambos contratos residía entonces en la gratuidad del mandato, gratuidad que no es ya hoy de esencia en este contrato. Pero, por estar subordinada la *locatio operis faciendi* (contrato de empresa) al suministro, por el dueño, de una cosa sobre la cual recaería la obra encargada, los romanos se vieron en aprietos para calificar el contrato celebrado por los miembros de las profesiones liberales con sus clientes, contrato que no podía ser equiparado a la *locatio operarum* (contrato de trabajo) en razón de la ausencia de todo vínculo de subordinación. Terminaron por aplicar las reglas del mandato, aún permitiéndoles a esos profesionales reclamar sus honorarios por el procedimiento extraordinario. La posición del derecho romano se encuentra en el origen de la jurisprudencia moderna que aplica a numerosas profesiones liberales ciertas reglas del mandato, mientras que los tribunales no ignoran la verdadera calificación de un contrato que no lleva consigo ningún poder de representación".

obligado a reparar los daños ocasionados por el contratista en la ejecución de los trabajos y, por último, es posible, que los tribunales puedan reducir los honorarios de los mandatarios, especialmente lo que gestionan negocios, pero no existe tal derecho en contra del contratista cuando el precio haya sido previamente aceptado por el dueño<sup>57</sup>.

Sin embargo, y como señalamos, el mandato puede llegar a ser oneroso, en los supuestos establecido en el art. 1711 Cc., y, en muchos casos en los que a la obligación de gestión se agrega la de realizar la obra, mezclando como se observa componentes típicos del mandato con los del contrato de ejecución de obra.

Así las cosas, se podría sostener que la normativa que regula el contrato de mandato no es, en absoluto, incompatible con la del contrato de ejecución de obra, en algunos casos, llegan, incluso, a complementarse. Por eso cabe utilizar la reglamentación del contrato de mandato como elemento de integración de la normativa del contrato de ejecución de obra<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> De esta forma, **MAZEAUD**: *Lecciones de Derecho civil*, cit., p. 329.

<sup>58</sup> Como lo señala **SALVADOR CODERCH**: *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1182, quien agrega: "dejando aparte la problemática directamente relacionada con la naturaleza y objeto de la obligación de contratista y mandatario, hay un ámbito común mayor o menor según cual sea la componente de gestión contemplada en el contrato (compra de materiales, subcontratación, datación de cuentas): el propio modo de haber pactado el servicio servirá para fijar este ámbito (se habla de contrato de obra por administración cuando el contratista cobra en función del costo real de la obra más un porcentaje de beneficio industrial), pero fuera de los casos en el que el contrato niegue toda autonomía técnica y económica al contratista, no podrá descartarse la posibilidad de su presencia".

### 2. 3. Contrastes con el contrato de compraventa

Sabemos que, en virtud del contrato de compraventa, una parte se obliga a transmitir una cosa a otra a cambio de que ésta se obligue a pagarle una suma de dinero o precio por ella, lo cual, es distinto a lo que sucede en el contrato de ejecución de obra, en el que la parte obligada a pagar el precio lo entrega, pero a cambio de un derecho al resultado producto de una determinada actividad.

Efectivamente, en el caso del contrato de ejecución de obra, lo que se busca es la elaboración de un trabajo, una obra para quien la encarga. Así, la obligación principal es una obligación de hacer a la que se le une una obligación de dar. En el caso de la compraventa, el vendedor sólo se obliga a dar la cosa comprada, y tratándose de una cosa futura, el vendedor se halla obligado a entregarla en el supuesto de que aquélla llegue a existir.

Esta obligación de dar, entregar la obra ejecutada, ha generado una confusión, según muchos autores<sup>59</sup>, a la hora de distinguir entre el contrato de ejecución de obra propiamente tal y el contrato de compraventa, en particular, el contrato de compraventa de cosa futura que se asimila con aquél.

Esto, ya que, como se ha señalado<sup>60</sup>, la compraventa de cosa futura, en sus dos modalidades, ya sea la *emptio rei speratae*, o la *emptio spei*, coinciden en no obligar al vendedor a intentar la existencia de la cosa. O

---

<sup>59</sup> Entre ellos, **SOLE RESINA**: *Arrendamiento de obra o servicios, perfil evolutivo y jurisprudencial*, cit., pp. 96 y 97 y **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pp. 114 y 115. Una posición contraria a esta mayoritaria la hemos encontrado en **SCAEVOLA, Quintus Mucius**: *Código civil concordado y comentado extensamente*, T. XXIII y XXIV, Edit. Reus, Madrid, 1976, pp. 332-334, que incluye a la ejecución de obra dentro del contrato de compraventa.

<sup>60</sup> Por **SOLE RESINA**: *Ob.*, cit., p. 98.

lo que es lo mismo, la compraventa de cosa futura se identifica por *quedar sujeta a la condición de la existencia de la misma* o por *asignar al comprador el riesgo de su posible existencia*, cuestión que también se presenta en el contrato de ejecución de obra.

A lo expuesto anteriormente, se suma el hecho de que en el contrato de ejecución de obra puede acordarse que quien la realice preste solamente su trabajo, o que, además de su trabajo, proporcione el material para la ejecución de la misma. Por este motivo se distingue entre el simple contrato de ejecución de obra y el de ejecución de obra con suministro de material, como veremos en el epígrafe siguiente.

Sin embargo, la distinción entre el contrato de compraventa y el contrato de ejecución de obra parece aclararse, aunque sin llegar a diferenciarse plenamente, cuando se analizan los siguientes aspectos:

- a. En materia de riesgos, en el contrato de compraventa regirá el art. 1452 Cc. que los deja a cargo del comprador; en cambio, tratándose del contrato de ejecución de obra, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1589 del mismo Cuerpo legal se señala: *“si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla”*.
- b. De conformidad con lo dispuesto por el art. 1594 Cc., el que encargó la obra puede desistir unilateralmente de su ejecución, bastando para ello su sola voluntad y que indemnice al contratista en todos los gastos, trabajo y utilidad en los que éste hubiese incurrido. En cambio, en el supuesto de la compraventa, esta facultad de desistir contemplada en el art. 1454 Cc. tiene, para el comprador, un carácter excepcional.



- c. En virtud del art. 1597 Cc. se confiere una acción directa a quienes trabajan en la obra o suministran el material para proceder reclamando contra el dueño de la obra por el dinero adeudado por el contratista. En el caso de compraventa, esta acción contra el comprador no se presenta, atendiendo, como se ha dicho<sup>61</sup>, a razones de seguridad en el comercio jurídico.
- d. En relación a si resulta aplicable o no el derecho de retención a que haremos referencia más adelante, podemos adelantar que, según muchos autores<sup>62</sup>, este derecho sí resulta aplicable de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1600 Cc. al contrato de ejecución de obra, pero no sería adaptable, por lo establecido en el art. 1466 Cc., al supuesto de compraventa, ya que el comprador incumplidor, libera al vendedor de la entrega de la cosa.
- e. La posibilidad de que opere el derecho de retracto es plenamente factible en el contrato de compraventa<sup>63</sup>, mas no así en el de ejecución de obra.

Quisiéramos agregar que, a la hora de discriminar si estamos ante un contrato de compraventa o de ejecución de obra, muchos autores<sup>64</sup> han

---

<sup>61</sup> **SOLE RESINA:** *Arrendamiento de obra o servicios, perfil evolutivo y jurisprudencial*, cit., p. 97.

<sup>62</sup> Entre ellos, **ÁLBACAR LÓPEZ:** *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., pp. 1690 y 1691; **SALVADOR CODERCH:** "Comentario al Código civil y Compilaciones forales", cit., p. 1211; **O'CALLAGHAN MUÑOZ:** *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., pp. 1704 y 1705; **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO:** *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 1846 y 1847.

<sup>63</sup> Como lo puntualiza **VIVAS TESÓN, Inmaculada:** *La compraventa con pacto de retro en el Código civil*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 192-213, aun cuando, remarca la idea de que esta modalidad inserta en la compraventa no es de uso frecuente en la actualidad, ya que existen otros medios de garantía más eficaces como la hipoteca.

<sup>64</sup> Así, **PUIG BRUTAU:** *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 392, quien cree preferible seguir el criterio usado en el Código de lo alemanes, el que señala

considerado pertinente analizar factores como: el carácter fungible o infungible de la cosa que ha de producirse o el predominio del valor del trabajo o de los materiales, o también, si quien asume la obligación de facilitar el producto y fabricarlo trabaja por encargo, y si produce sus artículos por su propia iniciativa para ponerlos luego en el mercado.

Es importante señalar, que, aun cuando las ponderaciones señaladas en el párrafo anterior sirven de guía para su calificación, no se oponen a que, habiendo descifrado la naturaleza del contrato, haya de acudir a las reglas de uno u otro para compensar las insuficiencias que en la regulación respectiva aparezca respecto de las prestaciones implicadas en el negocio<sup>65</sup>.

Es decir, ante la pobreza normativa que presenta el Código civil sobre el contrato de ejecución de obra en comparación con las que rigen la compraventa, más que un problema de apreciación del contrato ante el cual nos encontramos, se presenta la necesidad de sustituir las escasas reglas del contrato de ejecución de obra con las del contrato de compraventa<sup>66</sup>.

---

que, cuando la cosa que se ha de producir con materia suministrada por el empresario o contratista es fungible, son aplicables escuetamente las disposiciones sobre la compraventa y **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 752, para quien se impone la necesidad de interpretar el querer real de las partes. En esa búsqueda de la verdadera intención de las partes deben ser utilizados no uno, sino un conjunto de indicios que la demuestren.

<sup>65</sup> Como lo expresa, **LUCAS FERNÁNDEZ**: "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", cit., p. 114.

<sup>66</sup> Con acierto, **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 392.

### III. EL SUMINISTRO DE MATERIALES PARA LA REALIZACIÓN DE LA OBRA

El art. 1593 Cc. se encuentra ubicado, como tuvimos ocasión de señalar, en los preceptos relativos al contrato de ejecución de obra, cuyo objeto particular es la construcción de un edificio o la reparación de inmuebles.

En dicha modalidad contractual puede acordarse que quien realice la obra ponga solamente su trabajo o industria, o bien que suministre también el material con el que se realizará dicha obra (de conformidad con lo dispuesto en el art. 1588 Cc.), distinguiendo por tanto, entre el *simple contrato de obra* y el de *ejecución de obra con suministro de material*, respectivamente.

En el caso de que nos encontremos ante el contrato de *ejecución de obra con suministro de material* por el contratista se ha planteado la interrogante respecto de si esta figura debe considerarse un contrato de ejecución de obra propiamente tal o un contrato de compraventa.

En efecto, el contrato de ejecución de obra se entiende como un contrato por el cual se elaboran o producen bienes determinados, es decir, su objeto prioritario es la elaboración de una cosa en atención a las necesidades de quien la encarga (aún cuando para que dicho objeto se concrete es necesario proporcionarle a quien la encarga la propiedad de la obra).

En cambio, tratándose de la compraventa, su único objeto radica en la transmisión del dominio de una cosa ya elaborada, quedando fuera del ámbito contractual todo lo concerniente a su fabricación o elaboración<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Señala PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 490 y 491, que tratándose del contrato de ejecución de obra *con suministro de material*, se discute en la doctrina si dicho contrato ha de regirse por las normas contenidas en el Código civil a propósito de la compraventa o de la ejecución de obra; de la

Por otra parte, el contrato de ejecución de obra con *suministro de materiales* carece de algunos de los efectos del contrato de ejecución de obra propiamente tal, como es, que la obra se incorpora a los materiales que son de propiedad del comitente; que el contratista sigue siendo dueño de los materiales hasta su transmisión al comitente; y que el comitente no puede usar la prerrogativa que para el cobro del precio se le confiere al contratista en virtud de lo señalado en el art. 1600 Cc., ya que es necesario, para ello, que los materiales sean de quien encomienda su reparación.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha señalado que cuando nos encontramos frente a un contrato de ejecución de obra *con suministro de materiales* estamos en presencia de un contrato de carácter mixto (es decir, a la vez de compraventa y de ejecución de obra), y, por tanto, ante la posibilidad de aplicar, al objeto de resguardar el fin perseguido por las partes, la normativa vigente para ambas modalidades contractuales<sup>68</sup>.

---

misma forma, **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 466, sugiere "tomar en consideración el carácter fungible o infungible de la cosa que ha de producirse; venta en el primer caso y obra en el segundo; y en la prevalencia del valor del trabajo o de los materiales: si prevalece el primero sería obra, si los segundos sería venta. O tomar en consideración si quien asume la obligación de facilitar el producto y fabricarlo trabaja por encargo, y si produce sus artículos por su propia iniciativa técnica y económica, y en el seno de su propia organización para ponerlos ulteriormente en el mercado".

<sup>68</sup> De forma clara ahonda en la cuestión la STS de 7 de julio de 1982 [RJ 1982\4220], que señala: "Que, por su lógica prioridad, debe ser examinado antes que los otros el cuarto de los motivos que denuncia la infracción, por falta de aplicación, de los arts. 1445 y 1461 del C. Civ., cuya vulneración se halla representada -a juicio de este motivo- en no haberse calificado el contrato de 10 enero 1970 como compraventa; pues ciertamente, si los efectos de la infracción se desplazan al 1416 al enfatizarse sobre que la falta de instalación del compresor y de puesta en funcionamiento del vaporizador que debieron instalarse y funcionar ya el 15 febrero 1970 se trae a cómputo para argüir la existencia de un primer incumplimiento atribuible a la Sociedad y que excusa el pago del resto del precio que es la pretensión principal de la demanda inicial ya que, en los términos de lo pactado el 10 enero 1970 primera era la entrega de la cosa y luego el pago del precio (y en todo caso -cabría añadir- no otro es el efecto que se sigue del párr. 2.º del art. 1500 del C. Civ., a tenor del cual si no se hubieren fijado el tiempo y lugar del pago del precio deberá tener efecto en aquellos en que se haga entrega de la cosa vendida), no cabe duda de que tal

Concordando con una posición mayoritaria en la doctrina<sup>69</sup>, creemos que es conveniente adoptar el criterio intermedio apenas señalado, a la hora de determinar si el contrato debe regirse por lo establecido a propósito de la compraventa o, en su defecto, por lo señalado con motivo del contrato de ejecución de obra, esto es, el carácter mixto de éste cuando el contratista debe aportar también los materiales.

Con todo, las partes pueden acordar, en virtud del principio de libertad contractual, la aplicación conjunta de las normas que para la compraventa

---

*calificación repercute sobre los tres primeros motivos que, precisamente, se fundan en el éxito de dicha calificación de compraventa y que, sin ella, decaerían por su base; y debe rechazarse este motivo por cuanto la calificación que conviene a lo pactado es la de arrendamiento de obra con suministro de materiales que contempla el art. 1588 Cc., y que, acertadamente, le atribuyó la sentencia de instancia ya que, la naturaleza jurídica mixta de que habla no es sino expresar lo que reiteradamente ha dicho la jurisprudencia de esta sala sobre el arrendamiento de obra con suministro de materiales: que no cabe desconocer que este contrato incorpora, en la modalidad considerada de obra con suministro de materiales, algunos caracteres propios de la compraventa, siquiera sea de cosa futura, pero manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto, por ello, a normas específicas; siendo decisivo para el caso propuesto interpretar el dato de que lo convenido no fue la entrega de diversos objetos inertes, sino la de esos materiales debidamente instalados en el lugar determinado (...) quedando así evidenciado que la finalidad verdaderamente perseguida por el demandado no era la de adquirir los materiales, sino la de recibir la instalación misma y con ella hacer funcionar la industria de fundición”.*

Con la misma orientación, las STS de 17 de junio de 1974 [RJ 1974\3257], 27 de marzo de 1981 [RJ 1981\1077], 9 de marzo de 1982 [RJ 1982\1295], 6 de noviembre de 1982 [RJ 1982\6530], 24 de diciembre de 1982 [RJ 1982\7981], 13 de mayo de 1983 [RJ 1983\2822], 24 de febrero de 1984 [RJ 1984\777], 7 de marzo de 1984 [RJ 1984\1203], 8 de mayo de 1984 [RJ 1984\2401], 26 de junio de 1984 [RJ 1984\3266], 13 de julio de 1984 [RJ 1984\3981], 25 de febrero de 1985 [RJ 1985\774], 20 de junio de 1985 [RJ 1985\3301], 23 de septiembre de 1986 [RJ 1986\4782], 10 de febrero de 1987 [RJ 1987\703], 24 de abril de 1987 [RJ 1987\2728], 12 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9424], 26 de octubre de 1990 [RJ 1990\8048], 27 de enero de 1992 [RJ 1992\265] y 24 de marzo de 1995 [RJ 1995\2404].

<sup>69</sup> Entre ellos, **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 381; **SANTOS BRIZ**: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, cit., pp. 381 y 382, quien señala: “es borrosa la diferencia que existe entre el contrato de obra y el de compraventa, el Código civil ha contemplado un contrato mixto de obras con suministro de material” y **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 490 y 491.

o el contrato de ejecución de obra se establecen en el Código civil, pudiendo, incluso, deducirse dicha voluntad tácita de los actos concluyentes que para el efecto ellas realicen<sup>70</sup>.

Para determinar la verdadera intención de las partes al momento de suscribir el contrato, es necesario, en primer lugar, atender a lo realmente querido por ellas<sup>71</sup>. Si han concedido una mayor importancia al trabajo a

---

<sup>70</sup> Ilustra en este sentido, **SANTOS BRIZ**: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, cit., pp. 381 y 382, quien señala: "En definitiva, teniendo en cuenta la libertad de contratación en que se basa nuestro Código civil (arts. 1255 y 1091), no puede negarse a la voluntad de las partes un amplio poder para regular la relación contractual conforme a sus intereses, lo que puede dar lugar a un contrato mixto con aplicación de las normas de ambos contratos (arrendamiento de obra y compraventa), pudiendo deducirse esa voluntad tanto de actos expresos como de hechos que den a entender una voluntad tácita"; **MARTÍN BERNAL, José Manuel**: *Temas sobre contratos civiles*, Edit. Dykinson, Madrid, 1996, p. 109, quien señala "la ejecución de una obra puede contratarse conviniendo que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material; alternativa de la naturaleza que no es pacífica en su estudio, y respecto de la que se impone, sobre todo, la interpretación de la voluntad de los contratantes"; **GARCÍA DE HARO Y DE GOYTISOLO**: *Notas comparadas al Derecho español de las Instituciones de Derecho civil de Lodovico BARASSI*, T. II, Barcelona, 1955, p. 256, quien apunta que el Código civil español no establece presunción alguna en orden a la calificación que el contrato admite, toda vez que los materiales son suministrados por quien ejecuta la obra, por lo cual "habrá de estar siempre a la voluntad de las partes, que a este respecto será necesario que se haya manifestado", y agrega: "es indudable que el contratista deberá adaptarse a las normas convenidas".

<sup>71</sup> Como lo expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1965 [RJ 1965\986], 24 de marzo de 1972 [RJ 1972\1489], 3 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8134], 11 de octubre de 1988 [RJ 1988\7410], 20 febrero de 1991 [RJ 1991\1514], 4 julio de 1991 [RJ 1991\5325], 30 septiembre 1991 [RJ 1991\6074], 3 de mayo de 1993 [RJ 1993\3400], 7 de febrero de 1995 [RJ 1995\745], 10 de mayo de 1995 [RJ 1995\4226], 27 de mayo de 1996 [RJ 1996\3922], 30 de junio de 1997 [RJ 1997\5408], por citar algunas, que concuerdan en que "la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación". A lo que se añade, la libre apreciación de la misma por parte del tribunal, como lo manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1974 [RJ 1974\4586], 21 de marzo de 1981 [RJ 1981\1016], 3 de abril de 1982 [RJ 1982\1937], 22 de noviembre de 1982 [RJ 1982\6553], 29 de septiembre de 1983 [RJ 1983\4687], 26 de junio de 1984 [RJ 1984\3266], 20 de junio de 1985 [RJ 1985\3301], 29 de abril de 1986 [RJ 1986\2039], 10 de octubre de 1987 [RJ 1987\7105], 3 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8407], 3 abril de 1989 [RJ 1989\3049], 20 diciembre 1989 [RJ

efectuar sobre la cosa objeto del mismo, el contrato será de ejecución de obra; pero si es lo contrario, es decir, si lo que se busca es la destreza del artífice, sería ilógico suponer que nos encontramos ante un contrato de compraventa<sup>72</sup>.

Asimismo, cuando lo que se persigue que elabore el artífice con los materiales es una cosa nueva, puede ser considerado dicho contrato como de ejecución de obra; si por el contrario, con los materiales se espera ejecutar una cosa accesorio, estaremos ante un contrato de compraventa<sup>73</sup>.

---

1989\8852], 19 enero de 1990 [RJ 1990\16], 20 febrero de 1990 [RJ 1990\702], 2 noviembre 1990 [RJ 1990\8456], 3 de mayo de 1993 [RJ 1993\3400], 26 de febrero de 1994 [RJ 1994\1198], 27 de mayo de 1996 [RJ 1996\3922], 7 de mayo de 1997 [RJ 1997\3874], entre otras, que puntualizan: *"la calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los juzgadores de la instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se revele como ilógica o contraria a las normas de hermenéutica contractual"*.

<sup>72</sup> Como claramente lo expone **DE DIEGO**: *Instituciones de Derecho civil*, cit., pp. 323 y 324 cuando afirma: "...el criterio decisivo en este punto será la voluntad e intención de las partes; y si éstas miraron al celebrar el contrato solamente un objeto por entregar en día determinado, sin considerar para nada el trabajo de una de las partes el contrato será de venta, pero cuando una de las partes aceptó el encargo de ejecutar la obra sobre la base de un diseño o modelo, es decir, cuando las partes miraron al trabajo que personalmente o por medio de otro había de poner una de ellas en la obra, entonces habrá locación de obra". Comparte este criterio subjetivo, **NART**: "Contrato de obra y empresa", cit., p. 821, quien señala, que el encargo de resultado es demasiado relevante por sí mismo y basta para calificar al tipo contractual frente al cual nos encontramos: "la cuestión queda reducida, pues, a los casos en los que el resultado, la obra, es perfectamente fungible por sí misma; en estos supuestos, más que barajar normas de distintos contratos habrá que atender a la voluntad de las partes"; **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 466, al afirmar que, en definitiva, se impone la necesidad de interpretar el querer real de las partes; y **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, p. 381, cuando afirman: "si han dado especial importancia al proceso productivo de la cosa, al trabajo a realizar sobre la materia objeto de aquel proceso, no hay duda de que será la de contrato de obra la calificación más adecuada. Cuando se busca la capacidad o habilidad de un artífice sería absurdo pretender que el comitente se ha dirigido a él con el fin de adquirir unos materiales simplemente".

<sup>73</sup> De esta opinión, **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Ob., cit.*, p. 381, quienes ejemplifican, distinguiendo: "la realización de un coche de carrera bajo diseños especiales es arrendamiento de obras; pero la adquisición de un automóvil con

Por último, también será procedente determinar, a la hora de distinguir entre ambos tipos contractuales, la naturaleza fungible o infungible de la obra a realizar<sup>74</sup> cuando, para ello, se utilizarán materiales proporcionados por el contratista. En este caso, es decir, cuando se trate de una obra de carácter fungible, pierde importancia el proceso de ejecución de la obra ante el de dar la obra efectuada, siendo razonable en este supuesto aplicar la normativa referente a la compraventa.

Efectivamente, el argumento que justifica la distinción basada en la fungibilidad o no fungibilidad de la obra a realizar, radica en la probabilidad de sustituir las cosas fungibles por otras de similares características que hayan sido producidas previamente por el contratista, cuestión que no deja de ser cierta, toda vez que en el supuesto de que exista tal sustitución, el contrato efectivamente estará más cerca de la compraventa que de la ejecución de obra<sup>75</sup>.

En caso contrario, es decir, en la hipótesis que la obra no tenga el carácter de fungible, la prestación de hacer con miras a obtener el resultado esperado es más importante que la obligación de dar, y será

---

el encargo de reformar la carrocería o potenciar el motor es compraventa, si bien con prestaciones accesorias que no desnaturalizan el contrato”.

<sup>74</sup> Así, **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 466

<sup>75</sup> De esta forma lo expresa **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 491, quien atendiendo a los argumentos esbozados por diversos autores, recomienda adoptar un criterio intermedio, en el sentido de entender “que cuando se ha de producir una cosa fungible con materia suministrada por el contratista han de aplicarse las disposiciones de la compraventa, pero si la obra a producir es no fungible, se aplicarán las normas del contrato de ejecución de obra para regular las obligaciones del contratista, la responsabilidad por vicios, el traspaso del riesgo y la obligación de recibir la obra producida. La razón de la diferencia -puntualiza el autor- está, en que la posibilidad de sustituir las cosas fungibles por otras equivalentes significa que el contratista puede entregar cosas fabricadas por otro, o que ya tuviese fabricadas con anterioridad, lo que implica que el contrato estará más próximo a la compraventa que a la ejecución de una obra”.



lógico aplicar, entonces, las reglas establecidas para el contrato de ejecución de obra propiamente tal<sup>76</sup>.

En la doctrina comparada se adopta el criterio de la sustituibilidad en el Derecho alemán, que al momento de diferenciar entre los contratos que comentamos, tratándose de cosas fungibles (al ser éstas plenamente cambiables por otras equivalentes) autoriza al contratista para entregar otras de análoga calidad, teniendo, en este caso, el carácter de compraventa y no el de ejecución de obra<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Entre otros, **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 490 y 491.

<sup>77</sup> Es la solución que admite el parágrafo 651 del Código civil alemán. En la doctrina, **ENNECCERUS, Ludwig**: *Derecho de las obligaciones*, T. II, vol. I, *Doctrina general*, revisada por Henrich **LEHMANN**, trad. de la 35ª ed. alemana y adaptada a la ley y jurisprudencia española por Blas **PÉREZ GONZÁLEZ** y José **ALGUER**, Edit. Bosch, Barcelona, 2ª ed., Barcelona 1955, pp. 552 y 553, nos dice: "si el empresario se obliga a título oneroso a realizar una obra con material proporcionado por él mismo y a suministrar la cosa confeccionada al comitente, tendremos, un contrato de compraventa y no un contrato de obra, porque la prestación de la cosa (debidamente confeccionada), esto es, su enajenación, aparece como la prestación principal siendo la realización de la obra únicamente el medio para hacer posible aquélla. Sin embargo, al deber de construcción o confección que resulta de una compraventa semejante tienen que aplicarse por analogía, según los principios generales, ciertas disposiciones sobre el contrato de obra, si bien en una extensión muy diversa según la importancia que deba atribuirse a la obligación de fabricar la cosa. Esta importancia es muy pequeña cuando se trata de cosas *fungibles*, pues en casi todos estos casos al comitente le será indiferente que las cosas hayan sido producidas por el empresario o que éste se las haya procurado de otro modo, y aun en el caso en que por excepción se diera importancia a la realización nueva de la cosa, sólo habría en ello *la promesa de una cualidad*. Por el contrario, si no se trata de cosas fungibles, el deber de construirlas, confeccionarlas o producirlas, tiene importancia considerable, aunque sólo sirva para preparar el cumplimiento de la obligación principal y, por lo mismo, esta obligación tiene que ser tratada, en tal caso, según las reglas sobre los *deberes de realización remunerada de una obra*". En un sentido similar, se pronuncia **LARENZ**: *Derecho de las obligaciones*, cit., pp. 307-330, quien señala al respecto que si se trata de la fabricación de una cosa, puede ser puesta la materia de que ha de ser hecha por el mismo dueño de la obra o ser entregada por el empresario; en el último caso se tratará casi siempre del llamado contrato de suministro de obra o *contrato de obra nueva*. El hecho que el empresario suministre únicamente *ingredientes u otros accesorios* en nada altera el carácter de contrato de obra.

En el Derecho italiano, tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado entre *appalto* y *compraventa* atendiendo en cada caso, al predominio del elemento trabajo o del elemento materia. Sin embargo, hay quienes piensan<sup>78</sup>, que el uso de este criterio, por si solo, impide tal calificación, ya que se debe atender, también, a la modalidad convenida en el contrato, en consideración a las eventuales modificaciones impuestas por la necesidad o por el comitente (art. 1659 y 1661 del *Codice civile*).

---

<sup>78</sup> Así, STOLFI: Voz "*Appalto (contratto di)*", cit., pp. 632-634.

## CAPITULO II

### **UN ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ART. 1593 CC.**

#### **Previo**

Para el estudio de este precepto, nos guiaremos, fundamentalmente, por una interpretación gramatical del mismo, de cuya mano nos adentraremos en todo el régimen jurídico del contrato de ejecución de obra, intentando, de manera detallada, ir aclarando aquellas cuestiones que, en la actualidad, suscitan dudas o problemas de interpretación, y de los que dan fe las innumerables sentencias a través de las cuales los Tribunales de Justicia han debido afrontarlos y, en consecuencia, solventarlos.

Dichas aprensiones han sido provocadas, en la mayoría de los casos, por una reglamentación imprecisa e insuficiente. Esta imperfecta normativa se manifiesta, además de la incorrecta calificación del contrato de ejecución de obra como contrato de arrendamiento, en que la reglamentación que sobre él trata se refiere únicamente, por disponerlo así en forma expresa en la rúbrica del Capítulo *De las obras por ajuste o precio alzado*, reduciendo, con ello, el ámbito de aplicación de las normas contenidas en el Código civil a dicha modalidad contractual.

Junto a ello, si nos basamos en la redacción de los preceptos que regulan el contrato de ejecución de obra a suma alzada, vemos cómo parecen estar pensados para obras en el sentido de construcción o edificación de las mismas, aun cuando, como bien sabemos, ése no es el único ámbito de intervención de este tipo contractual, ya que la denominación que justificábamos en el Capítulo anterior como la correcta a aplicar, justamente parte del supuesto de *ejecutar una obra*, como sinónimo de realizar o llevar a cabo, y no, únicamente, de crear una obra de la nada.

Consiguientemente, lo que para nosotros adquiere vital importancia a la hora de analizar detalladamente el art. 1593 Cc., además de discernir acerca de la correcta denominación o la verdadera naturaleza jurídica del contrato que regula, es determinar su objeto, el que, sin duda alguna, se extiende mucho más allá de construir o edificar abarcando la reparación o transformación de una cosa, o, si queremos ser más precisos, comprende la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes.

Sin pretender prolongarnos en esta breve reseña, queremos dejar en claro que el verdadero sentido del presente estudio se centra en determinar el verdadero alcance de la esgrimida regla de la *inmodificabilidad* del contrato de ejecución de obra a suma alzada, la cual, no obstante haber sido invocada por el redactor del Código civil, pretendiendo, con ello, prevenir las posibles iniquidades que con su descuidado manejo se podían cometer, hoy más que nunca sigue siendo una profunda fuente de excesos y abusos.

Así las cosas, este trabajo de investigación pretende, justamente, tratar los aspectos relativos a la figura del *aumento de obra*, con miras a intentar depurar, aunque sea en el papel, una figura tantas veces utilizada por los Tribunales de Justicia, y que ha dado pie, a nuestro parecer, a una interpretación laxa de la norma que lo contiene, acompañado del uso, un tanto desmedido, de la noción de enriquecimiento injusto, continuamente alegada para imponer el pago del coste real de la ejecución en detrimento de lo dispuesto en el art. 1593 Cc., y, de las expresas estipulaciones que las partes hayan formulado, en uso de su autonomía contractual. Avancemos, entonces, en este camino.

## I. "El arquitecto o contratista..."

### 1. 1. El arquitecto como profesional liberal

Por *arquitecto o contratista* se entiende la persona que asume la obligación de ejecutar la obra y facilitar el resultado<sup>79</sup>, y su principal obligación es la realización de la obra conforme a lo convenido en el contrato.

Sin embargo, dicha calificación debe necesariamente precisarse, toda vez que al referirnos al *arquitecto*, podemos estar incluyendo en dicha expresión, únicamente al Licenciado que en el cumplimiento de su oficio, ejecuta la labor encomendada.

Es decir, quien *tiene la profesión de concebir y realizar construcciones de carácter artístico, dibujando los planos, dirigiendo, calculando el coste anticipado en forma de presupuesto, y en forma de liquidación después de ejecutado, todo esto en nombre y representación del propietario que le da este especial encargo o mandato*<sup>80</sup>.

Como sabemos, el título académico de arquitecto constituye la plenitud de titulación en el orden profesional para la utilización de la técnica adecuada, tanto en el ámbito privado como en el público, de conformidad a los derechos, jurisdicciones y prerrogativas que las disposiciones legales instituyen para cada caso.

Más concretamente, se adjudica a los Arquitectos, la autoridad para proyectar toda clase de edificios públicos y privados, efectuar mediciones,

---

<sup>79</sup> De esta forma lo señala **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 754.

<sup>80</sup> Así lo define **FERNÁNDEZ PIRLA, Santiago**: *Arquitectura legal y tasaciones inmobiliarias*, Edit. Rueda, 3ª ed., Madrid, 1993, p. 1, citando a **MARTÍNEZ ANGEL**.

tasaciones y reparaciones y realizar todas las acciones relativas a su profesión sin limitación alguna.

Otra figura distinta, es el Arquitecto Técnico o aparejador, el que, según el art. 2 del Decreto-ley de 28 de julio de 1970 sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos<sup>81</sup>, cuenta entre sus atribuciones las que siguen:

- a). Ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones cuidando de su control práctico, y organizando el trabajo de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del Arquitecto Director de las obras.
- b). Inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación.
- c). Controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo.
- d). Ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de las unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos.
- e). Medir las unidades de obra ejecutadas y confeccionar las relaciones valoradas de las mismas, de acuerdo con las condiciones establecidas en el proyecto y documentación que las define, así como las relaciones cuantitativas de los materiales a emplear en la obra.

---

<sup>81</sup> Modificado en algunos aspectos por la Ley 12/1986 de 1 de abril, B.O.E núm. 79 de 2 de abril.

f). Suscribir, de conformidad con el arquitecto superior y conjuntamente con él, actas y certificaciones sobre replanteo, comienzo, desarrollo y terminación de las obras.

Además de las atribuciones antes detalladas, se describen tantas otras vinculadas con trabajos varios como son, por ejemplo:

g). Deslindes, mediciones y peritaciones de terrenos, solares y edificios.

h). Levantamiento de planos topográficos de fincas, parcelarios, o de población a efectos de trabajos de arquitectura y urbanismo.

i). Reconocimiento, consultas, dictámenes, examen de documentos, títulos, planos, etc.<sup>82</sup>.

La actividad de los arquitectos se encuentra minuciosamente regulada en el Estatuto para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos aprobado por Decreto de 13 de junio de 1931<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Se trata de una serie de trabajos accesorios y complementarios, como son la emisión de dictámenes sobre temas vinculados a su profesión y que susciten algún tipo de controversia, los que se han dado en denominar *hechos propios de su técnica para casos litigiosos*, y que no se encuentran normados por los artículos del Código civil que tratan el contrato de ejecución de obra, o aquellos casos en que la obligación que contrae el arquitecto o contratista exceda al supuesto de proyectar y dirigir la construcción y muchas veces adquiera una naturaleza distinta, como son aquéllos en los que el arquitecto actúa como mandatario o como arbitrador. En lo relativo a la naturaleza de las relaciones contractuales entre el arquitecto y el que encarga la obra, vid. **FERNÁNDEZ COSTALES, Javier**: *El contrato del arquitecto en la edificación*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977; **HERRERA CATENA, Juan**: *Responsabilidades en la construcción*, Gráfica del Sur, Granada, 1985 y **ROCA TRIAS, Encarna**: "Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes, responsabilidad extracontractual de los arquitectos", en *R.D.P.*, 1976, pp. 783-797.

<sup>83</sup> La labor técnica del arquitecto también se manifiesta en el contrato de obra con el cumplimiento de diversas obligaciones como la elaboración del proyecto,

Por su parte, el Código civil regula la labor de los arquitectos, pero sólo a propósito de la normativa relativa al contrato de ejecución de obra, concretamente, en el art. 1591 del mencionado Cuerpo legal. En dicho precepto, se hace referencia a la realización de una obra de un modo genérico, aludiendo a una obra de *construcción*, que es donde, lógicamente, interviene el arquitecto técnico.

Junto con ello, desde el año 1999, le es aplicable la normativa contenida en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la que instituye las obligaciones y responsabilidades que le corresponden a cada uno de los agentes de la edificación, entre los que se cuenta la labor del arquitecto, constructor, o jefe de la obra, como luego veremos.

Sin embargo, es de recordar que en virtud de dicha ley la mediación del arquitecto tiene el carácter de indispensable sólo en la realización de las obras llamadas *mayores*. Son ellas las que suponen la construcción, reforma, ampliación y demolición ejecutadas tanto sobre la superficie como bajo suelo.

Las obras *menores*, por su parte, son las de ornamentación y decoración de fachadas o interiores y renovaciones parciales de elementos y servicios del edificio, las cuales no requieren la labor de los profesionales señalados<sup>84</sup>.

Por último, y como puede desprenderse de lo antes expuesto, la regla general es que el arquitecto no sea parte en el contrato suscrito por el

---

la dirección y vigilancia de los trabajos, la verificación de la obra y aprobación de las cuentas, y todas aquellas obligaciones impuestas, como señalamos anteriormente, por el Colegio del ramo.

<sup>84</sup> De esta forma lo indica ALBACAR LÓPEZ: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1553.



constructor con el dueño de la obra. Por lo tanto, en principio, ambos contratos son independientes desde el punto de vista jurídico, salvo en los casos de litis consorcio ante un supuesto de demanda del dueño de la obra contra el arquitecto o contratista<sup>85</sup>.

## 1. 2. El arquitecto como *empresario*

En la referencia del Código civil, la voz *arquitecto* se asimila a la de *empresario*, pero no como un empresario en el sentido del Derecho de empresas, sino como obligado a realizar una obra que debe actuar en forma autónoma, estos es, con independencia económica, y no en posición de subordinado del comitente<sup>86</sup>.

En efecto, en la ejecución de una obra nueva o reparadora, el arquitecto o empresario se obliga frente al comitente o dueño de la obra a producir un

---

<sup>85</sup> Así, **SANTOS BRIZ**: "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", cit., p. 389, quien agrega: "la misma causa a pedir, puede consistir en la reclamación basada en defectos de la obra imputables a aquéllos; es decir, idéntica *causa petendi*, concepto que se integra de un elemento fáctico, común a los dos demandados, y un elemento jurídico, la norma sustantiva civil".

<sup>86</sup> Así lo pone de manifiesto, en la doctrina alemana, **LARENZ**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 306 y, en la española, **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 489, al señalar que "el contratista realiza su trabajo de manera independiente, en el sentido de no estar dirigido por el comitente en la realización de la obra, sino que ejecuta su trabajo en ejercicio de una profesión autónoma"; en otro sentido, se destaca la opinión que **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, sub art. 1589, pp. 1182 y 1183, tiene sobre el concepto de empresario, al señalar: "esta última denominación es, desde luego, excesivamente genérica pues la diferencia específica relevante consiste aquí en la nota de realización de la obra, pero, con todo, apunta correctamente a la típica asunción del riesgo de la prestación que caracteriza al contrato y, además, pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, el empresario responsable de la realización de la obra no es quien la lleva a cabo materialmente sino quien organiza la empresa destinada a su producción. Cuando la componente de gestión es importante, la figura puede llegar a desnaturalizarse, especialmente cuando no haya obligación de llevar a cabo la obra o no exista autonomía técnica o económica".

resultado establecido, mediante el ejercicio de una actividad independiente, a cambio de un precio cierto.

Esta actuación supone necesariamente que el *arquitecto o empresario* ejecute su labor de una forma autónoma, y esto quiere decir que, en la ejecución de su trabajo o cumplimiento de su labor técnica, no debe estar dirigido por el comitente o dueño de la obra, y, por lo general, debe estar en posesión de conocimientos técnicos adecuados para la ejecución de la misma y en condiciones de acreditar la titulación académica y profesional correspondiente<sup>87</sup>, que no forzosamente, como es lógico, deben presentarse al comitente o dueño de la obra.

En este punto resulta interesante plantearse qué sucede en aquellos casos en los que el comitente sí ostenta o exhibe una titulación similar a la del contratista, ya que, en este supuesto, lo dicho anteriormente no debe ser entendido en sentido inverso.

Es decir, si nos encontrásemos ante el supuesto de que quien encarga la obra también está en posesión de un título profesional de similares características a las del contratista, esto no tendría como consecuencia el que el contratista deba, por ese motivo, subordinarse a la dirección del comitente, ya que este solo hecho no hace variar su relación contractual con el comitente convirtiéndolo en un empleado del mismo<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Lo establece de manera imperativa el art. 11 de la LOE al señalar en la letra b) del mencionado precepto: *"tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor"*, de igual forma lo hace tratándose del Director de la obra a quien en el art. 12 núm. 3 a) exige *"estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico..."*

<sup>88</sup> Al respecto, señala **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 489 y 490: "...así, el cirujano que contrata a otro cirujano para operar a un familiar no convierte a éste en un empleado dependiente por el hecho de que le iguale en conocimientos. En sentido contrario, no deja de ser empleado dependiente (contrato de servicios) el cocinero que tiene más conocimientos de cocina que su principal. Sin embargo, lo normal será que la superior habilidad técnica esté de parte del arquitecto o contratista".

Por otro lado, el ámbito de la labor del *arquitecto o contratista* es muy amplio, pues no circunscribe su actuación sólo a la creación de una obra nueva, sino que se extiende a la producción o transformación de una obra ya existente individualizada, corporal e incorporal, pero materializada. En definitiva, se extiende a todo resultado, por transitorio que éste sea<sup>89</sup>.

No es necesario, por otro lado, que el arquitecto o contratista realice la obra personalmente, siendo suficiente que la dirija, salvo en aquellos casos en los que la obra se haya encargado con especial atención a sus cualidades personales<sup>90</sup>.

En estos casos de relación personalísima, el contratista debe confeccionar o administrar la obra por sí mismo<sup>91</sup> y rectamente, es decir, en términos tales que no adolezca de vicios que invaliden o reduzcan el valor o provecho que se espera obtener de ella, de conformidad a lo establecido en el contrato o a la utilidad que de ordinario se espera que ésta tenga<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> De esta forma lo da a entender **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., pp. 354 y 355, quien considera: "las normas del Código civil, en su mayoría, al regular el contrato de obra, parecen pensar exclusivamente en que el objeto del contrato sólo fuese la construcción o, en su caso, reparación o rehabilitación de edificios"; de la misma opinión, el autor alemán **LARENZ**: *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 306; por su parte, **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 756, expresa que la obligación puede consistir en edificar o construir un edificio, pero también la fabricación y colocación de las instalaciones accesorias fijas, o en trabajos que alteren la forma o sustancia del terreno o del subsuelo y en la reforma, reparación, conservación o demolición de edificaciones.

<sup>90</sup> En este sentido, **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 490.

<sup>91</sup> Según **LARENZ**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 308, "el comitente no sólo puede exigir que el empresario dedique su actividad a fin de producir la obra, sino que realice ésta de forma que tenga las cualidades aseguradas y que no adolezca de vicios que anulen o disminuyan el valor o la utilidad de uso ordinario o del previsto en el contrato".

<sup>92</sup> Como lo pone de manifiesto **MARTÍN BERNAL**: *Temas sobre contratos civiles*, cit., p. 109, "en este contrato adquieren especial relevancia los usos profesionales (art. 1258)".

Por atenderse especialmente a las cualidades personales del contratista el contrato se invalida al morir éste, debiendo el dueño pagar a los herederos de dicho empresario las obras efectivamente realizadas, y en proporción al precio acordado previamente, siempre y cuando dichas obras le hayan significado un beneficio real al que encargó la obra y, por ende, a sus herederos o causahabientes<sup>93</sup>.

En definitiva, podemos concluir que la labor del arquitecto o empresario es de enorme importancia, tanto en su aspecto teórico como en el práctico, ya que al prevalecer en esta modalidad contractual aspectos de naturaleza eminentemente empresarial, hace que la subordinación del profesional que desempeña dicha labor sea menor a la que pudiera darse en casos como los de prestación de servicios o mandato<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> De esta forma **BURÓN GARCÍA**: *Derecho civil español*, cit., p. 890, quien señala que "el contratista debe ejecutar o dirigir la obra por sí mismo, lealmente, siempre que haya sido encargada por razón de sus cualidades personales, en cuyo caso el contrato se rescinde por su muerte, y el propietario deberá abonar a sus herederos, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que éstos reporten algún beneficio. Esto mismo se observará si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad".

<sup>94</sup> Señala **SANTOS BRIZ**: "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", cit., pp. 385 y 386, que el contrato de prestación de servicios se rige por la normativa específica del Código civil, y, cuando se configuren lo supuestos que ella regula, por lo dispuesto en la Ley laboral. Sin embargo, como sabemos, las partes pueden pactar en este último supuesto, que se rija por la normativa aplicable al contrato de ejecución de obra; Por su parte, **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, derecho de obligaciones y contratos*, cit., p. 756, aun cuando reconoce su naturaleza empresarial afirma que "el carácter empresarial de la actividad de contratista implica una menor dependencia del mismo respecto del comitente que en otras relaciones jurídicas, como el mandato o los servicios, ya que el contratista actúa a su propio riesgo y bajo su responsabilidad".

### **1. 3. La principal obligación del contratista: realizar la obra de acuerdo a lo pactado en el contrato y según la *lex artis***

La principal obligación del contratista consiste en realizar la obra encomendada, cuestión ésta, que constituye el objeto del contrato para quien la encarga. Sin embargo, el contratista no cumple con su obligación, únicamente llevando a cabo la labor encomendada, sino que lo hace, en la medida, que el resultado obtenido de dicha actividad, responde a el proyecto encargado, que es aquel, que figura en los planos y especificaciones acordadas por las partes.

De conformidad a lo que hemos dicho, el contratista cumple con su obligación, toda vez que la obra realizada es fiel reflejo de lo estipulado por las partes en el contrato, pero además, cuando en su ejecución el contratista se ha ceñido a los usos de su actividad o profesión, denominada, como sabemos *lex artis*<sup>95</sup>.

Cumpliendo ambos requerimientos, se entenderá se produjo un cumplimiento exacto de la obligación por parte del contratista, y en virtud de ese, hecho, podrá exigir la contraprestación que el dueño de la obra, está obligado a darle. Pero vayamos por parte.

#### **1. 3. 1. Ejecución de obra según lo pactado**

La fuerza de la afirmación que establece el enunciado proviene, como sabemos, de lo establecido en los arts. 1089, 1091, 1254 y 1255 Cc., es

---

<sup>95</sup> Para BARBERO: *Derecho privado*, cit., p. 143: "la obra debe ser ejecutada tal como está pactado en el contrato, y en todo caso, *según las reglas del arte*", y en nota a pie de página matiza: "estos dos criterios de conformidad con las *prescripciones contractuales* y *las reglas del arte*, no deben entenderse y aplicarse sin referencia recíproca, interfieren entre sí y se influyen recíprocamente".

decir, del efecto obligatorio que lo estipulado en el contrato impone a las partes que lo suscriben.

Efectivamente, constituye un punto cardinal de la obligación el que ésta se cumpla conforme a lo establecido en el contrato, que como sabemos, constituye una ley para las partes contratantes. Así las cosas, si el contrato supone la realización de obras de una mediana importancia, es de esperar que esas obras se basen en proyectos elaborados minuciosamente y se lleven a cabo siguiendo las instrucciones que el comitente haya dado para el mejor cumplimiento del cometido<sup>96</sup>.

### 1. 3. 2. *Lex artis*

Además de ejecutar la obra según lo pactado, se requiere que en la realización de la misma, el arquitecto o contratista se ciña a los usos de su actividad o profesión denominados, como sabemos, *lex artis*<sup>97</sup>.

Las reglas del arte son las normas de un oficio, arte o profesión; son los criterios generales que la técnica dicta para un determinado género de trabajo.

---

<sup>96</sup> Como lo indica de manera categórica **MARTÍN BERNAL**: *Temas sobre contratos civiles*, cit., p. 110, al señalar que "...es obligación fundamental del contratista, que ha de realizarla conforme a lo convenido en el contrato, teniendo en cuenta de una parte que si la obra es importante se proyectará a base de estudios, cálculos o proyecciones matemáticas...".

En el mismo sentido, se pronuncia el art. 11.2 a) LOE, que establece: "*Son obligaciones del Constructor: ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del Director de obra y del Director de la ejecución de la obra a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto*".

<sup>97</sup> Así lo ponen de manifiesto, entre otras, las STS de 23 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5634], 22 de marzo de 1986 [RJ 1986\1468], 28 de septiembre de 1987 [RJ 1987\6451], 12 de abril de 1988 [RJ1988\3141], 14 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8447], 10 de marzo de 1993 [RJ 1993\1829], 19 de octubre de 1995 [RJ 1995\7524] y 28 de mayo de 2001 [RJ 2001\3437].

Dicho de otra forma, "son las normas, criterios o conocimientos generales dictados por la técnica, y las máximas de experiencia profesional que constituye patrimonio común de todos los que ejercitan una determinada actividad, y en el contrato de obra, también los principios elaborados por la ciencia de la construcción"<sup>98</sup>.

Estas pautas deben ser acatadas no sólo en la elaboración del proyecto, aunque por cierto habrá de argumentar técnicamente las soluciones presentadas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable -art. 4.1 LOE-, sino también durante todo el proceso constructivo pese a no haber sido explícitamente fijadas.

Ciertamente, la regla del arte debe entenderse dentro de los términos del contrato suscrito, como expresamente lo consagra el Código civil en su art. 1258, al recoger los modos de heterointegración del acuerdo contractual y marcará la diligencia a emplear por el arquitecto en la realización de la obra, que es la diligencia que requiere y demanda la naturaleza de la obligación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1104 Cc.<sup>99</sup>.

El cumplimiento de estas pautas será verificado por el comitente al momento de producirse la recepción de la obra, quién verificará si se han cumplido o no las especificaciones contenidas en el contrato y si la obra se sujeta, además, a las reglas del arte de la construcción. De este modo, la diligencia exigida al contratista conforme al contrato y a las reglas de su

---

<sup>98</sup> Expresamente, las define **SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier**: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1978, p. 25.

<sup>99</sup> Lo exponen **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 381, quienes afirman: "la obligación fundamental del contratista es la realización de la obra de acuerdo a lo convenido en el contrato. En su cumplimiento ha de actuar de acuerdo no sólo con lo que en él esté especificado, sino también con las reglas de su profesión y sus usos"; con idéntica redacción **BERNAL MARTÍN**: *Temas sobre contratos civiles*, cit., p. 110 y **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 357.

profesión impone que la obra se ejecute sin vicios o defectos<sup>100</sup>, de forma tal, que su proceder negligente se entenderá como incumplimiento<sup>101</sup>.

Así, por ejemplo, el conocimiento de las condiciones geológicas y geotérmicas del suelo es obligación fundamental de la *lex artis* del arquitecto y del contratista, quien también está sujeto a ella en su calidad de técnico<sup>102</sup>. Dicho de otro modo, constituye infracción de la *lex artis* la inobservancia de la normativa técnica en vigencia<sup>103</sup>.

#### **1. 4. Naturaleza de la obligación del contratista: una obligación de hacer y de resultado**

El Código civil español no contiene preceptos generales sobre las obligaciones del empresario o contratista, y sólo dispone, para determinarlas, de normas referidas a la modalidad específica del contrato de obra de suma alzada, que, como es de suponer, no son fáciles de usar de manera analógica a los restantes tipos de contratos de obra, como son los acordados por unidad de medida, por administración, etc.

---

<sup>100</sup> Como lo destaca **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 756.

<sup>101</sup> Son de esta opinión **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 381, quienes afirman: "los profesionales deben prestar sus servicios según las reglas del arte o profesión que ejercen, de tal manera que la impericia es sinónimo de culpabilidad"; en idéntico sentido, **MARTÍN BERNAL**: *Temas sobre contratos civiles*, cit., p. 110.

<sup>102</sup> En este sentido, puntualizan **ARCO TORRES, Miguel Angel del/PONS GONZÁLEZ, Manuel**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Edit. Comares, Granada, 2000, p. 39.

<sup>103</sup> Las pautas cardinales de la edificación y las demás normas reglamentarias técnicas de necesaria observancia forman la ordenación técnica hasta que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LOE se sancione un Código Técnico de la Edificación que determine las exigencias que deben cumplir los edificios en relación con las exigencias básicas señalados en el art. 3, 1.b) y 1.c) y Disposición Final 2ª de la LOE.



De este modo, los problemas que suelen surgir en esta materia deben ser solucionados apelando a las reglas generales de las obligaciones y contratos<sup>104</sup>, a lo establecido en el contrato y, por último, a lo exigido por la buena fe y los usos profesionales.

Situados en el contrato de obra a suma alzada, es preciso subrayar que éste es un contrato fundamentalmente de resultado, y, por esta cualidad, se diferencia en esencia con otras modalidades contractuales, cuyo cumplimiento supone el realizar una actividad, con independencia de la obtención o no de un resultado, como es el caso del contrato de servicios<sup>105</sup>, en el cual el resultado no constituye un presupuesto necesario aunque sí, muchas veces, esperado.

En el contrato de obra el resultado es posible por la acción personal o personalísima del que lo ofrece. En uno y otro supuesto, dicho resultado es considerado por las partes al momento de contratar, es decir, es la motivación que induce a las partes a suscribir acuerdos<sup>106</sup>.

Por esta razón es necesario enfatizar en la naturaleza de la obligación que le corresponde al arquitecto o contratista, aunque parezca, por muchos, una cuestión bastante manida.

Como sabemos, la redacción del art. 1088 Cc. español nos dice en qué radica el objeto de la obligación, y al respecto señala que éste consiste en

---

<sup>104</sup> Lo dice **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 492.

<sup>105</sup> Así lo expresa **NART**: "Contrato de obra y empresa", cit., p. 816, quien afirma que el hecho de ser una obligación de resultado la que se encuentra implícita en el contrato de obra a suma alzada, hace que se distinga del contrato de servicios y de trabajo: "en éstos la actividad humana en sí misma con subordinación de disciplina y dirección (trabajo), o sin ella (servicios), es el objeto; en el contrato de obra, la actividad humana no es más que el medio del fin querido contractualmente".

<sup>106</sup> Como lo señala **NART**: *Ob., cit.*, pp. 816 y 817.

dar, hacer o no hacer alguna cosa, sin embargo, la cuestión queda ahí en el sentido de que el Código omite dar un concepto de la misma.

El contenido del Código civil, ha servido, sin embargo, para que la doctrina haya determinado el verdadero objeto de la obligación, sus requisitos y enumere las clases de obligaciones. Pero, vayamos por parte.

#### **1. 4. 1. Obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa**

Comenzaremos con la distinción, ex art. 1088 Cc., entre obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa, que ha dado lugar, a su vez, a una bipartición de las obligaciones en positivas y negativas.

Sin embargo, tal distinción carece de notabilidad mientras no se concrete el objeto de la obligación. Al respecto, existe una gran propensión a identificar el objeto de la obligación con las cosas que se entregan y con los servicios que se prestan, error causado, tal vez, por la redacción del art. 1088 Cc., al que se suma lo prevenido en los arts. 1271, 1272 y 1273 de dicho Cuerpo legal., que, aunque se refieren al objeto de los contratos, se toman en consideración por la importancia que éstos tienen como fuente de las obligaciones.

En este orden de ideas, ha de decirse que el objeto de la obligación, en cuanto relación jurídica patrimonial, no son las cosas que la integran, ni los servicios que se prestan, sino una determinada conducta o comportamiento del deudor, es decir, *la prestación*. Dentro de ella, cabe cualquier actividad o conducta, activa u omisiva, a que esté obligado el deudor<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> De tal opinión **MORENO QUESADA, Bernardo**: "Problemática de las obligaciones de hacer", en *R.D.P.*, 1976, p. 469, quien señala que "no es correcto afirmar que las cosas integren el objeto de la obligación de una manera exclusiva, pero tampoco lo es que el objeto esté constituido tan sólo por el

La prestación, como objeto de la obligación, tiene, en sí misma, su propio y específico objeto, como son las cosas que se entregan y los servicios que se prestan<sup>108</sup>.

En la prestación de hacer, el deudor se obliga a observar una conducta o comportamiento que consiste en la realización de un servicio. El Código civil se refiere a esta especie de obligación en diversos preceptos de los que deriva un régimen propio y distinto de las prestaciones de dar.

Los requisitos de la prestación de hacer, cualquiera sea la actividad o servicio de que se trate, son: que la prestación sea posible, lícita y moral y determinada o determinable, además de tener un contenido patrimonial.

El cumplimiento de las obligaciones de hacer que recaiga sobre hechos, actos, acciones que no sean personalísimos, pueden ser realizados por cualquiera. Es decir, en ellos cabe la ejecución forzosa en forma específica en virtud de lo dispuesto en el art. 1.098 Cc., con arreglo al cual si el obligado a hacer alguna cosa, no lo hiciese o lo hiciese contraviniendo el tenor de la obligación, *se mandará a hacer a su costa*.

La eventualidad de cumplimiento se ve reducida cuando se trata de obligaciones de hacer con prestación establecida como *personalísima*. En ellas, el acreedor ha considerado como circunstancia determinante para obligarse las características que se presentan en la persona con quién contrata. Por este motivo, si el deudor no efectúa personalmente la

---

comportamiento del deudor. Sin duda puede afirmarse que el objeto de la obligación es la prestación”.

<sup>108</sup> Para **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis**: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Edit. Cívitas, Madrid, 1996: “la prestación, en cuanto objeto de la obligación, no es nunca una entidad o un fenómeno abstracto, sino que parece siempre como una causa de realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico”; en la misma línea, **HERNÁNDEZ GIL, Antonio**: *Derecho de obligaciones. Obras completas*, T. III, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 73.

prestación de hacer a que se obligó, no es factible hacer que se realice en forma específica, y habrá que requerir, entonces, el cumplimiento por equivalencia, con la adecuada indemnización de daños y perjuicios.

En efecto, en las prestaciones de hacer *in tuito personae* es muy escaso el margen que existe para el cumplimiento en forma señalada. Ello se sustenta en una doble consideración: de un lado, la vinculación misma de la persona del deudor en este tipo de prestaciones, y de otro, en la incoercibilidad de la libertad del deudor<sup>109</sup>.

#### 1. 4. 2. Obligaciones de medios y de resultado

La obligación cuya prestación consiste en un hacer por parte del deudor se puede concretar en una obligación de medios o de resultado. Atendiendo a dicha distinción encontramos, como tipos básicos, los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamientos de obra, cuya línea divisoria es, precisamente, que en el contrato de arrendamiento de servicios el prestador de los mismos se compromete al desarrollo de una actividad diligente, mientras que en el contrato de ejecución de obra se compromete a producir un resultado concreto.

Así las cosas, la distinción entre las prestaciones de actividad y de resultado concuerda con el distinguo entre contratos de servicios y contrato de ejecución de obra, toda vez, que en éstos esquemas básicos se pueden enlazar las relaciones contractuales con prestaciones principales de hacer que carezcan de régimen específico<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Sobre las obligaciones de hacer, además de los citados, vid. LALAGUNA, Enrique: *Estudios de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; LEDESMA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Julita: *Las obligaciones de hacer*, Edit. Comares, Granada, 1999; LÓPEZ Y LÓPEZ, A./MONTÉS V. L./ROCA E.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

De esta forma, las dificultades que existen para distinguir entre el contrato de servicios y el de ejecución de obra son las mismas que recaen entre prestación de actividad y de resultado, respectivamente. La distinción se centra en la configuración de la prestación.

Si las partes establecen una prestación en la que el obligado se compromete a suministrar a la otra parte un resultado concreto, estaremos en presencia de una obligación de resultado y, por ende, en el seno de los esquemas propios del contrato de obra<sup>111</sup>.

En caso contrario, cuando el obligado asume el compromiso de desarrollar diligentemente una determinada actividad, sin asegurar la consecución de un resultado concreto (independientemente de que el acreedor espere alcanzarlo o no), estaremos ante una prestación de actividad y, en consecuencia, dentro del esquema del contrato de servicios<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Como apunta **HERNÁNDEZ GIL**: *Derecho de obligaciones. Obras completas*, pp. 73 y 74, en el mismo sentido, **CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio**: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 60 y 61, quien afirma que la mayor parte de la doctrina española fundamenta la distinción entre el contrato de obra y el arrendamiento de servicios, en que en éste la prestación del arrendatario es de actividad, mientras que la del contratista es de resultado, y ante la imposibilidad de precisar cuándo estamos ante una obligación de medio y una de resultado "es admisible la presunción fundada en el hecho de que la consecución del resultado esté en la mano del que realiza el trabajo o no lo esté".

<sup>111</sup> Así, **CABANILLAS SÁNCHEZ**: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 60, señala: "la prestación de obra es una prestación de resultado, porque el contratista no sólo está obligado a prestar una actividad diligente en caminata a la ejecución de una determinada obra, sino a lograrla. La obra constituye el objeto del contrato, y sólo entregándola, de acuerdo con lo acordado, el contratista cumple y tiene derecho al precio".

<sup>112</sup> En opinión de **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 176; **NART**: *Contrato de obra y empresa*, cit., p. 816; **PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER**: *Notas a la trad. del Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS*, cit., pp. 455-457; **CABANILLAS SÁNCHEZ**: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 48 y 49; **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 752 y **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 354.

La configuración de la prestación de obra como de resultado era ya afirmada por los romanistas, que encuentran en esta característica de la prestación del *conductor operis* el rasgo distintivo de la *locatio operis* frente a la *locatio operarum*<sup>113</sup>.

Según la doctrina alemana, el criterio diferenciador determinante entre las obligaciones de medio y de resultado radica en establecer cuál es el contenido del deber de prestación, es decir, si lo que se debe es una actividad o un resultado para cuya obtención la actividad es sólo un medio<sup>114</sup>.

En el Derecho italiano existe un criterio diferenciador semejante al expuesto por los autores alemanes. El *appalto*, como ya quedó indicado, es una modalidad de arrendamiento de obra en el que el trabajo se presenta como *operarum compositarum effectus*, es decir, como resultado final que, según los términos del contrato, debe dar una parte a la otra, prestando la energía laboral necesaria para producirlo<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> De esta forma, **CABANILLAS SÁNCHEZ**: Las obligaciones de actividad y de resultado, cit., p. 50, quien agrega: "la división entre la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operis*, y la *locatio conductio operarum* fue completamente extraña a los romanos. Ellos sólo conocieron un tipo contractual de arrendamiento, ya que su concepción era totalmente distinta de la nuestra. Hoy vemos como nota común en los diversos casos de arrendamiento su carácter remuneratorio, y es la naturaleza de la prestación que se realiza a cambio de lo que se paga, lo que hace aparecer como especial cada tipo de contrato; pero para los romanos lo fundamental era la circunstancia de que en todos los casos se alquilaba algo bien fuera una cosa, la ejecución de una obra o el trabajo de una persona"; **FUENTESECA DIAZ**: *Derecho privado romano*, cit., p. 276 y **D'ORS**: *Derecho privado romano*, cit., p. 560.

<sup>114</sup> Como lo indican **ENNERCERUS Y LEHMANN**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 433 y **LARENZ**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 306.

<sup>115</sup> **ABELLO, Luigi**: "Appalto (contratto di)", en *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1937, p. 526.

En España, se ha percibido de la misma forma por la doctrina<sup>116</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ésta, al definir el contrato de obra y pronunciarse sobre la naturaleza de la obligación que asume el contratista para con el comitente, ha puesto de manifiesto que se trata de una obligación de resultado.

Así, la Sentencia de 29 de junio de 1984<sup>117</sup> señala que, atendiendo al objeto inmediato de la obligación, es posible establecer la esencia del contrato de ejecución de obra. De esta forma, distingue y apunta que si lo convenido fuere la prestación de un trabajo, labor o actividad atendida en sí misma y autónoma del resultado, el contrato será de arrendamiento de servicios. Por el contrario, si lo que se conviene o pacta es un resultado, sin consideración al trabajo o actividad que lo produce, es de obra<sup>118</sup>. Se

---

<sup>116</sup> Así, entre otros autores, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios...*, sub art. 1544, cit., p. 98; **SALVADOR CODERCH**: *Comentario...*, sub art. 1588, cit., p. 1176; **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621, para quien, "la función del contrato de obra no es tanto la actividad conducente a ello, sino el resultado de la misma; la prestación de servicio no es debida como tal, sino sólo como medio para el resultado a obtener que es la obra". Pero, seguidamente, apunta: "aunque, ciertamente, siempre se da una mayor o menor mezcla de los anteriores conceptos, porque cuando se contrata un servicio siempre se pensará en el resultado y cuando se contrate la obra siempre será inevitable tener en cuenta, por una y otra parte la actividad conducente a ella"; **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1789; según **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 395, "en el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue el resultado útil de aquella actividad. Los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo". Sobre las obligaciones de medios y de resultado, vid. **JORDANO FRAGA, Francisco**: "Obligaciones de medios y obligaciones de resultados (a propósito de una jurisprudencia reciente)", en *A.D.C.*, 1991, pp. 5-96.

<sup>117</sup> [RJ 1984\3441].

<sup>118</sup> En similar sentido, STS de 6 de junio de 1983 [RJ 1983\3291], 4 de julio de 1984 [RJ 1984\3797], 12 de noviembre de 1984 [RJ 1984\5547], 27 de octubre de 1986 [RJ 1986\5960], 10 de febrero de 1987 [RJ 1987\703], 12 de diciembre de 1988 [RJ 1988\9430], 7 de febrero de 1995 [RJ 1995\745], 30 de enero de 1997 [RJ 1997\845], 13 de marzo de 1997 [RJ 1997\1934], 28 de enero de 1998 [RJ 1998\357], 25 de mayo de 1998 [RJ 1998\3999], 13 de abril de 1999 [RJ

entiende que la prestación del contratista, con o sin suministro del material, se encamina a su actividad creadora, y que, en virtud de la misma, asume los riesgos de su cometido. Se pone, así, en conexión el criterio de que el contrato de obra se caracteriza por ser la prestación de resultado y el de asunción del riesgo por el contratista.

Esta Sentencia y otras de la misma índole parecen delimitar perfectamente y sin lugar a dudas cuándo nos encontramos ante una u otra figura. Sin embargo, observamos que en el razonamiento jurídico que precede al fallo, el Tribunal Supremo omite pronunciarse sobre la calificación que corresponde al encontramos en la situación intermedia, es decir, cuando ambas figuras se entrelazan, y lo que se busca al contratar es, al mismo tiempo, obtener un resultado determinado pero que éste sea fruto del desarrollo de una actividad concreta.

Por este motivo, algunos autores dudan de la aptitud del criterio diferenciador que hemos mencionado anteriormente, para saber si nos encontramos en el campo de los servicios o "hemos hecho tránsito al de ejecución de obras"<sup>119</sup>.

Es más, hay quienes han señalado que bajo la expresión *ejecutar una obra*, puede concebirse que el Código esté dando admisión a dos ideas, como son, la de obtener un resultado, y también la de efectuar la actividad precisa para ello<sup>120</sup>.

---

1999\2611], 12 de junio de 1999 [RJ 1999\4291], 28 de junio de 1999 [RJ 1999\4894]; 8 de octubre de 2001 [RJ 2001\7548].

<sup>119</sup> Entre ellos, **LACRUZ BERDEJO, José Luis**: *Elementos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Edit. Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>120</sup> Como lo señala **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis**: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Edit. Civitas, Madrid, 1988, p. 455: "si la prestación es de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella"; de igual forma lo considera **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 27.



Por tanto, la expresión *prestación de resultado* que comúnmente utiliza el Máximo Tribunal significaría comportamiento debido (prestación) de resultado. Dicha idea, no parece tener mucho sentido, ya que ningún comportamiento, ni conducta, como tal, puede entenderse como resultado de lo que por la misma pretende alcanzarse. Si así fuera, todo comportamiento llevaría a un resultado en la medida en que provoca una modificación del mundo exterior, con lo que cualquier conducta podría calificarse como *prestación de resultado*<sup>121</sup>.

#### 1. 4. 3. En particular, la obligación que asume el contratista

En el contrato de ejecución de obra el contratista se compromete a cumplir con dos obligaciones correlativas, que son; ejecutar una obra y entregarla terminada. Estas dos obligaciones, se concretan en una sola que se califica, como sabemos, de resultado. Muy distinto es lo que sucede, en los contratos en los que la obligación de una de las partes supone, prioritariamente, la realización de una actividad, sin que sea necesario que el cumplimiento se traduzca en un resultado preciso, como sucede con el contrato de prestación de servicios<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Para LINARES NOCI: *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 29, esta idea es igualmente difícil de admitir. Hacerlo sería sostener que la actividad debida estaría fuera de ese tipo de prestaciones, cuyo contenido único sería un resultado, y que laboriosamente se podría usar con severidad el término "prestación" para referirse al objeto de una obligación, en el que se habría de excluir cualquier comportamiento debido, ya que éste estaría integrado solamente por un resultado. Todo esto lleva al autor a sostener y defender el doble significado que a su juicio comprende la expresión "ejecutar una obra".

<sup>122</sup> En este sentido se pronuncia las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1964 [RJ 1964\5453], 10 de junio de 1975 [RJ 1975\3265], 19 de junio de 1982 [RJ 1982\3433], 3 de noviembre de 1983 [RJ 1983\5953], 24 de septiembre de 1984 [RJ 1984\4303], 27 de octubre de 1986 [RJ 1986\6013], 29 de mayo de 1987 [RJ 1987\3848], 4 de octubre de 1989 [RJ 1989\6881], 27 de enero de 1992 [RJ 1992\265], 13 de marzo de 1997 [RJ 1997\1934], 30 de junio de 1997 [RJ 1997\5408].

La obligación primordial del empresario es la realización de una obra, constituyendo la prestación debida el resultado del trabajo y la actividad productiva<sup>123</sup>.

Del propio contenido de la obligación a cargo del empresario deriva que sobre él recaiga el denominado *riesgo del trabajo*, es decir, el riesgo de la actividad productiva en caso de no conseguir el resultado prometido. El empresario no tiene derecho a la compensación económica pactada, cuando el resultado previsto en el contrato no es alcanzado. Apreciación similar tiene el Derecho francés<sup>124</sup>.

En este contrato, el trabajo es sólo un medio para obtener el resultado, el cual es el fin primario de la prestación debida<sup>125</sup>. Por ello, cuando el contratista fracasa en la ejecución de la obra, o sobreviene imposible sin su culpa, o si ya casi terminada se destruye por caso fortuito, no podrá reclamar, ni siquiera parcialmente, el precio convenido<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Como lo indica **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 111, al señalar: "evidentemente que quien contrata una actividad que la otra ha de prestar, salvo casos muy excepcionales, no quiere la actividad por sí sola, sino en cuanto proyectada a la obtención de un determinado resultado. La diferencia está, en que quien ejecuta un contrato de obra, presta su actividad a la obtención de un resultado concreto, de suerte que lo importante y querido y a lo que se obliga el que la presta es la obtención de este resultado, pasando a segundo plano la actividad que a él se encamina" y **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 380.

<sup>124</sup> Así, **COLIN/CAPITANT**: *Curso elemental de Derecho civil*, cit., pp. 482 y 483 y **MAZEAUD**: *Lecciones de Derecho civil*, cit., p. 327.

<sup>125</sup> Como lo expone **LARENZ**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 306; **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621, al señalar: "por tanto la función del contrato de obra no es tanto la actividad conducente ello, sino el resultado de la misma; la prestación del servicio no es debida como tal, sino sólo como medio para el resultado a obtener, que es la obra".

<sup>126</sup> Como lo afirma **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 492 y 493.

Y ello es debido a que, en el contrato de ejecución de obra, la remuneración del contratista no se debe por el trabajo o por el tiempo empleado<sup>127</sup>, sino por la terminación total y absoluta de la obra, por lo que sufre el riesgo de su fracaso y también el de la pérdida de la obra casi concluida pero aún no recibida, siempre que el comitente no se encuentre en mora de recibir.

Si se trata de una obra inmobiliaria, la obligación de hacer consiste básicamente en edificar o construir un edificio, aportando él los materiales o utilizando los materiales facilitados por el comitente o por cuenta del comitente.

Pero en el cumplimiento de esta obligación, el contratista puede, como hemos dicho, no sólo edificar o construir un edificio, sino también encargarse de la fabricación y colocación de instalaciones accesorias de carácter fijo, en los trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo y en la reforma, reparación, conservación o demolición de edificaciones<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Así, **DE DIEGO**: *Instituciones de Derecho civil español*, cit., p. 323.

<sup>128</sup> Ejemplifican **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621, nos dice: "la obra puede consistir en la creación (una casa) o modificación (reparación de un vehículo) de una cosa o en cualquier otro resultado producto de la actividad humana (dictamen de un abogado, proyecto de un arquitecto, arreglo de la nariz por operación de cirugía estética, etc.)"; **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1820, "el resultado debe consistir en la creación, ampliación, modificación, reforma, reparación, conservación o rehabilitación de una cosa mueble o inmueble. Así tanto la creación de una obra de arte, como la redacción por un arquitecto de un proyecto constructivo, como los trabajos de prospección del terreno, como la confección de un traje, etc." y **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 465, cuando afirma: "los contratos de obra presentan una gran heterogeneidad en su contenido y en su importancia económica: desde la construcción de un edificio hasta la reparación de electrodomésticos, vehículos o calzado: desde la redacción de dictámenes jurídicos o proyectos arquitectónicos hasta la creación de programas informáticos".

Sin embargo, aunque el resultado producido puede ser de la más variada índole, "el modelo contractual que estaba en el centro de atención de los redactores de los preceptos del Código civil dedicados al contrato de obra, es el contrato de construcción de inmuebles"<sup>129</sup>, que, aún hoy, sigue estando en el centro de la problemática de la figura y de él se van alejando progresivamente el resto de los modelos contractuales<sup>130</sup>.

Al finalizar este epígrafe queremos hacer, una breve referencia, a la obligación de *entregar la obra* que recae sobre el contratista, de modo tal, que si ésta no se cumple, la obligación principal tampoco lo hará.

Tal como se ha señalado<sup>131</sup>, es difícil dar un significado preciso a la noción de *entregar la obra*, principalmente atendiendo a la variedad de obras que pueden ejecutarse.

Así, si la obra realizada es una cosa corporal mueble, la entrega transmite la propiedad del contratista sobre la misma, y, de no ser dueño, transfiere su posesión inmediata<sup>132</sup>.

Distinta es la situación si nos hallamos ante una obra de naturaleza inmueble, ya que en este supuesto, la obra en construcción es, en todo momento, titularidad del propietario del suelo, no existiendo una inicial propiedad del contratista que luego se transfiera al dueño del suelo<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Así, **SALVADOR CODERCH**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 1176.

<sup>130</sup> Como lo afirma, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1820.

<sup>131</sup> Así, **FISAC DE RON**: *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 18.

<sup>132</sup> Como sostiene **LACRUZ BERDEJO**: *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 285.

<sup>133</sup> De esta forma lo señala **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis**: "Posesión y contrato", en *Estudios de Derecho civil, en honor del Prof. Vatlle Vázquez*, Madrid, 1978, pp. 246 y 248.

Podemos definir *la entrega* como un hecho encaminado a obtener el traspaso de la posesión de la obra de manos del constructor al comitente o promotor con el propósito de suministrar a éste el ejercicio de sus derechos. Así, la entrega de la obra es accesoria de la obligación principal que pesa sobre el constructor, basada en ejecutar la obra conforme a lo acordado en el contrato y a la *lex artis*<sup>134</sup>.

La entrega no representa, como tal, una aceptación de la obra elaborada hasta que el comitente efectúe las pertinentes confirmaciones e indagaciones de relación entre la obra entregada y el mandato del comitente. Por ello, en la práctica, al menos en las obras de una cierta importancia, suele estipularse convenientemente una recepción provisional que, en su caso, se vería seguida de la recepción definitiva<sup>135</sup>.

Con la entrega de la obra se genera para el dueño de la misma la obligación de pagar el precio, salvo que hubiere pacto o costumbre en contrario, como indica el art. 1599 Cc., reiterando el carácter dispositivo de las normas en esta materia.

En determinados casos la obligación de entregar la obra no se lleva a cabo, como cuando el contrato tiene por objeto efectuar una reparación

---

<sup>134</sup> Así, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., pp. 202-205.

<sup>135</sup> Como afirman **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, derecho de obligaciones y contratos*, cit., pp. 758 y 759 y **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit. p. 360.

En un sentido diverso parece que se establece esta obligación en el Código alemán, parágrafo 650: "*El comitente está obligado a recibir la obra realizada conforme al contrato, siempre que la recepción no esté excluida por la naturaleza de la obra. Si el comitente admite una obra viciada aunque conozca el vicio, sólo le corresponden las pretensiones señaladas en los parágrafos 633 y 634 si se reserva sus derechos a causa del vicio en el momento de la admisión*".

Dicho esto, parece que, en el Derecho alemán, la recepción de la obra contiene una limitación de responsabilidad al contratista en todos aquellos vicios que no sean declarados como tales por el comitente, a objeto de lo preceptuado en el parágrafo 633 y 634 del BGB.

sobre una cosa que no ha salido de la posesión del dueño, cuestión que no se presenta con la normativa de la Ley de Ordenación de la Edificación, toda vez que, en ella, no existe posible exclusión de esta fase contractual.

En efecto, el art. 2 de dicha Ley se aplica únicamente en las denominadas *obras mayores*, que son, en definitiva, las edificaciones de nueva construcción, obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios y obras de intervención total o parcial que afecten a elementos de protección de carácter ambiental o histórico-artístico.

#### **1. 4. 3. 1. Obra encargada en atención a sus cualidades personales**

El art. 1595 Cc. regula la extinción del contrato de ejecución de obra por justificada imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo su realización cuando el contrato se ha suscrito en consideración a las cualidades personales del contratista<sup>136</sup>.

El carácter personalísimo del contrato de ejecución de obra no se presume por ello que sobre quien afirme tal carácter recaerá la carga de la prueba. En este sentido, no es suficiente con que el arquitecto o contratista esté en posesión de cualidades personales y únicas para la realización de la obra encomendada, sino que es necesario que en dicho contrato se pacte de manera expresa que se celebra en atención a dichas especiales cualidades del arquitecto o contratista (art. 1161 Cc.)<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> El párrafo 1º del art. 1595 Cc. tiene su antecedente inmediato en el art. 1536 del Proyecto del Código civil de 1851 de idéntico tenor literal al actual.

<sup>137</sup> Como lo afirman **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1838 y **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la *Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 145, cuando nos dicen "determinar cuándo el encargo de ejecutar la obra ha sido conferido por *intuitu* a la persona del

Por las razones antes expuestas, es decir, debido a que la obra se identifica, precisamente, por la persona que ha de realizarla y no de otro modo, el contrato suscrito no admite la figura de la subcontratación, total o parcial, de la obra, salvo, claro está, que el contratista se auxilie de terceras personas que, en todo caso, intervendrán con un carácter accesorio, atendido los usos y la naturaleza de la obligación.

Junto con lo anterior, la extinción del contrato de ejecución de obra por la causa que menciona el párrafo 1º del art. 1595 Cc. procede respecto de las personas físicas, pero es aplicable a las jurídicas cuando se de igual razón<sup>138</sup>.

Por otra parte, si se hubiera pactado la realización de la obra con distintas personas por razón de sus cualidades personales, la muerte de alguna de ellas provocará la extinción del contrato con respecto a las demás, salvo si la prestación en su conjunto continuara siendo posible y no quedara desvirtuada con la pérdida parcial<sup>139</sup>.

Para terminar, aun cuando el párrafo 1º del art. 1595 Cc. reseñe "*a la muerte del contratista o arquitecto*" como hipótesis de conclusión del contrato de ejecución de obra verificado en atención a sus cualidades

---

contratista es, sin duda, una cuestión de interpretación contractual que habrá de ser integrada con criterios de usualidad".

<sup>138</sup> Como lo señala, **SALVADOR CODERCH**: *Comentarios...*, cit., p. 1205, quien aclara: "no bastará con el cambio de titularidad, sino que será preciso que haya habido un cambio sustancial en la organización, en las calidades empresariales y en la solvencia financiera que originariamente se consideran esenciales para realizar el encargo de la obra a la empresa en cuestión. Por otra parte, de conformidad a lo establecido en el art. 12.3 a) y 13.2 a) de la LOE, tratándose de una persona jurídica, salvo pacto en contrario, el gabinete de arquitectos o el constructor deberán designar al técnico que asume la dirección y la ejecución material de la obra".

<sup>139</sup> Como lo afirman **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios...*, cit., p. 433 y **SALVADOR CODERCH**: *Ob., cit.*, p. 1205.

personales, nada impide incluir la declaración de fallecimiento como causa de extinción del contrato (art. 195 Cc.)<sup>140</sup>.

#### 1. 4. 3. 2. Participación en la obra de otros sujetos: auxiliares y subcontratistas

Aunque sea lo esperado, no es necesario que el arquitecto o contratista efectúe la obra por sí mismo, y, en este sentido, es suficiente que la dirija (salvo el caso, que se encargue la obra en atención a las cualidades personales del sujeto, situación que limita y muchas veces sobrepasa el ámbito del contrato de ejecución de obra, para ubicarse en el dominio de la creación artística)<sup>141</sup>.

Efectivamente, el arquitecto, en el ejercicio de su profesión liberal, sin relación de dependencia o subordinación a otro u otros, puede actuar en calidad de empresario o de trabajador por cuenta propia.

Para ello, es posible que requiera de los servicios de personal vinculado con el ámbito de la construcción, con los cuales existirá una relación plenamente laboral regida por el Estatuto de los Trabajadores<sup>142</sup>, o una prestación de servicios propiamente tal.

---

<sup>140</sup> Así, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1839, quien nos dice: "en este caso, los supuestos de incapacidad e incapacitación pueden también entrar en juego como causas de extinción por imposibilidad sobrevenida de ejecutar la obra. Aquí, la imposibilidad ha de recaer necesariamente sobre la persona del contratista, por lo que también la extinción de una persona jurídica a quien se encargó cierta obra en razón de sus cualidades personales determina la rescisión del contrato".

<sup>141</sup> Precisión hecha, en la doctrina alemana, por **LARENZ**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 306, para quien: "el trabajo necesario para la obtención del resultado no se requiere que lo verifique personalmente el obligado a la realización de la obra, salvo que se trate de una obra caracterizada precisamente por la singularidad de la persona de su autor, como una obra de arte, un dictamen científico, la traducción de una novela".

<sup>142</sup> El Estatuto de los Trabajadores en su tenor enmendado por la ley núm. 11/1994, de 19 de mayo, dispone en su art. 1º núm. 1: "*La presente ley será de*



Como sabemos, el contrato de ejecución de obra es de aquellos contratos en los que la obligación principal consiste en proporcionar un resultado y, justamente para conseguirlo, se requerirá, en muchos casos, la cooperación de personas y empresas técnicas especializadas, a las que será encomendada la ejecución de segmentos de la obra a llevar a cabo<sup>143</sup>.

En efecto, en la dirección de la obra encargada, el arquitecto o contratista puede tener trabajadores a su servicio, e, incluso, es posible que, ante la complejidad del proceso de construcción de inmuebles, encomiende parcialmente la ejecución de la obra a diversos contratistas independientes, en cuyo caso nos encontraremos ante la figura de la subcontratación<sup>144</sup>.

---

*aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, y en el núm. 2 del citado artículo define al empresario señalando que son: “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.*

<sup>143</sup> Así lo indican **DEL ARCO TORRES Y PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*..., cit., p. 148, cuando aseveran “dado que el contrato de obra es un contrato de los llamados de resultado y habida cuenta que hoy día el volumen y envergadura de muchas obras exigen una colaboración que nace de la superespecialización a que en la actualidad se ha llegado, ello hace que la vieja imagen artesanal y personalista del contrato de arrendamiento de obra haya quedado profundamente superada en la mayoría de los supuestos que la práctica ofrece”.

<sup>144</sup> La Ley de Ordenación de la Edificación en el Capítulo III, arts. 8-16, detalla exhaustivamente los *agentes de la edificación*, entendidos como todas aquellas personas físicas o jurídicas, que intervienen en dicho proceso y que pueden actuar en el contrato, mediando un contrato de prestación de servicios o a través de la figura de la subcontratación.

Sobre el mismo tema, puntualiza, **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., pp. 467 y 468.

Dicha figura, no tiene obstáculos legales que la prohíban, ya que el Código civil no contempla de forma expresa la subcontratación de obras<sup>145</sup>.

Sin embargo, hay quienes sostienen la tesis contraria y afirman que la subcontratación se encuentra reconocida en el Código civil a través de su art. 1596 al hacer responsable al contratista del trabajo realizado por las personas que tiene a su cargo<sup>146</sup>.

En nuestra opinión una rápida lectura del citado precepto hace pensar que el legislador alude en él, exclusivamente, a los obreros que el contratista toma en calidad de auxiliares o empleados suyos a él ligados por una relación de dependencia y subordinación<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Así lo sostienen **DEL ARCO TORRES Y PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*..., cit., p. 148, y agregan: "se trata de una omisión en cierto modo justificada; ya que, el legislador de 1889 no pudo prever el desenvolvimiento de la construcción".

<sup>146</sup> Entre ellos, **LÓPEZ VILAS, Ramón**: *El subcontrato*, Edit. Técnos, Madrid, 1973, p. 127, para quien el término *ocupar* empleado por dicha norma no excluye, *a priori*, los casos de nuevas contrataciones hechas por el empresario o contratista, ya que los posibles nuevos subcontratistas, evidentemente también se *ocupan* en la obra en que participan, aunque lo hagan por un cauce distinto (nuevo contrato) al del personal dependiente del contratista general; en la misma línea, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 441.

De manera distinta piensa **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, sub art. 1596, cit., p. 1206, cuando afirma: "en puridad el texto del art. 1596 no se refiere al subcontrato de obra sino que sólo contempla la relación de servicio (paradigmáticamente, la laboral). Puede defenderse que la aplicación de las reglas del subcontrato procede por analogía con las del mandato, art. 1721 Cc".

<sup>147</sup> Respecto al contrato de obra, señala **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1700: "las personas que han intervenido en la obra contratadas por el contratista son terceros. En consecuencia, en todo caso de responsabilidad por incumplimiento, no son responsables frente al dueño de la obra. Frente a éste, la única persona que puede resultar responsable por incumplimiento total o parcial del contrato es el contratista. Este, incluso, responde de la actuación de los trabajadores o colaboradores que él empleó en la obra".

Sin embargo, creemos que nada impide que en el art 1596 Cc. puedan entenderse incluidas aquellas hipótesis en las que el acceso de terceros a la obra concertada se verifique y lleve a cabo no como resultado de la propia organización laboral del contratista, sino a través de nuevos contratos que éste ultime con otras personas o empresas con mayor nivel de especialización en determinados sectores complementarios de la obra en cuestión.

En este orden de ideas, el *subcontratista* es, para efectos del contrato de ejecución de obras, quien se adjudica contractualmente ante el contratista el encargo de efectuar determinadas partes o instalaciones de la obra con sujeción al proyecto por el que se rige la ejecución de la misma<sup>148</sup>.

Los derechos y obligaciones que determinan el contenido del subcontrato se establecen en relación y estrecha dependencia del contrato principal y están restringidos por el propio contenido del contrato al que han de asistir en una relación de tracto sucesivo<sup>149</sup>.

“Se trata de un nuevo contrato, dependiente o derivado de otro previo, el contrato de empresa. Los dos contratos coexisten ya que la subcontratación de obras no extingue el contrato básico de empresa ni afecta al vínculo que el mismo estableciera; pero nace un nuevo vínculo contractual, distinto, aunque no autónomo”<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Como lo han hecho saber **DEL ARCO TORRES Y PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*..., cit., p. 147, al definir el subcontrato de obra como “aquella modalidad de subcontrato, en cuya virtud, el contratista, con la previa autorización del promotor, conviene con un tercero que éste realice la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra”.

<sup>149</sup> Como lo indica **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 490 y 491.

<sup>150</sup> De esta forma lo expone **MERCHÁN GABALDÓN**: *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 245 y 246.

No obstante, y aunque, como hemos dicho, la subcontratación no altera en absoluto las obligaciones que el contratista debe cumplir en el ejercicio de su labor, resulta lógico afirmar que dicha modalidad contractual no podrá llevarse a cabo, toda vez que el contrato original expresamente la prohíba. Lo mismo sucede en aquellos casos (a los que ya hicimos alusión) en los que, al momento de contratar, se tomaron en consideración las cualidades personales del contratista<sup>151</sup>.

Esta materia la de la subcontratación, constituye, a nuestro parecer, una puerta abierta por donde se dará paso, en el futuro, sino lo es ya, a la creciente especialización de los subcontratistas. Y ello porque el uso generalizado de la subcontratación como mecanismo efectivo para la ejecución de obras inmobiliarias, se sustenta en la necesaria división y tecnificación del trabajo, y se favorece por una cada vez mayor especificación de la industria de la construcción.

Así las cosas, el contrato de ejecución de obra se configurará, entonces, como un modelo contractual en donde el elemento personal se hará cada vez más relativo, en pos del fortalecimiento del proyecto como elemento unificador del contrato.

#### **1. 4. 3. 3. La acción directa del art. 1597 Cc.: sus titulares**

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1597 Cc., *“los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ésta sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”*.

---

<sup>151</sup> En tal sentido, **LÓPEZ VILAS**: *El subcontrato*, cit., p. 127.

De este modo, el art. 1597 Cc. confiere acción directa a los que ponen su trabajo y materiales en una obra (acreedores directos) contra el comitente (deudor de su deudor), para que puedan exigir en su propio nombre y por su cuenta exclusiva la obligación que tiene el subdeudor (comitente) frente al deudor principal (contratista), causando la paralización del crédito de éste contra el comitente a partir del momento en que la acción se ejercita (acción directa imperfecta)<sup>152</sup>.

Esta acción tiene, por tanto, un carácter excepcional, ya que altera el principio general de relatividad de los contratos al relacionar a personas que no están unidas por un vínculo contractual. En ella, el acreedor directo y el comitente no son acreedor y deudor respectivos, sino tanto en cuanto lo sean en el contrato que a cada uno de ellos les une, personalmente, con su contratante inmediato: el contratista principal.

Respecto a este artículo siempre estuvo latente la interrogante en relación a si *los subcontratistas* podían ejercer la acción directa que el precepto concede contra el dueño de la obra, o dicho de otro modo, si los subcontratistas podían reclamar al dueño de la obra por el dinero que el contratista les adeudase, en virtud de la obra en la que colaboraron.

Un sector importante de la doctrina dio una respuesta positiva a dicha cuestión, ratificando que el art. 1597 Cc. concedía una acción directa a los asalariados del contratista, a los suministradores de materiales de construcción y a todas aquellas personas que hayan contribuido, bajo la garantía del contratista principal, en la ejecución de la obra, como es el

---

<sup>152</sup> Precisa **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 1841 y 1842, que "dichas acciones son acciones directas imperfectas porque no entrañan una inmovilización del crédito del deudor principal (contratista) contra el subdeudor (comitente) desde el momento de su nacimiento, sino desde su ejercicio, por lo que los pagos efectuados después del nacimiento de la acción y antes de su ejercicio, son oponibles a los acreedores directos".

caso de los subcontratistas, los no dependientes que ponen su trabajo y materiales y los asalariados del subcontratista de obra<sup>153</sup>.

No obstante haberse hecho por la doctrina una interpretación extensiva del citado precepto en relación con quienes se entendían sujetos beneficiarios de la acción directa, en la práctica existía y sigue existiendo sobre este punto una duplicidad normativa, ya que, en la actualidad, las cantidades que se le deben a los trabajadores asalariados pueden ser exigidas a través de otros medios más efectivos que el establecido en el art. 1597 Cc., a saber, los arts. 32 y 42.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>154</sup>.

Por su parte, ha de decirse que la jurisprudencia, compartiendo la interpretación extensiva que la doctrina hace del art. 1597 Cc. incluye como titulares de la acción directa a los subcontratistas que han puesto trabajo y materiales en la obra, y los que ponen su trabajo y materiales para el subcontratista. En este caso, según se ha señalado por los Tribunales, los subcontratistas gozan de dicha acción directa contra el

---

<sup>153</sup> Entre ellos, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra: su cumplimiento*, cit., pp. 259-263; **SALVADOR CODERCH**: *Comentario...*, sub art. 1597, cit., p. 1207; **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 445 y 446, señalando, de modo general, que la redacción de dicho artículo establece una acción directa a favor de los trabajadores y suministradores y en contra del comitente y no solamente una modulación de la general acción subrogatoria; **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1842, agrega que dicha acción "se trata de una garantía que, en la práctica, se caracteriza ante todo por su propia debilidad para satisfacer los créditos de los acreedores directos. En rigor, más que una acción es un derecho o pretensión concedida a una acreedor frente al deudor de su deudor, por lo que puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente" y **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1700.

<sup>154</sup> **CORDERO LOBATO, Encarna**: "Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre contratos de servicios y de obra", en *R.D.P.*, 1995, pp. 875-898.

dueño de la obra y el contratista, que pueden ser condenados solidariamente al pago de la deuda<sup>155</sup>.

En este aspecto en particular, es decir, en lo relativo a la interpretación doctrinal y jurisprudencial acerca de quienes son los verdaderos titulares de la acción contenida en el art. 1597 Cc., resulta interesante destacar, el tan citado Proyecto de Ley 121/000043, de 12 de abril de 1994, por el que se perseguía modificar la normativa de Código civil en materia de contratos de servicios y de obra, ya que dicha propuesta de modificación contenía una norma que pretendía aclarar la interrogante antes expuesta<sup>156</sup>.

Efectivamente, el art. 1589 párrafo 2º, del Proyecto disponía:

*“En las obras ajustadas por precio alzado, el subcontratista y los que suministren los materiales tendrán acción directa contra el comitente hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se haga la reclamación. El pago hecho atendiéndola no podrá ser tachado de indebido por el contratista si hubiere tenido conocimiento de ella y no se hubiere opuesto fundadamente”.*

Como observamos, dicha redacción lo que pretendía era, en primer lugar, reducir los titulares de la acción contenida en el art. 1597 Cc, por vía de establecer, de manera expresa, en el art. 1589 II del Proyecto, una acción para los subcontratistas y los suministradores.

---

<sup>155</sup> Así, las STS de 29 de abril de 1991 [RJ 1991\3068], 11 de octubre de 1994 [RJ 1994\7079], 2 de julio de 1997 [RJ 1997\5474], 28 de enero de 1998 [RJ 1998\119] y 16 de marzo de 1998 [RJ 1998\1570], entre otras.

<sup>156</sup> Según apunta **CORDERO LOBATO**: “Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra”, cit., p. 881.

Dado que dicho Proyecto no prosperó, la acción establecida en el art. 1597 Cc. mantiene su ámbito de aplicación, haciendo suya, como es lógico, la interpretación doctrinal y jurisprudencial que sobre los titulares de la acción se formula, y, se circunscribe, en cuanto al monto de la misma, a la cantidad que, en su caso, deba el comitente al contratista, ya que si éste ha pagado, su derecho de crédito ha quedado extinguido, y no procede la analizada acción directa imperfecta<sup>157</sup>.

Por lo tanto, cualquier persona que, a través de su trabajo o la entrega de los materiales, haya colaborado con el contratista en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra (como se señala en el art. 1597 Cc.), está habilitada para ejercer la acción directa, y no se requiere, pues, que exista una relación de dependencia directa o vinculación laboral; basta, únicamente, con haber prestado un servicio a cualquier título y sin que, en el caso de quien aporta materiales, éstos se hayan utilizados efectivamente en la ejecución de la obra<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> En este sentido, lo afirman entre otros, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario...*, sub art. 1597, cit., p. 1208, al señalar: “el crédito que está en la base de la acción ha de existir y, en principio, ha de resultar exigible. Si el crédito del contratista contra el comitente se ha extinguido, por pago o por cualquier otro medio extintivo, no ha lugar a la acción”; **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 357, cuando nos dice: “queda limitada, pues, la acción directa a la cantidad que, en su caso, adeude el comitente al contratista, pues si éste ha pagado (o su derecho de crédito ha quedado extinguido por cualquiera de las causas generales de extinción de las obligaciones) no ha lugar a la acción directa”; **O’CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1700, cuando señala: “tiene acción directa los que en la misma obra hayan puesto trabajo y/o material. Como trabajadores o proveedores, o con sistema de subcontratación. La acción directa alcanza no a todo lo debido, sino hasta la cantidad que el dueño de la obra deba al contratista” y **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 387, al decir que quienes ejercen dicha acción directa no deben acreditar que el dueño de la obra le adeuda alguna suma al comitente. En este caso, la carga de la prueba recae sobre el dueño de la obra, quien deberá demostrar que no debe cantidad alguna al contratista o sólo una parte de ella.

<sup>158</sup> En este sentido, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 357.



Lo mismo ha de decirse en caso de que la obra haya sido contraída por unidad de medida o por administración, si bien el precepto piensa exclusivamente en el contrato de obra por precio o ajuste alzado, la condición de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde el comienzo, se verifica, no sólo, si el precio de la obra se precisa a ajuste alzado, sino que, del mismo modo, cuando se fija por unidades de obra precisamente delimitadas<sup>159</sup>.

Por otra parte, se ha sostenido la idea de que esta acción constituye una excepción a la regla de la relatividad de los contratos contemplada en el art. 1257 Cc., más que incorporarse a la hipótesis contenida bajo la noción de la acción subrogatoria del art. 1111 Cc.<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Entre otros, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 357; **ALBACAR LÓPEZ**: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, ex art. 1597, cit., p. 1666 y **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 387, para quienes "la acción directa tiene como presupuesto una obra contratada por precio alzado, y no hay indicio legal de que sea subsidiaria, es decir, que exija su ejercicio la previa insolvencia de contratista. Puede ejercitarse -añaden los autores- simultáneamente contra el contratista una acción personal en exigencia de lo que se debe, y la acción directa contra el comitente, respondiendo ambas indistintamente o *in solidum*, aunque la responsabilidad del comitente se limita a la suma que fija el artículo 1597 Cc."

En un sentido diverso, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1842, al señalar: "el art. 1597 habla de obra ajustadamente, por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el art. 1597. Sin embargo, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que, en este último caso, resulten también determinadas el número de unidades a ejecutar por el contratista".

<sup>160</sup> Entre otros, por **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 387, quienes afirman la tesis de excepción a la regla del efecto relativo de los contratos. Y agregan: "como tal excepción no puede sobre ella articularse un principio general aplicable con esa extensión, que podría resumirse en la frase *el deudor de mi deudor también lo es mío*"; asimismo, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1841, quien señala: "se trata de una medida de carácter excepcional, por cuanto alterando el principio general de la relatividad de los contratos, pone en contacto a personas que no son parte en el mismo contrato".

Y ello porque de esta última figura se distingue, entre otras cosas, por la no exigencia de su ejercicio previo o simultáneo contra el deudor principal (contratista), esto es, por no ser una pretensión subsidiaria, si bien el acreedor directo debe observar un requisito de diligencia mínima: la previa constitución en mora del deudor principal<sup>161</sup>.

Es decir, dicha acción directa se ejerce contra el dueño de la obra no en su carácter de obligado subsidiario, sino que, por el contrario, puede ejercitarse simultáneamente la acción directa contra el dueño de la obra y contra el contratista una acción personal exigiendo lo que se debe, por lo que no requiere, para que opere, que previamente el contratista haya caído en insolvencia<sup>162</sup>.

## **1. 5. La responsabilidad del contratista**

### **1. 5. 1. Riesgos**

La obligación que pesa sobre el contratista, como acabamos de ver, es de resultado, de modo que la obra que realiza se ejecuta a su riesgo y ventura. En consecuencia, si sobreviene pérdida de la cosa, alteraciones de su valor, etc., por cualquier causa, sea o no atribuible al contratista (como, el caso fortuito y la fuerza mayor), soportará éste las secuelas económicas y perderá la facultad de percibir el precio<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Así, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1842.

<sup>162</sup> Así, **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., pp. 386 y 387, al indicarnos: "es una acción directa la que se concede a los acreedores contra quien no es su deudor, pero sí del que es de ellos, y por razón de la misma obra, no por otra causa".

<sup>163</sup> De esta opinión, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., pp. 358-359 y **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 760.

Los arts. 1589 y 1590 Cc. adjudican al contratista *el riesgo de pérdida fortuita de la obra* antes de haber sido entregada, y, por tanto, de los materiales por él aportados (si es que los ha proporcionado) y el trabajo o industria empleados en la realización de la misma<sup>164</sup>.

Que el riesgo de pérdida fortuita sea del contratista significa que no podrá exigir el pago del valor de los materiales perdidos y del trabajo empleado (riesgo del precio) y que, además, continuará obligado a la ejecución de la obra. Y ello porque la pérdida fortuita de lo construido no extingue la obligación de edificar.

En efecto, los arts. 1589 y 1590 Cc., hacen recaer el *periculum rei* y el *periculum obligationis* sobre el contratista. Éste, debe soportar el riesgo de la pérdida de los materiales que se obligó a facilitar en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada y, el derecho a la contraprestación, si la obligación por él debida se hace imposible, aunque la imposibilidad obedezca a circunstancias fortuitas<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Como lo señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 mayo 1993 [RJ 1993\3400], 15 de junio de 1994 [RJ 1994\4925] y 19 octubre 1995 [RJ 1995\7524]. Ésta, sobre el particular, expresa: "*ciertamente, es característica esencial del arrendamiento de obra o contrato de obra, definido en el artículo 1544 del Cc., que el contratista se comprometa a la obtención de un resultado opus consumatum et perfectum, pero ello no significa, como se pretende, que el aspecto definitorio del contrato venga dado por la distribución contractual de los riesgos, que sólo constituye una previsión legal (art.1589) para el caso de destruirse la obra antes de haber sido entregada. La esencia del contrato de obra está en la responsabilidad por la obtención de un resultado, y, consiguientemente, no es la naturaleza de la obra lo que define el contrato sino la distribución contractual de los riesgos, ciñéndose la labor del intérprete a la averiguación de la voluntad de las partes en punto a esta cuestión y la natural asunción de los riesgos por el contratista, no obsta a la, también connatural, dirección por parte del comitente*".

<sup>165</sup> Así, **DE DIEGO**: *Instituciones de Derecho civil español*, cit., pp. 324-326; **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., pp. 492 y 493; **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 770, "la obligación que pesa sobre el contratista es de resultado; por ello la obra se realiza a riesgo y ventura del contratista o, lo que es igual, que son por cuenta del contratista los riesgos experimentados por la obra hasta que se produce la recepción definitiva de la misma. En consecuencia, si sobreviene pérdida de la cosa, alteraciones de su valor etc., por cualquier causa, sea o no imputable al contratista (incluidos,

Como vemos, la pérdida imprevista de la obra no extingue la obligación principal del contratista, es decir, ejecutar la obra encomendada sino que sólo lo exime de un eventual incumplimiento por dicha pérdida (retraso en la ejecución de la obra)

Distinto es el caso, si la prestación no pudiera cumplirse sin lo perdido, ya que en este supuesto, nos hallaríamos ante una situación de *imposibilidad sobrevenida* de efectuar la obra, que conlleva, como debemos suponer, a la extinción de la obligación y al sometimiento de la regla de reintegro del art. 1595 Cc.<sup>166</sup>.

Sin embargo, de los artículos citados se excepcionan tres situaciones: que el comitente haya incurrido en mora de recibir la obra (*mora accipiendi*), que haya incumplido con sus deberes de colaboración y, por último, que la destrucción de la obra se deba a la mala calidad de los materiales aportados por el comitente<sup>167</sup>.

---

pues, el caso fortuito o la fuerza mayor), padecerá éste las consecuencias económicas, perdiendo su derecho al cobro del precio” y **DIEZ-PICAZO/GULLÓN: Sistema de Derecho civil**, cit., pp. 384 y 385.

<sup>166</sup> De esta forma, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: Comentarios al Código civil**, cit., p. 1840, “el contratista asume el riesgo de la pérdida fortuita, pero si, como consecuencia de ello, el cumplimiento deviene imposible, entonces el comitente debe reembolsar ex artículo 1595 el valor de la obra ejecutada que no se haya perdido, en proporción al precio convenido, y el de los materiales no perdidos que le reporten alguna utilidad” y **SALVADOR CODERCH: Comentario...**, sub art. 1595, cit., p. 1205.

<sup>167</sup> Resulta interesante la precisión que sobre este aspecto hace la STS de 15 junio 1994 [RJ 1994\4925], al diferenciar entre el caso fortuito que contemplan los artículos a que hacemos referencia y la responsabilidad que emana del art. 1101 Cc., y dice textualmente: “Los arts. 1589 y 1590, determinan cuál de las dos partes, el contratista o dueño de la obra, ha de asumir el riesgo de la pérdida hasta que se produzca la entrega de la obra. Dichos preceptos, han de ser interpretados de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el riesgo a que se refiere el texto legal es el proveniente de caso fortuito; en tanto que la responsabilidad nacida de la conducta culposa o dolosa del contratista se rige por las normas generales de las obligaciones contenidas en los arts. 1101 y ss. Cc.”.

En el primer supuesto, es decir, que el comitente haya incurrido en mora de recibir la obra, se produce toda vez que éste retrasa, sin justa causa, su obligación de recibir la obra<sup>168</sup>.

Los presupuestos para que se configure la mora de recibir la obra son:

- a). Que la obligación de entregar sea exigible y vencida, esto es, cuando el acreedor ha aceptado la obra, salvo pacto en contrario;
- b). Que sumado a lo anterior, la obra haya sido puesta a disposición del acreedor por parte del contratista;
- c). Por último, se requiere que el acreedor, sin justa causa, rechace la entrega de dicha obra u omite realizar los actos necesarios que permitan al contratista entregar la referida obra<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Como señalan algunos autores, **GARCÍA-GALLO, Alfonso/LÓPEZ ORTIZ, Luis**: *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, p. 606; **SANTOS BRIZ**: "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", cit., pp. 393 y 394; **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 79; **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*..., cit., pp. 378 y 379 y **RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel**: *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, p. 153, para quien "la *recepción definitiva* de la obra impone (a menos que se pacte lo contrario), la transmisión de los riesgos, que se imputan al constructor por ser deudor de una obligación de resultado, al comitente, una vez cumplida la obligación".

Distinta es la opinión de **NART**: "Contrato de obra y empresa", cit., p. 817; **GARCÍA CONESA**: *Derecho de la construcción: adaptado a la normativa vigente a diciembre de 1995*, cit., p. 345 y **CABANILLAS SÁNCHEZ**: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 309 y 310, quienes sostienen que, de acuerdo a lo señalado en los arts. 1589 y 1590 Cc., la transferencia del riesgo se produce en el instante que el contratista hace *entrega* de la obra al comitente o cuando éste se constituye en mora de recibirla y no, como se postula por los autores antes citados, cuando se procede a su recepción definitiva.

<sup>169</sup> Como lo afirma **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra: su cumplimiento*, cit., pp. 136 y 137.

Habiéndose configurado los requisitos antes mencionados, las consecuencias jurídicas que se originan de la mora del acreedor son, como sabemos: que serán de su cuenta los gastos de conservación y custodia de la obra, por lo que se verá obligado a indemnizar al contratista de todos aquellos gastos en que hubiese incurrido por ese motivo desde la fecha en que se constituyó la mora; que los riesgos se transmitan al comitente, cuestión que ya habíamos indicado<sup>170</sup>.

Dichas consecuencias, se entienden, sin perjuicio de que de acuerdo a lo establecido en el art. 1176 Cc., estaríamos frente a la figura de incumplimiento contractual, pudiendo el contratista, en tal caso, liberarse de su obligación mediante la consignación de la cosa debida<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Así lo considera la STS de 3 de mayo de 1993 [RJ 1993\3400], que, sobre el particular, señala: "...El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al segundo apartado o submotivo (formulado con carácter subsidiario del anterior), por el que los recurrentes, denunciando infracción del art. 1589 del Código Civil, sostienen que como la entidad constructora se obligó a poner el material y la destrucción (o deterioro) de la obra se produjo antes de ser entregada, dicha constructora es la que, según ellos, debe sufrir la pérdida. El fenecimiento del expresado motivo viene determinado por la circunstancia, que los recurrentes pretenden ignorar, que la regla general de responsabilidad del constructor, que pone el material, por la pérdida (o deterioro) de la obra antes de ser entregada, tiene la excepción legal, que el propio precepto invocado establece, de que haya habido morosidad en recibirla por parte del comitente o dueño de la obra, supuesto excepcional que es el aquí concurrente, ya que es un hecho que la sentencia recurrida declara probado y que ha de ser mantenido incólume en esta vía casacional (como ya se ha dicho en el fundamento jurídico segundo de esta resolución) el de que la obra (construcción del chalet o «villa») fue terminada, conforme a lo pactado, a finales de septiembre 1982, en cuya fecha la entidad constructora la puso a disposición de los dueños, pero éstos, en septiembre 1984, por causas que no han sido justificadas, todavía no se habían hecho cargo de la misma, durante cuyo período de tiempo (septiembre 1982, fecha de terminación de la obra y puesta de la misma a disposición de los dueños-comitentes, y septiembre 1984, en que éstos todavía no se habían hecho cargo de la misma) se produjeron los deterioros del chalet, por causas, además, totalmente ajenas a la construcción del mismo".

<sup>171</sup> Así lo sostiene **MARTÍNEZ MAS, Francisco**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, p. 65.

En segundo lugar, el contratista y, en general, el deudor del resultado, no va a perder el derecho a la contraprestación cuando la imposibilidad de cumplir con la obligación, se deba a la conducta del propio acreedor que no haya observado las cargas de colaboración en el cumplimiento y de facilitación de la liberación del deudor, como, por ejemplo, omitir realizar los actos necesarios para que el contratista entregue la obra encomendada.

Además, hemos dicho que constituye una excepción a la obligación del contratista de asumir la pérdida de la cosa antes de su entrega, el supuesto en el cual los materiales hayan sido proporcionados por el comitente. En tal hipótesis, el riesgo del contratista no alcanza la pérdida o deterioro de la obra si ésta se ha debido a la mala calidad de los mismos, siempre que haya advertido oportunamente el contratista de esta circunstancia al comitente, a quien pasa a imputarse el riesgo<sup>172</sup>.

Es importante destacar, finalmente, que si en aquellos casos en que el comitente es quien suministra el material necesario para ejecutar la obra, se produce una pérdida parcial de la cosa, y dicha pérdida no es atribuible al contratista, el comitente habrá de abonar la parte proporcional de precio correspondiente a la parte de la obra que no se destruya, pero sólo en la medida que dichos materiales reporten algún beneficio al comitente. Así lo establece el párrafo 2º del art. 1595 Cc.<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> De esta forma lo señala **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil sub art. 1595, cit., p. 1827.*

<sup>173</sup> Como lo señala **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos, cit., p. 760.*

## 1. 5. 2. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso o incumplimiento del contrato

El contrato de ejecución de obra se configura en la actualidad sobre la base de un contrato de empresa organizado humana y materialmente. Por lo mismo, resulta frecuente, como venimos señalando, la utilización de servicios profesionales especializados en las diversas áreas de la construcción, con el objeto de dar cumplimiento a la obligación encomendada.

No obstante lo anterior, el contratista mantiene la potestad organizativa sobre dichos profesionales a la hora de dar cumplimiento al contrato<sup>174</sup>. De esta forma lo expresa el art. 1596 Cc. que señala: *“el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra”*.

En otras palabras, la redacción del precepto citado lo que hace es responsabilizar al contratista o empresario por lo ejecutado por las personas que emplea en la construcción<sup>175</sup>. De este modo, esta responsabilidad del contratista emana de los actos realizados por terceros ajenos al contrato mas no a la realización y conclusión del mismo.

Así, el art. 1596 Cc. está estrechamente relacionado, con el art. 1903 del mismo Cuerpo legal referido a la responsabilidad extracontractual, como veremos en el epígrafe correspondiente.

---

<sup>174</sup> Así, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 1206.

<sup>175</sup> En este sentido, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la LOE, cit., p. 449.



Entre las personas que el contratista emplea en la obra se deben entender incorporados los obreros o asalariados que, bajo dependencia del contratista, participen en la ejecución de la obra a través de la figura de un contrato de trabajo o de cualquier otro tipo de relación jurídica<sup>176</sup>, pero incluye, asimismo, a los subcontratistas a quienes el contratista encargue la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra.

Estos profesionales (los subcontratistas) vincularán directamente al contratista por los daños y perjuicios que el ejercicio de su profesión u oficio provoque en la obra, y en consecuencia, al que la encarga, sin perjuicio de la responsabilidad directa por ruina que les corresponda, en virtud de la aplicación del art. 1591 Cc, concordado con lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Para terminar, se incluye dentro de esta enumeración a los subcontratistas que se vinculan con el contratista por medio de un contrato de subarrendamiento de la obra, y que se encargan, por regla general, de la ejecución de determinados aspectos de la obra. En este caso, la responsabilidad del contratista sigue siendo directa, sin perjuicio de que posteriormente pueda accionar contra ellos a objeto de recuperar lo pagado con motivo de su mala actuación<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Para **ALBACAR LÓPEZ**: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1664: "la responsabilidad del contratista no quedará subordinada a la prueba de que en su elección o en su vigilancia medió culpa, ya que se trata de una responsabilidad contractual que le liga con el comitente, y que se produce por el mero hecho de que la obra no resulte bien ejecutada, con independencia de que medie la aludida culpa *in eligendo* o *in vigilando* por parte del contratista, culpas que, por el contrario, deberán ser acreditadas, si lo que se tratase de depurar fuera la responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados por las personas empleadas en la obra a terceros ajenos al contrato".

<sup>177</sup> Pero respecto de este punto precisa **ALBACAR LÓPEZ**: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1664, que es necesario distinguir si la relación que une al contratista con los terceros que intervienen en la realización de la obra es de subcontrato o subarriendo de la obra, con aquellos otros en los que hay una cesión de contrato.

### 1. 5. 2. 1. Imputable al contratista

La responsabilidad contractual proviene, como es sabido, del cumplimiento defectuoso o incumplimiento de un contrato y consiste, esencialmente, en indemnizar los perjuicios resultantes de dicha infracción, y se fundamenta en el vínculo jurídico preexistente entre el autor del daño contractual (en este caso, el contratista) y quien lo sufre (el comitente)<sup>178</sup>.

En efecto, dicha responsabilidad emana de los contratos, nace de las condiciones establecidas por las partes, y, de conformidad a lo que determina el Código civil, supone que si el obligado a hacer una cosa (supuesto que aquí nos interesa) no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Además de ello, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho, y, conjuntamente, se le imponga la obligación de resarcir los daños con los respectivos intereses (art. 1098 Cc.)<sup>179</sup>.

Y, en relación con ello, es preciso recordar que en el ejercicio de su labor, el arquitecto o contratista no sólo debe cumplir con la diligencia impuesta por los términos del contrato (arts. 1091, 1098 y 1124 Cc.), sino que, de acuerdo a lo establecido por el art. 1258 del Cc., debe asimismo actuar conforme a *la buena fe, al uso y a la ley* esto es según los cánones de buena fe, la legislación vigente sobre la materia y la *lex artis*, como ya

---

<sup>178</sup> Sostienen esta postura, entre otros, **CADARSO PALAU Juan**: "El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970", en *A.D.C.*, 1970, pp. 671-677; **CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio**: "La responsabilidad del constructor que vende pisos y locales defectuosamente construidos", en *A.D.C.*, 1982, pp. 288 y 289 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Ob., cit.*, p. 1830.

<sup>179</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado en relación a esta responsabilidad, entre otras, en la STS de 11 de febrero de 1992 [RJ 1992\978], 8 de junio de 1992 [RJ 1992\5168], 10 de marzo de 1993 [RJ 1993\1829], 8 de junio de 1993 [1993\4469] y 14 de octubre de 1994 [RJ 1994\7552].

tuvimos ocasión de ver, razón por la cual no volveremos sobre ello para evitar reiteraciones<sup>180</sup>.

Sin embargo, además de la responsabilidad que emana de sus propios actos, el contratista es responsable ex art. 1596 Cc. por el cumplimiento defectuoso de quien trabajan para él, ya sea en calidad de auxiliares, dependientes o subcontratistas, ya que el contratista es responsable frente al comitente del resultado final de la obra (sin perjuicio, como señalamos en el epígrafe anterior, de la especial situación que se produce toda vez que no se trate de un subcontrato propiamente tal sino que de un subarriendo, o una cesión de contrato).

#### **1. 5. 2. 2. Inserción de una cláusula penal en el contrato por cumplimiento extemporáneo**

En el contrato de ejecución de obra es lógico y razonable predecir un cumplimiento extemporáneo por parte del arquitecto o contratista. Por este motivo, y en previsión de ello, quien encarga la obra puede imponer al contratista, en resguardo de sus intereses, una indemnización, alzada o proporcional al tiempo de tardanza en la entrega de la obra, por retraso en la terminación de la misma. Es la cláusula penal<sup>181</sup>.

La finalidad de dicha cláusula es, por lo general, garantizar el cumplimiento del plazo pactado para la terminación de la obra, o, dicho de otro modo, sancionar económicamente al contratista en el caso de que

---

<sup>180</sup> V. *supra* 1.3.

<sup>181</sup> De esta forma **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 126, la define como: "aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal con el objeto de garantizar el cumplimiento de ésta, e imponiendo al deudor una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que no cumpla, cumpla irregularmente o con retraso su obligación".

incumpla, cumpla irregularmente o retrase culpablemente la realización de la prestación objeto de la obligación de ejecutar la obra<sup>182</sup>.

En ese sentido, resulta interesante destacar algunos aspectos muy concretos que dicha obligación accesoria puede presentar en el contrato de obra<sup>183</sup>. Los vemos.

### 1. 5. 2. 3. a). Posibilidad o imposibilidad de su moderación ex art. 1154 Cc.

El art. 1154 Cc. prescribe: *“El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”*<sup>184</sup>. Según este artículo, el juez está facultado para

---

<sup>182</sup> Así lo afirman, expresamente, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 249 y ss., cuando señala: “mediante la cláusula penal se sustituye la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento en el plazo pactado, o de la mora, por una cantidad que el contratista debe pagar al comitente, generalmente una cantidad fija por cada día de retraso, sin perjuicio de pactar, además, el resarcimiento de daños”; **SANTOS BRIZ**: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, cit., p. 397; **SALVADOR CODERCH**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 1188; del mismo modo apuntan **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la LOE*, cit., pp. 325 y 326, que en previsión de un retraso, suele insertarse en los contratos la cláusula penal imponiendo cierta sanción pecuniaria por cada día de demora. En la práctica -afirman los autores- dicha cláusula estipulada en el contrato de obra tiene el carácter de pena moratoria; **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código civil*, cit., pp. 126 y 127; y **FISAC DE RON, María Paloma**: *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 26 y 27.

<sup>183</sup> Queremos advertir sobre la imposibilidad de tratar por completo el régimen jurídico de la cláusula penal, pues desbordaría con mucho el trabajo que nos hemos encomendado en esta ocasión, por este motivo, en los epígrafes que siguen sólo analizaremos los aspectos de la cláusula penal que a nuestro juicio más interesan tratándose del contrato de ejecución de obra.

<sup>184</sup> El Proyecto de 1851, en su art. 1085, establecía: *“El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte y no en el todo”*. Dicha redacción, originaria del Code francés, era justificada por **GARCÍA GOYENA**: *Concordancias, motivos y comentarios del*

variar la pena, en atención al grado de consecución parcial o anómala de la obra, a menos que se haya estipulado una sanción monetaria por retardo en la culminación de la misma<sup>185</sup>.

El art. 1154 Cc., debe, sin embargo, ser interpretado en su debida magnitud, ya que dicha norma sólo autoriza al juez para moderar *equitativamente* la pena convencional, y en aquellos casos en los que se ha previsto una pena para el incumplimiento total de la obligación, y resulte, en la práctica, un cumplimiento parcial o irregular, dado que, en tales supuestos, la pena sería desmedida y se derivaría su moderación.

Este proceder no es admisible, sin embargo, cuando las cláusulas penales cumplen una función *moratoria*, ya que, en este caso, al

---

*Código civil español*, cit., pp. 117 y 118, al señalar: "Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar a la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligación, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado a ejecutarlo. El juez, para la modificación de la pena, deberá tener en cuenta la posición respectiva de las partes, y todas las demás consideraciones de equidad que pueden ilustrar su prudente arbitrio".

<sup>185</sup> En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de marzo de 1983 [RJ 1983\1654], 20 de abril de 1983 [RJ 1983\2115], 13 de julio de 1984 [RJ 1984\3981], 10 de mayo de 1989 [RJ 1989\3679], 2 de noviembre de 1989 [RJ 1989\7839], 19 de febrero de 1990 [RJ 1990\700], que, al respecto, nos dice: "El art. 1154 del Cc. también alegado por la parte recurrente constituye más bien un mandato para el Juez, es decir, preceptúa y dispone el deber de moderar equitativamente la pena, pero en cuanto el propio precepto remite a la equidad es también una facultad de arbitrio en cuanto a la entidad de la moderación"; asimismo, la STS de 26 de abril de 1991 [RJ 1991\3062], 2 de junio de 1991 [RJ 1991\4406], 6 de junio de 1995 [RJ 1995\5055], que señala: "aunque el artículo 1154 Cc. impone al juzgador la obligación de moderar la pena, y si no lo hiciese obviamente cabría la censura casacional, condiciona dicha obligación a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor"; la STS de 15 de noviembre de 2000 [RJ 2000\8988], que dispone: "tal compensación no cabe en un supuesto como el presente en el que hay pactada una indemnización por días de retraso del contratista constructor, pues aunque existiera retraso imputable a la propiedad, no tendrían ninguna justificación los días de retraso añadidos por parte del constructor e imputables a su propia y exclusiva culpa...".

producirse el retraso se está incumpliendo de manera absoluta la obligación<sup>186</sup>.

No obstante lo anterior, sí conocemos Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se ha ajustado la pena moratoria convenida para la situación de retraso en la terminación de las obras, por entender que la mora del deudor era un supuesto de cumplimiento irregular.

Destacamos, entre éstas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1991<sup>187</sup>, por la cual, la parte demandante denuncia la aplicación indebida del art. 1154 Cc., que se produce *no por la moderación efectuada sino por no entrar en juego los presupuestos para que pueda operarse la moderación, y por tanto el art. 1154, al no encontramos en*

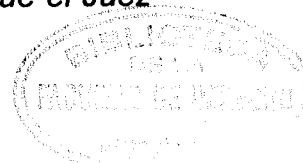
---

<sup>186</sup> Como lo expresan **DAVILA GONZÁLEZ, Javier**: *La obligación con cláusula penal*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1992, p. 396, quien nos dice: "la pena moratoria consiste en el pago de una cantidad por día de retraso, *prima facie* parece que no podría ser moderada: de producirse el retraso, por cada día se daría totalmente, se debería la cantidad pactada por ese período de tiempo, y no parece que haya lugar al cumplimiento parcial"; para **AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de**: "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997", en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo, 1998, núm. 46, p. 369: "no es posible la moderación de las penas moratorias en ningún caso, pues o se incurre en la circunstancia sancionada con la penalidad (el retraso) o no, pero lo que no es posible es considerar que existe "parte de retraso". Si el cumplimiento no es puntual la pena despliega su eficacia con independencia del número de días en que consista". En el mismo sentido se pronuncia la autora en *La función liquidadora de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 85-94; **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la LOE*, cit., p. 328, señalan: "a la sanción por retraso en la entrega de la obra no le es posible aplicar el art. 1154 Cc que regula la moderación equitativa de la pena por el juez cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, y en el caso de sanción por retraso en la entrega de la obra no es posible un cumplimiento parcial o irregular"; por último, **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., pp. 42-51, asevera: "cuando se estipula una sanción económica por retraso en la terminación de la obra (pena moratoria) entendemos que no es posible la moderación de la cláusula penal por el juez".

<sup>187</sup> [RJ 1991\4406].

*presencia de una prestación que pueda ser realizada parcialmente, por se indivisible, con lo cual es imposible concebir un retraso parcial.*

Ante tal argumentación el Tribunal Supremo se pronuncia señalando “Es pacífica y reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de entender que el precepto que contiene el art. 1154, denunciado, constituye un mandato para el juez en el sentido de moderar equitativamente la pena, pero en cuanto la Ley remite al concepto de equidad, art. 3-2 Cc., es también facultad de arbitrio, en cuanto al montante de la moderación, por lo que esta facultad no es susceptible de recurso de casación, o dicho de otro modo, no es revisable por el T. S. al tratarse de un juicio de equidad, por lo que es admisible ese incumplimiento parcial o en parte por el deudor, y, por ende, cabe perfectamente en la posibilidad de atenuar en equidad lo dispuesto en ese repetido art. 1154 C. Civ., por cuanto que el supuesto de hecho encaja «ad hoc» en una de las modalidades sobre las que el Juez habrá de aplicar dicha moderación en equidad”.



**1. 5. 2. 3. b). Exigibilidad o no de la cláusula penal: ante un aumento de obra; si existe retraso consentido; tras la recepción de la obra sin reservas**

La cláusula penal que castiga la demora en la culminación de la obra no será exigible si se han originado cambios o alteraciones al plan inicial o si se han realizado obras imprevistas que generen un aumento de la obra inicialmente pronosticada, como consecuencia de haberse modificado los hechos que le dieron origen.

Si se han producido alteraciones trascendentales que desvirtúan la eficacia de la cláusula penal, la cual desaparece al modificarse la obligación principal garantizada a través de la cláusula pactada.

De esta forma lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en sus fallos más recientes, ha reiterado que la pena pactada en dichas cláusulas sólo puede aplicarse si una vez establecida, sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, ya que si dichos supuestos se alteran la eficacia de tal cláusula desaparece<sup>188</sup>.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001<sup>189</sup>, señala:

*“La cláusula penal no puede aplicarse, como obligación accesorio, cuando la obligación principal ha variado”. “se han producido tales alteraciones en la obra que no se mantiene el plazo de terminación de la misma y no puede, por ello, aplicarse la cláusula penal referida a dicho plazo. Tampoco puede tomarse una cláusula que contempla un acuerdo entre las partes a efectos de prorrogar el plazo cuando aumenta la obra, para mantener incólume aquella cláusula penal”.*

Contrarios a dicha postura de la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado ciertos autores, que creen ver en el argumento de la

---

<sup>188</sup> De esta forma las STS 7 de diciembre de 1959 [RJ 1959\4491], 29 de abril de 1965 [RJ 1965\2434], 13 de octubre de 1966 [RJ 1966\4405], 10 de junio de 1969 [RJ 1969\3358], 22 de enero de 1980 [RJ 1980\83], 9 de julio de 1986 [RJ 1986\4493], 15 de diciembre de 1995 [RJ1995\9099], 25 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8400], que, sobre el particular, señala: “la pena pactada sólo puede aplicarse si, una vez establecida, sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó”, y añade: “si dichos supuestos se alteran la eficacia de tal cláusula desaparece, como cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron los precios y hubo además exceso de obra, que no se demostró inútil, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado”; 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9701], 30 de marzo de 1999 [RJ 1999\1719], 29 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8224], 14 de diciembre de 1999 [RJ 1999\8903], 15 de noviembre de 2000 [RJ 2000\8988], entre otras.

<sup>189</sup> [RJ 2001\5966].



Sentencia citada una puerta abierta para, amparados en esa circunstancia, propiciar la falta de puntualidad en el cumplimiento de los contratos, en los que, casi con una total certeza, no se aplicará la penalidad por haber decaído sus presupuestos de aplicación.

Así las cosas, se ha afirmado<sup>190</sup>, con razón, que las alteraciones modificaciones o ampliaciones a la obra pactada inicialmente no supone una variación de la pena, en si misma considerada, sino únicamente de la fecha de la entrega de la obra, la que por cierto deberá ser corregida atendiendo la variación del plazo al que nos referimos.

Concordamos con el razonamiento antes expuesto, ya que, lo contrario, lleva a una total omisión de la voluntad de los contratantes inaceptable a todas luces. Pero además, lo que es más peligroso, facilita la inaplicación de la pena en cuanto concurra cualquier alteración que signifique un aumento de obra, y, en consecuencia, una modificación de los plazos fijados para el cumplimiento de la misma, lo que, a buen seguro, ocurrirá casi siempre, como la práctica nos demuestra con enorme frecuencia.

En el contrato de ejecución de obra, la cláusula penal tampoco es exigible cuando el comitente ha aceptado la demora en la culminación de la obra.

De esta forma lo ha expresado el Máximo Tribunal, que, sobre este punto, ha señalado que si existe consentimiento mutuo entre las partes

---

<sup>190</sup> Por todos, **AMUNATEGUI RODRÍGUEZ**: *La función liquidadora de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 370 y 371, al manifestar lo siguiente: "no creo en absoluto que la existencia de alteraciones, modificaciones o ampliaciones de la obra inicial tenga que llevar inexorablemente a la inaplicación de la pena prevista, sino a un nuevo cálculo de la fecha de entrega de las obras, descontando todo aquellos días en los que el retraso no sea imputable al contratista o constructor. Es evidente, que por la alteración de las circunstancias no puede aplicarse la pena tal como estaba prevista inicialmente, pero no por la pena en sí, ni por su cuantía, sino por la fecha de entrega, que deberá rectificarse teniendo en cuenta la influencia de las modificaciones sobre la misma, y una vez determinada, nuevamente aplicar la pena pactada al retraso real".

contratantes en la dilación de la obra, no es posible luego demandar la aplicación de la cláusula penal acordada por las partes al suscribir el contrato<sup>191</sup>.

Posición que nosotros compartimos, tanto si las partes han acordado expresamente la prórroga de los trabajos inicialmente pactados, y con ello a una ampliación del plazo, como si, ha habido una prórroga tácita de los mismos, pero mutuamente consentida por las partes. En ambos casos, como se observa, ha habido un acuerdo de voluntades encaminadas a dicha extensión de la obra, que se coloca sobre cualquier interpretación restrictiva de los acuerdos de contenido sancionador, como lo es la cláusula penal.

Por último, se plantea la doctrina el problema de si es o no exigible la cláusula penal por retraso en la culminación de la obra si se ha producido

---

<sup>191</sup> Así, STS de 1 de junio de 1995 [RJ 1995\4587], que señala: “Se aduce infracción del artículo 1152 del Código civil (motivo seis por la vía del número 5.º del artículo procesal 1692), para sostener la procedencia de la reclamación por retraso en la ejecución de la obra convenida y que la sentencia de apelación no apreció. El referido precepto civil no es de aplicación al presente caso, ya que si bien dicha norma resulta sancionadora y eficaz cuando se pacta y conviene expresamente como efectiva cláusula penal y así la contiene el contrato de construcción que las partes produjeron en documento de 9 de marzo de 1987 (cláusula 3.ª, en base a 50.000 ptas. diarias), la eficacia jurídica vinculante del retraso denunciado sólo tendría lugar cuando efectivamente hubiera concurrido por causas únicamente imputables a la constructora, lo que no aconteció, pues la obra se pactó con una duración fijada por dieciocho meses y debía de estar concluida el 30 de septiembre de 1988; no obstante ello se continuó por acuerdo tácito, mutuamente consentido de las partes, lo que libera al contrato de la cláusula penal convenida, pues sólo habrá de operar dentro del tiempo expreso negociado para la finalización de los trabajos constructivos, y al haberse continuado los mismos, también se produjo prórroga del contrato hasta el mes de enero de 1989, en que la empresa abandonó unilateral y definitivamente la obra, pero no ha de entenderse que también hubo prórroga y vigencia de la referida cláusula penal a períodos posteriores a los convenidos negocialmente. La interpretación de estas estipulaciones ha de ser restrictiva, dado su contenido sancionador, con lo que no cabe admitir su prolongación y supervivencia más allá de lo pactado ni su extensión fuera de lo expresa y estrictamente convenido...”.

la recepción de la obra y el comitente no ha formulado reparo alguno sobre la misma.

Sobre este punto, hay autores que se han pronunciado inclinándose por la no exigibilidad de la cláusula penal una vez que se ha recibido la obra sin haber formulado reparo alguno, ya que, en este caso, estaríamos frente a una aceptación tácita de la obra, o, en sentido inverso, una renuncia implícita de la exigencia de la cláusula acordada<sup>192</sup>. Apreciación ésta con la que concordamos plenamente, más aún si a los argumentos antes esbozados, se suma el efecto liberatorio, que en todo orden de cosas, supone la recepción de la obra por parte de quien la encarga.

---

<sup>192</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros autores, **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 248 al señalar: "que existe renuncia implícita a la exigibilidad de la cláusula penal cuando el comitente recibe la obra y paga el precio convenido sin protesta alguna"; **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1198, quien señala: "es discutible si la aprobación-recepción sin protesta alguna al respecto extingue las pretensiones derivadas de la aplicabilidad de cláusulas penales. Se trata de una cuestión de interpretación aunque, en principio, podrá defenderse la extinción si el supuesto material de incumplimiento para el que se previó la cláusula es aparente (el ejemplo más claro es el del retraso que, evidentemente, es siempre manifiesto)"; en opinión de **GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen**: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 145, la recepción sin reservas supone que la obra ejecutada es conforme a lo convenido, y ello significa que con la recepción se extinguen las pretensiones de cualquier incumplimiento aparente; y, en la misma línea, **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 126. De parecer contrario es **MARTINEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios...*, cit., p. 51, quien, sobre el particular, afirma no compartir la tesis antes expuesta, ya que "la recepción de la obra produce como uno de sus efectos jurídicos la exención al constructor de aquellos vicios o defectos de construcción aparentes que no hayan sido debidamente denunciados por el promotor, pero, por el contrario, no comporta la exención de cualquier otro incumplimiento contractual (como es el caso del retraso en la terminación de la obra). En este sentido, consideramos que, aunque el promotor reciba la obra y no haya efectuado ninguna reserva o manifestación, de que la misma se ha terminado con retraso, conforme al plazo pactado, podrá exigir la eficacia de la cláusula penal pactada en el contrato de obra, puesto que se han dado todos los presupuestos necesarios para su validez y exigibilidad".

En este sentido, toda recepción que concluya en aprobación o aceptación libera al contratista de responsabilidad tanto por los vicios o defectos de la misma, como por el incumplimiento parcial o irregular motivado por la mora en entregar la obra encomendada<sup>193</sup>.

### 1. 5. 3. Responsabilidad extracontractual por daños a terceros

En la actividad constructiva, como en muchas otras tareas complejas se presentan innumerables situaciones en las que se causan daños.

Cuando dichos perjuicios provienen de la trasgresión del deber general *de no causar daño injusto a otros*, y se causa en las personas o en los bienes de terceros, estamos ante la responsabilidad extracontractual o aquiliana<sup>194</sup>.

De esta forma, "la responsabilidad extracontractual es la que surge de los daños que por la ejecución material de una obra o por vicios o defectos de éste se ocasionan a terceros (propietarios colindantes, arrendatarios, vecinos etc.)"<sup>195</sup>.

Pero, de conformidad al art. 1596 Cc., estrechamente relacionado con el art. 1903 del mismo Cuerpo legal, referido a la responsabilidad

---

<sup>193</sup> Así, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra: su cumplimiento*, cit., p. 119; **SALVADOR CODERCH**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p.1197 y **CADARSO PALAU**: "*Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra*", en *Contratos de Servicios y de Obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995, pp. 96 y 97.

<sup>194</sup> Si bien las tendencias modernas del denominado derecho de daños enfatizan en el carácter protector de la víctima, más que en la función sancionadora de los actos. Así, la responsabilidad se concibe más centrada en la persona que sufre el daño y no tanto en aquel que lo causa, provocando con ello una delimitación mucho más tenue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

<sup>195</sup> De esta forma, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción*, cit., p. 467.

extracontractual, la obligación de reparar el daño causado se impone “no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”, entre éstas, las mencionadas en el párrafo 4º del precepto citado que dispone: “Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en lo que estuviesen empleados...”.

Así las cosas, esta responsabilidad alcanza al arquitecto o contratista, cuando el daño provocado a terceros totalmente ajenos a la relación contractual, proviene de los actos de sus dependientes, ex art. 1903 Cc.<sup>196</sup>.

Ciertamente, aún cuando en el Ordenamiento jurídico español, la responsabilidad sea de naturaleza culposa, la jurisprudencia, siguiendo la tendencia general a que hemos hecho referencia, ha tendido a hacer objetiva la culpa, y, a través de la inversión de la carga de la prueba y la aplicación del art. 1104 Cc., ha declarado que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que se refiere el art. 1902 Cc, se presume culposa<sup>197</sup>.

De esta forma, el agente o actor del daño es quien se halla en la obligación de destruir dicha presunción demostrando haber obrado con la

---

<sup>196</sup> Así lo señala **FERNÁNDEZ PIRLA**: *Arquitectura legal y tasaciones inmobiliarias*, cit., p. 43, quien considera que “en el caso del arquitecto, ni el constructor ni los obreros son dependientes suyos, ni aún el aparejador que actúa con esfera de competencia y responsabilidad”. Esta precisión nos parece correcta, en particular, atendiendo al contenido de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que establece delimitadamente la responsabilidad de cada uno de esos agentes por separado, o, solidariamente, cuando no pueda ser atribuida en forma individualizada (Exposición de Motivos de la LOE). A menos en el caso de los obreros, cuando el arquitecto actúe en calidad de empresario, como acabamos de ver.

<sup>197</sup> De tal opinión **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción*, cit., p. 467.

diligencia y cuidados debidos<sup>198</sup>, en atención a las circunstancias que asisten en el caso de que trate. Ése desplazamiento de la carga de la prueba del actor al demandado, tiene aún mayor fuerza cuando se añade la nota de profesionalidad propia de la culpa.

Otro aspecto importante de relevar, es que para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual, corresponderá al actor probar no sólo el daño o perjuicio, sino también que ha existido una relación de causa a efecto entre el perjuicio sufrido y la falla o defecto de la construcción. Es decir, la responsabilidad surge siempre que de sus actos se han derivado daños y perjuicios, que a su vez provienen de los vicios de la construcción o del diseño de la obra.

La responsabilidad extracontractual o aquiliana adquiere el carácter de solidaria, toda vez que sea imposible precisar el nivel de participación de cada uno de los posibles causantes del daño. Por este motivo, quien ejerce la acción para hacer efectiva dicha responsabilidad puede dirigirla conjunta o separadamente contra cualquiera de los sujetos pasivos de la obligación<sup>199</sup>, lo que sin duda, es muy beneficioso para el actor.

---

<sup>198</sup> Así, la STS de 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8300], señala: *"La tendencia jurisprudencial (invocada en el motivo por la recurrente) hacia una cierta objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, de tal modo que si aparece acreditado que en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado, sino que el mismo fue debido a la culpa exclusiva de la víctima, ha de excluirse totalmente la responsabilidad de dicho demandado"*.

<sup>199</sup> La STS de 17 de febrero de 1999 [RJ 1999\1244] señala: *"El encargo de la obra, en general, y en el supuesto de autos, en particular (fallecimiento de un trabajador al caer de un andamio que carecía de las barandillas, rodapiés y elementos de seguridad indispensables para evitar el deslizamiento de los trabajadores, materiales o herramientas), desempeña la función de control de la obra, actúa por cuenta de la empresa e incurre, si procede, como en el caso, en culpa in vigilando, no dándose infracción del art. 1902 Cc. en su condena solidaria a cumplir la obligación de indemnizar por razón de la muerte del trabajador. Es un hecho acreditado, en el caso, el que el andamio carente de las medidas de seguridad exigidas desde el que cayó el trabajador fallecido, había*

Distinta es la situación de la Ley de Ordenación de la Edificación, la que sólo trata la responsabilidad de los agentes de la edificación a propósito de los daños causados a *“los propietarios y terceros adquirentes”*, dejando fuera de su ámbito de responsabilidad a *“terceros ajenos al proceso de edificación”*. De este modo, el art. 19. 9. b) de la LOE dispone: *“salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere dicha ley, no cubrirán los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio”*, por lo tanto, dichos daños deben someterse al régimen común de responsabilidad civil extracontractual contemplado en el Código civil<sup>200</sup>.

La teoría que radica la responsabilidad por los daños causados a *“terceros ajenos al proceso de edificación”* en la normativa de Derecho común, tiene a su favor el hecho de que la responsabilidad contractual está ya adecuadamente considerada en los arts. 1101 y ss. Cc.<sup>201</sup>, si bien han de ser tenidos en cuenta algunas diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y extracontractual como en materia de plazos de prescripción y así como en relación al carácter general o específico de una u otras normas<sup>202</sup>.

---

*sido instalado bajo la dirección y supervisión del aparejador recurrente, por lo que no cabe apreciar ausencia de culpabilidad y de nexo causal en relación con el daño producido, siendo, en consecuencia, conforme a derecho su condena solidaria a indemnizar la muerte del referido trabajador. El art. 1903 Cc. establece la responsabilidad de la empresa, aunque el texto exprese “dueños o directores...”, como responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo, basada en la culpa in vigilando o in eligendo que origina la obligación de reparar el daño, directa y solidaria con los causantes del mismo. Esta norma no ha sido infringida en el supuesto de autos (...), pues la empresa recurrente era la contratista, por contrato de obra, de la rehabilitación de la fachada en cuyo desarrollo se produjo el daño del que responde como tal empresa”.*

<sup>200</sup> Así, **ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción*, cit., p. 469.

<sup>201</sup> Como lo asevera **ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Ob.*, cit., p. 469.

<sup>202</sup> Como lo apunta **SANTOS BRIZ**: “El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica”, cit., pp. 410 y 411.

Así, el art. 1907 Cc. según el cual *“el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de reparaciones necesarias”*, fija una responsabilidad extracontractual del propietario. Esta responsabilidad es de naturaleza subjetiva o culposa, por cuanto para que se dé la ruina ha de provenir de la omisión de las reparaciones necesarias, o, como se apunta, de la negligencia o descuido del dueño del inmueble<sup>203</sup>.

Lo mismo sucede tratándose del art. 1908 Cc. que, por su parte, establece la responsabilidad extracontractual del propietario por los daños a que hace referencia dicho artículo: *(explosión de maquinas, inflamación de sustancias explosivas, humos nocivos, caída de árboles o emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infecciosas)*.

Por último, el art. 1909 Cc. constituye una excepción a la norma de responsabilidad del dueño del inmueble establecida en los artículos reseñados en los párrafos anteriores cuando los daños resultaren por defectos de construcción, en cuya hipótesis el tercero que los sufra *“sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal”*.

De este modo, el art. 1909 Cc. se ocupa de la responsabilidad por ruina a terceros con quienes el responsable no tiene un nexo previo al daño.

En materia de Derecho comunitario la mencionada responsabilidad, según disponen los arts. 40, 178, 151 de los Tratados CECA, CEE y EUROTOM, respectivamente, deriva, en materia de construcción, del dictado o ejecución de normas de carácter técnico o jurídico que causen

---

<sup>203</sup> Lo dispuesto en el art. 1907 Cc. debe relacionarse según **SANTOS BRIZ**: *Ob., cit.*, p. 411, con lo establecido en el art. 389 Cc., precepto que, como sabemos, obliga al propietario, cuando el inmueble amenace ruina, a proceder a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.



un perjuicio económico a un ciudadano o produzcan algún tipo de discriminación valuable en dinero<sup>204</sup>.

Los requisitos objetivos que deben cumplirse, al objeto de iniciar una acción judicial, son:

- a. Que la actuación se inicie sin abuso de procedimiento (es decir, para eludir las exigencias de otros recursos o subsanar errores), que la ejecución por los organismos nacionales de los actos comunitarios ilícitos o ilegales sea correcta y que se hayan agotado las vías de Derecho interno (subsidiaridad)<sup>205</sup>,
- b. Que el perjuicio no haya sido causado por las autoridades nacionales por la aplicación defectuosa de actos comunitarios válidos, y,
- c. Que no nazca el daño o perjuicio irrogado de una acción comunitaria fuerza del ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, se mencionan como requisitos subjetivos: la existencia real o presunta de un daño y el que el daño sea personal.

---

<sup>204</sup> De esta forma, **ABASCAL MONEDERO, Pablo José**: *La responsabilidad por vicios en la construcción: análisis del art. 1591 Cc.*, Edit. Hispalex, Sevilla, 1999, p. 54.

<sup>205</sup> Así, **CIENFUEGOS MATEO, Manuel**: "Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros: estudio de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales", en *JMB*, Barcelona, 1998, quien señala que "la acción para hacer responder extracontractualmente a las Comunidades por los daños y perjuicios causados por sus instituciones o sus agentes es la última vía de acceso a título principal de la que disponen los particulares".

Por último, como requisito temporal se establece el plazo de cinco años de prescripción de la acción, cuyo computo inicia desde la aparición del hecho lesivo o realización efectiva del perjuicio.

#### **1. 5. 4. Responsabilidad constructiva ex art. 1591 Cc. y LOE**

Una vez entregada y recepcionada la obra, el contratista ha cumplido su obligación, por lo que, en principio, debería cesar su responsabilidad. Sin embargo, tratándose de la construcción de un edificio en la que los vicios se ponen de manifiesto a largo plazo, el comitente debe estar protegido contra la impericia del contratista<sup>206</sup>, por ello que deba responder por los daños y perjuicios causados en el edificio.

Dicha responsabilidad constructiva nace por imperativo legal, en concreto, el art. 1591 Cc., que prescribe:

*“El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio de suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato la acción de indemnización durará quince años”.*

El tenor de este precepto ha dado lugar a un profuso estudio por parte de la doctrina científica y jurisprudencial. Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad decenal emanada de este artículo por ruina de un

---

<sup>206</sup> Así, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 361.

edificio<sup>207</sup>, más aun en el último tiempo, al intentar interpretarla acorde con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de 1999, de Ordenación de la Edificación.

Debido a que excede el ámbito particular de este estudio, sólo nos referimos a la responsabilidad civil constructiva, aprovechando esta oportunidad que se nos confiere, al objeto de analizar brevemente si la LOE altera o no lo dispuesto en el art. 1591 Cc. acerca de la mentada responsabilidad decenal<sup>208</sup>.

La aprobación y posterior entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación causó sorpresa en el medio jurídico, atendido el hecho de que durante el tiempo anterior a dicho suceso se había generado un consenso relativo en torno a la necesidad de modificar el Código civil en materias propias de los contratos de arrendamientos de obra y de servicios<sup>209</sup>.

Una ligera lectura de Ley de Ordenación de la Edificación hacía suponer que, a grandes rasgos, la normativa contenida en el Código civil y referida al contrato de ejecución de obra debía entenderse sometida a esta nueva Ley, de conformidad a lo establecido por su art. 1, que señala:

*"El objetivo prioritario es regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo fijando sus obligaciones"*

---

<sup>207</sup> En este sentido, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 361, quien considera: "el tenor literal del art. 1591 Cc. es un pálido reflejo de la importancia de un especial régimen normativo de responsabilidad que ha generado verdaderos ríos de tinta doctrinales, así como numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo, en perfecto paralelismo con la importancia de la materia".

<sup>208</sup> V. *supra*, nota 25.

<sup>209</sup> Así, **LASARTE ALVAREZ**: *Ob., cit.*, p. 354.

*para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios”.*

Y continúa en el art. 2:

*“Para ello se define técnicamente el concepto jurídico de la edificación y los principios esenciales que han de presidir esta actividad y se delimita el ámbito de la ley, precisando aquellas obras, tanto de nueva construcción como en edificios existentes, a las que debe aplicarse...”.*

En otras palabras, la Ley de Ordenación de la Edificación afecta de manera importante al contrato de construcción de edificaciones, ya que comprende en dicho concepto, según lo establece su art. 2.2, las obras de construcción que, requiriendo un proyecto constructivo, sean de nueva construcción; o de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, etc., o más conocidas como *obras mayores*.

En cambio, el mencionado precepto excluye, en su letra a), a las denominadas *obras menores*, como las de nueva construcción que, siendo de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta, a las cuales se suman, por establecerlo así, la Disposición Final 4ª de la LOE, que excluye los contratos de construcción de edificaciones para cuyos proyectos se hubiere solicitado la correspondiente licencia de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

Así las cosas, habría que preguntarse, seguidamente, si la Ley de Ordenación de la Edificación viene, con su contenido, a derogar el art. 1591 Cc.

La respuesta a esta pregunta, tiene, a la fecha, pronunciamientos de diversa índole, desde quienes postulan su absoluta derogación, pasando por quienes plantean problemas de coordinación entre ambas normativas, hasta quienes, en el polo opuesto, sostienen la independencia del contenido del Código civil, de lo dispuesto en la LOE. Pero vayamos con calma.

Quienes apoyan la primera postura, es decir, aquella que sostiene que *el art. 1591 Cc. es una norma derogada* a la luz de lo dispuesto en la nueva Ley, se fundamentan en que el contrato de construcción de edificios, usualmente considerado el modelo básico de los contratos de obra, está sujeto, por disponerlo así, su art. 2, a la Ley de Ordenación de la Edificación hace tres años promulgada. Por lo que, sólo podrán ser aplicadas las normas sobre responsabilidad constructiva contenidas en el Código civil y en las demás disposiciones complementarias, cuando éstas no resulten contrarias a la LOE<sup>210</sup>.

Por este motivo, la responsabilidad por ruina contenida en el art. 1591.1 Cc. se entiende derogada por el art. 17 LOE, en relación con aquellos contratos que tengan por objeto obras de edificación en el sentido del art. 2 LOE. En lo que concierne al resto de los vicios constructivos, resulta

---

<sup>210</sup> De esta forma **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1829, al afirmar: "ahora bien, en la actualidad, esta regulación se ha visto afectada por la entrada en vigor de la LOE, que, si bien no ha derogado los preceptos que él contiene dedicados al contrato de obra (salvo la derogación del art. 1591 Cc y la deslegitimación de su interpretación jurisprudencial), sí ha limitado su ámbito de aplicación a aquellos contratos de obra que tengan un objeto distinto a las edificaciones a que se refiere el art. 2 LOE"

aplicable la doctrina del art. 17 LOE a aquellas edificaciones no sometidas a la LOE<sup>211</sup>.

Una posición contraria, es aquella que se inclina por considerar que *la LOE no modifica el art. 1591 Cc.*, en el que, tradicionalmente, se ha incluido la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Sin embargo, se apunta, no se puede desconocer, que existen entre ambas normas, al menos, problemas de coordinación<sup>212</sup>.

En efecto, el art. 1591 Cc. reconoce, como señalamos anteriormente, una obligación de garantía que tendría su origen en la ley como fuente de las obligaciones. De igual forma la LOE, al configurar la responsabilidad de los agentes de la edificación desde parámetros alejados de los contractuales y en beneficio concreto de los consumidores y usuarios, pasa a configurar la responsabilidad decenal como una obligación legal de garantía. De este modo, un mismo tipo de responsabilidad está regulada y sancionada por dos normativas que no tienen delimitado su campo de acción de manera precisa, al menos, de momento, y generando en este aspecto confusiones innecesarias.

---

<sup>211</sup> Así apunta **CORDERO LOBATO, Encarna**: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 296.

<sup>212</sup> Lo sostienen **SEOANE PRADO/BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA/COBO PLANA**: *Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 41 y **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, obligaciones y contratos*, cit., p. 472, quien afirma: "la Ley de Ordenación de la Edificación no deroga expresamente el art. 1591 Cc. y no se trata aquí de un olvido del legislador. La cuestión estriba en determinar cuál es el grado de incidencia de la Ley 38/1999 en el ámbito propio del art. 1591 Cc. y de la doctrina jurisprudencial sobre dicha norma. Dado el plazo de garantía que consagra el art. 1591 Cc. (diez años), y la falta de carácter retroactivo de la Ley de Ordenación de la Edificación, el régimen de responsabilidad derivado del art. 1591 Cc. se aplicará al menos durante ese plazo de garantía".

Por otro lado, en lo relativo al concepto de *ruina* que integra el art. 1591 Cc., vemos que en él dicho concepto no sólo incorpora la idea de destrucción, desplome o derrumbe de un edificio, sino que también, como lo ha precisado el Tribunal Supremo, la llamada *ruina funcional*<sup>213</sup>.

La noción de *ruina funcional* se refiere a aquella ruina que impide el uso adecuado y esperado de la edificación, o, como se ha apuntado<sup>214</sup>, que haga que la edificación sea parcialmente inservible, inadecuada o inhabitable. Esta idea de ruina funcional es desatendida por la nueva ley.

En efecto, la Ley de Ordenación de la Edificación abandona, en materia de responsabilidad, cualquier referencia al concepto de ruina, de vicios de construcción, del suelo y de la dirección, elementos objetivos que sirven para atribuir responsabilidad al arquitecto o contratista de conformidad al art. 1591 Cc. Así, la LOE, en la medida en que no se refiere al resultado de la obra, sino a la concreta actividad de cada agente, constituye el

---

<sup>213</sup> Entre otras, la STS de 26 febrero de 1996 [RJ 1996\1607], 21 marzo de 1996 [RJ 1996\2233], 16 de noviembre de 1996 [RJ 1996\8262], 30 de enero de 1997 [RJ 1997\845], 29 de mayo de 1997 [RJ 1997\4117], 4 de marzo de 1998 [RJ 1998\1039], 8 de mayo de 1998 [RJ 1998\3187], 19 de octubre de 1998 [RJ 1998\7440], 7 de marzo de 2000 [RJ 2000\1509] y 28 de mayo de 2001 [RJ 2001\3437], que, puntualmente, expresa: "*en materia de vicios ruinógenos incardinables en el art. 1591 Cc. la doctrina de esta Sala distingue, junto a las hipótesis de derrumbamiento total o parcial (ruina física), o peligro del mismo (ruina potencial), en las que predomina la consideración del factor físico de la solidez, la denominada ruina funcional que tiene lugar en aquellos casos en que los defectos constructivos afectan a la idoneidad de la cosa para su fin*".

<sup>214</sup> En este sentido, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 361, nos dice que "el Tribunal Supremo ha desempeñado una función de acomodo del precepto a las circunstancias actuales, superando sus equivalentes de derrumbamiento, para llegar a un concepto más amplio y certero que comprende los graves defectos constructivos que, sobrepasando las imperfecciones comunes, hacen que la edificación se torne inútil, insuficiente e incapaz de servir para lo que fue construida".

fundamento subjetivo de la culpa profesional en la responsabilidad decenal<sup>215</sup>.

Se insiste, por último, en que existen entre ambas normativas serios problemas de coordinación, pero que la Ley de Ordenación de la Edificación no puede pretender obviar el contenido del Código civil en materia de contrato de ejecución de obras, ya que dicho Texto legal sigue regulando todas aquellas situaciones que supongan la ejecución de una obra y que no se encuentren contenidas en el objetivo a regular por la Ley<sup>216</sup>.

De esta forma, según lo dispuesto en la propia Ley<sup>217</sup>, las obras comprendidas en el objetivo de la LOE pero que hayan sido acordadas antes de su entrada en vigor (7 de mayo de 2000) deberán seguir siendo reguladas por lo dispuesto en el art. 1591 Cc., mientras no se haya obtenido el correspondiente permiso de edificación, como asimismo, como resulta lógico, todas aquellas obras que escapan del objeto preciso de la LOE<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Lo afirman **SEOANE PRADO/BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA/COBO PLANA**: Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 51.

<sup>216</sup> Esta parece ser la opinión de **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 389, cuando sostiene: "Dicha Ley no deroga la regulación del arrendamiento de obra en el Código civil, sino que es aplicable al proceso de edificación, derogando lo que con ella esté en contradicción. Por tanto el contrato de obra que tenga por objeto la construcción de un edificio también se regulará por el Código civil como supletorio (art. 4.3)

<sup>217</sup> Según la Disposición Transitoria 1ª: "*lo dispuesto en esta Ley, salvo en materia de expropiación forzosa en que se estará a lo establecido en la disposición transitoria segunda, será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor*".

<sup>218</sup> De esta forma **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 354, quien apunta: "se ha de insistir que su publicación no puede suponer hacer tabla rasa del Código civil por dos razones: en primer lugar, cualesquiera obras que, como obligación de resultado, hayan de considerarse objeto del contrato y no sean susceptibles de ser calificadas como *edificaciones* a los efectos de la LOE,



## II. "...que se encarga por un ajuste alzado..."

### 2. 1. El contratista ejecuta la obra por "*precio cierto*"

Como sabemos, el art. 1544 Cc. señala que en el arrendamiento de obra una de las partes se obliga a ejecutar una obra por *precio cierto*<sup>219</sup>, precio que el comitente debe pagar en el momento de recibir el trabajo encomendado o en el tiempo y forma convenidos.

El planteamiento, ya avanzado, se concreta en el caso del contrato de ejecución de obra en que la prestación de hacer del contratista se retribuye con una contraprestación dineraria del comitente que se traduce en un *precio cierto* constituido por una cantidad expresada con referencia a un determinado sistema monetario, mediante el empleo de la unidad ideal en el vigente, que descansa, como sabemos, sobre la idea del valor nominal del dinero y el principio nominalista<sup>220</sup>.

---

obviamente requieren la aplicación e interpretación del Código, y en segundo lugar: de acuerdo a lo establecido en la disposición transitoria 1ª de la LOE se supone que, incluso en relación con las edificaciones, durante años habrá de pervivir el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 1591 del Código civil y, en consecuencia, la amplia jurisprudencia dictada sobre el particular".

<sup>219</sup> Esta connotación de *cierto* tiene como antecedente histórico el hecho que a la fecha de entrada en vigor del Código civil predominaba aún una inalterable economía agraria. Esto influyó en que el redactor del Código civil no pudiera prever los grandes desequilibrios que se provocarían con motivo de la devaluación monetaria creciente a partir de la segunda mitad del pasado siglo, y las consecuencias que este acontecimiento iba a tener en el Derecho de las obligaciones. Así, la influencia del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas, esencialmente pecuniarias, se ha manifestado, principalmente, en la pérdida del valor del dinero como consecuencia de los mencionados procesos inflacionarios permanentes, con la esperada repercusión en el patrimonio de las partes.

<sup>220</sup> Así, LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio". (Estudios Monográficos), en A.D.C., t. XLVII, fasc. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp.14-17.

No obstante, el concepto de *precio cierto* que se incluye en el art. 1544 Cc. no es sinónimo de *precio fijo*<sup>221</sup>, y la certeza que en él se exige se refiere a que dicho monto se encuentre determinado o sea susceptible de determinación posterior, sin perjuicio de los probables ajustes que las partes establezcan con el objeto de adecuar dichas cantidades a la variación del índice de precios o medición similar y salvar, con ello, los perniciosos efectos que una aplicación estricta del principio nominalista puede ocasionar en este sentido, máxime cuando se trata de un contrato, como el de ejecución de obra, cuyo desarrollo, se prolonga en el tiempo, muchas veces más allá de lo esperado<sup>222</sup>.

El *precio cierto* puede consistir, como sabemos, en una prestación de cualquier clase<sup>223</sup>, aunque, por lo general, es dineraria<sup>224</sup> y, como

---

<sup>221</sup> Sobre este punto exponen **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 97: "precio cierto no es precio fijo, y de aquí que la Ley no exige que la retribución sea en forma concreta y prefijada".

<sup>222</sup> Así lo explica **HERNÁNDEZ GIL**: *Derecho de Obligaciones. Obras completas*, cit., p. 497, al señalar: "el desequilibrio adquiere tonalidades particularmente graves porque mientras el estricto vendedor (por ejemplo de una finca heredada o previamente adquirida) normalmente procede a la venta si encuentra márgenes retributivos o de ganancia, el constructor ha de producir él mismo el bien resultante y experimenta las consecuencias de la elevación de precios (en productos y en mano de obra)".

<sup>223</sup> Como indica **GARCIA CONESA**: *Derecho de la construcción: adaptado a la normativa vigente a diciembre 1995*, cit., p. 180, "las partes gozan igualmente de una gran autonomía, de modo que, el precio que en un principio suele normalmente consistir en una suma de dinero, sin dejar de seguir siendo cierto, puede, también fijarse en porción de la obra a ejecutar y, a veces en una participación o cantidad fija sobre aquélla y otra en los beneficios, si se produjeran en el momento en que se realice la venta".

<sup>224</sup> Así, **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1554, cuando afirma: "al igual que sucede con la compraventa, y a diferencia de los arrendamientos de cosas, debe siempre consistir en dinero o signo que lo represente, ya que en otro caso, se trataría de un contrato innominado y diferente".

cualquier prestación, ha de cumplir con el requisito, entre otros, de ser determinada o determinable<sup>225</sup>.

En relación con esta última idea, ha de decirse que no es imperioso que el precio se defina con antelación a la suscripción del contrato, como ha reconocido el Tribunal Supremo en diversas Sentencias<sup>226</sup>, entre éstas, destacamos la de 30 de mayo de 1987, que, en su Fundamento Jurídico núm. 5º., establece:

*“...ha de tenerse presente que, como tiene declarado esta Sala, en el contrato de obra no es preciso que el precio se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo, siendo suficiente que dicha determinación pueda realizarse después tanto por lo propios interesados o por un tercero como por el propio Juzgador de instancia, atendida la tasación pericial practicada en el curso de la misma, o, incluso, a través de la apreciación de otros elementos probatorios ...”.*

---

<sup>225</sup> De esta forma, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 95, para quienes: “puede estar predeterminado en lo que habitualmente se denomina obra bajo presupuesto”; y **LACRUZ BERDEJO**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 707, que indica: “incluso en los trabajos de escasa importancia, es frecuente en la práctica que el cliente no reclame presupuesto: se entrega a la buena fe del industrial contratista, generalmente un artesano, sin perjuicio de recurrir a los Tribunales si el importe de la factura excede de lo usual y previsible”.

<sup>226</sup> [RJ 1987\3852]. En el mismo sentido, la STS de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983\2952], 21 de octubre de 1985 [RJ 1985\4956], 25 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5899], 12 de junio de 1986 [RJ 1986\3387], 14 de julio de 1986 [RJ 1986\4508], 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10106], 20 de julio de 1995 [RJ 1995\6194], 27 de mayo de 1996 [RJ 1996\3922], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108], 31 de octubre de 1998 [RJ 1998\8165], que dispone: “y no exige que el precio sea determinado, ya que son válidas las denominadas actividades constructivas por el sistema de administración, en las que el precio se fija posteriormente en relación a los trabajos ejecutados y materiales empleados, como también resulta precio cierto cuando se precisa por tasación pericial”; 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8300], 16 de febrero de 2001 [RJ 2001\2606], 20 de marzo de 2001 [2001\4742] y 26 de junio de 2001 [RJ 2001\5083].

Aún más, puede suceder, aunque a nuestro parecer no es lo deseable, que en los contratos de ejecución de obra, no sólo no se haya determinado con anterioridad el precio de la obra (por haberse omitido, o por haberse acordado sólo un valor aproximado), sino que, ni siquiera se hayan fijado en él las bases para su posterior determinación. Esta hipótesis no deja de tener importancia, especialmente cuando nos encontramos frente a obras de reducido monto y donde las partes han acordado los términos del contratos de manera verbal.

Frente a esta situación, una interpretación literal del art. 1593 Cc., nos haría concluir que la omisión del *precio cierto* supondría admitir la inexistencia del contrato de ejecución de obra si no se ha determinado su precio o no se han establecido los mecanismos para su posterior determinación, o, la nulidad del mismo en el supuesto que se haya hecho una determinación aproximada.

Sin embargo, la doctrina científica y jurisprudencial, no dejan lugar a dudas, toda vez que, en numerosas ocasiones, se ha pronunciado señalando que la indeterminación contractual del precio no constituye una causa de inexistencia o de nulidad del contrato de obra<sup>227</sup>, por el

---

<sup>227</sup> Entre otros, **PEREZ GONZÁLEZ/ALGUER**: *Notas al Tratado de Derecho civil*, de Ludwig ENNECCERUS, cit., p. 517, quienes consideran: "no es precisa la fijación exacta del precio en el momento de la celebración del contrato". Con ello, se hace eco de lo señalado por la jurisprudencia en orden a considerar que hay precio cierto, aun cuando no se pacte en el contrato, siempre que la remuneración sea procedente por costumbre o uso, o sea conforme a la equidad; **GARCÍA IGLESIAS, Demetrio**: "El contrato de obra: Concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo", en *R.J.E.*, T. IV, La Ley, Madrid, 1994, p. 1123; **MARTÍN BERNAL**: *Temas sobre contratos civiles*, cit., p. 110; **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 100 y **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1693.

En similar sentido, las STS de 21 de mayo de 1983 [RJ 1983\2952], 21 de mayo de 1983 [RJ 1983\2957], 12 de junio de 1984 [RJ 1984\3233], 16 de enero de 1985 [RJ 1985\176], 21 de octubre de 1985 [RJ 1985\4956], 25 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5899], 12 de junio de 1986 [RJ 1986\3387], 4 de septiembre de 1993 [RJ 1993\6636], 27 de mayo de 1996 [RJ 1996\3922], 27 de mayo de 1996

contrario, se ha afirmado, que no es indispensable que en dicho contrato el precio se establezca de antemano o durante la suscripción del mismo, ya que siempre es posible determinarlo con posterioridad a dichos períodos, sea por los mismos interesados, por terceros, o por peritos<sup>228</sup>.

## 2. 2. Las modalidades retributivas previstas en el Código

Aun cuando, la redacción del Código civil diera para pensar que en él se regulan, únicamente, las obras por ajuste alzado, es importante señalar que esto no es cierto, ya que, además de considerarse en dicho Cuerpo legal, concretamente, en su art. 1592, las obras por piezas o por medida<sup>229</sup>, el principio de libertad contractual firmemente consagrado en el Ordenamiento jurídico español en su art. 1255 Cc., hace posible la admisión de otras formas de retribución del arquitecto o contratista, a saber: la división por piezas ejecutadas, por unidad de medida, por metros construidos, etc., siendo compatibles, en una misma obra, las diferentes modalidades de contraprestación<sup>230</sup>.

---

[RJ 1996\3920], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108], 16 de febrero de 2001 [RJ 2001\2602] y 26 de junio de 2001 [RJ 2001\5083].

<sup>228</sup> De la misma forma, pero consagrado de manera expresa en los Códigos civiles respectivos, el art. 1657 Cc. italiano establece: *"si las partes no han determinado el precio, ni establecido el modo de precisarlo, se calculará el mismo según las tarifas o el uso, y en su defecto, lo determinará el juez"*; el Código civil alemán, por su parte, dispone, en el párrafo 632 p. II: *"si la cuantía de la remuneración no está determinada, ha de entenderse pactada la remuneración de tasa si existe dicha tasa, y, a falta de tasa, la remuneración usual"*.

<sup>229</sup> De esta forma, **MULLERAT BALAMAÑA, Ramón María**: "Los sistemas de fijación del precio en el contrato de construcción de inmuebles según el Código civil", en *R.J.C.*, oct-dic, 1974, p. 145, quien afirma que el precio que el propietario debe al contratista puede ser fijado de muy diversos modos, y este hecho da lugar a que el Código civil distinga entre los contratos de construcción de inmuebles a precio alzado, por piezas ejecutadas, y por unidades de medida.

<sup>230</sup> Así, **SANTOS BRIZ**: "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", cit., p. 400, afirma: "después de concertado el pago de la obra por unidad de medida, puede la posterior modificación de la obra ser satisfecha por

Sin embargo, y de acuerdo a lo que señala el Código civil en sus arts. 1592 y 1593, por regla general, la retribución del contratista es pecuniaria por *ajuste por unidades o certificaciones de obra* o por *ajuste o precio alzado*<sup>231</sup>, cuales son las modalidades de pago principalmente utilizadas en el tráfico.

La nota distintiva entre ambas modalidades retributivas es la consideración de la obra que ha de realizarse como elemento de la prestación de la parte contratista.

De esta forma, cuando se contempla la obra como un conjunto y el pago de su precio no guarda relación con la cantidad ni la naturaleza de la obra ejecutada se está ante el supuesto de una obra por ajuste a tanto alzado<sup>232</sup>.

En cambio, estaremos ante un sistema de pago de una obra por unidades de medida si quien la encarga se ha obligado a pagar por partes, como vemos a continuación.

---

otro sistema (a tanto alzado o por piezas ejecutadas), o viceversa"; y **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 113: "en la práctica, es muy frecuente que en un mismo contrato coexistan diversos sistemas de pago".

<sup>231</sup> Concordamos con **MULLERAT BALAMAÑA**: "Los sistemas de fijación del precio en el contrato de construcción de inmuebles según el Código civil", cit., pp. 145 y 146, en que "de las múltiples clasificaciones que pueden realizarse del contrato de construcción de edificios, posiblemente la más trascendental por razón de sus consecuencias lo sea la que toma como criterio clasificador, la forma de determinar la prestación del contratista o precio de la obra".

<sup>232</sup> Como lo exponen **ABRIL CAMPOY, Juan Miguel**: *Jurisprudencia civil comentada*, sub art. 1593, T. II, dir. por Miguel PASCUAL LIAÑO, p. 2845 y **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 97, para quienes "en la práctica se usan multitud de sistemas de retribución de pago utilizables; aunque predominen dos maneras diferentes: a tanto alzado o unidades de medida".

## 2. 2. 1. Por piezas o unidades de medida

Pese a que nuestro interés se centra en las obras convenidas por ajuste alzado, resulta interesante analizar, previamente, la modalidad contemplada en el art. 1592 Cc., que señala:

*“El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha”.*

Esta modalidad de fijación de precio implica precisarlo por cada unidad de medida o pieza ejecutada y entregada de la totalidad de la obra a realizar, en la que la parte representa un concepto numérico o cuántico que se sustenta en una razón de extensión o concreción y, por ello, deviene esencialmente mensurable<sup>233</sup>.

En virtud de esta modalidad retributiva, “se puede exigir la recepción parcial de cada unidad o medida, y el pago parcial satisfecho en proporción, es decir, en función del precio unitario (preferente, en principio, al total resultante del cálculo global del presupuesto de la obra) de cada una de las unidades homogéneas, técnicas o económicas, que constituyen la prestación”<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> Como han dicho **CADARSO PALAU**: “Notas en torno a algunas vicisitudes del contrato de obra”, cit., p. 209: “en esta modalidad de contrato, falta un precio global fijo, toda vez que el precio final variará en función del mayor o menor número de unidades ejecutadas”; **O’CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1692, cuando afirma: “...si la obra es por piezas o medida, el contratista puede exigir este sistema y tiene derecho a que el dueño de la obra la reciba por partes, correspondientes a la obra que se va ejecutando”.

<sup>234</sup> Así, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1833.

Se trata, entonces, de un precio que se determina al momento de terminar la obra y que se computa en atención al número de piezas o unidades puntuales para su ejecución.

Aun cuando los términos *pieza* y *unidad de medida* empleados por el art. 1592 Cc. no resulten equivalentes (ya que la ejecución por *piezas* equivale a la ejecución por partes o fases diferentes de la construcción como la cimentación, estructura, cerramiento, etc, y en el supuesto de *unidad de medida*, en cambio, se establece el precio como su nombre lo indica, por unidad, por ejemplo, metro cúbico de excavación) se reconoce que la voluntad de las partes puede lograr que la conformación del concepto de *pieza* lo sea, dentro de un cierto límite, uniforme o análogo al de *unidad de medida*.

Un rasgo distintivo de esta modalidad de determinación del precio, estriba en que se exige que las partes lo hayan estipulado expresamente, constituyéndose dicho pacto en un requisito determinante para la existencia de la misma, y equivalentes, en definitiva, a la ejecución por partes o fases diferentes de la construcción de que se trate.

Lógicamente, el pacto de esta modalidad retributiva conlleva: de un lado, el derecho del contratista a que el dueño de la obra la reciba parcialmente, lo cual constituye una excepción al principio de integridad del pago contemplado en el art. 1169 I. Cc.<sup>235</sup>, según el cual, no puede obligarse al acreedor a recibir por parte el objeto de la prestación; y, de otro, el derecho del contratista a exigir del comitente que le satisfaga el precio de la misma en proporción a las partes entregadas<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> De esta forma lo puntualizan **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1198 y **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1629.

<sup>236</sup> Así lo han considerado algunas Sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre el particular, entre otras, las STS de 30 de octubre de 1982 [RJ



Pero para que lo dispuesto en el art. 1592 Cc. sea plenamente aplicable, es imprescindible que el contratista se obligue a ejecutarla por piezas o por medidas, lo que no supone, únicamente, que el contrato se fracciona en distintas fases o unidades de medida, sino, que la obra permite un análisis diversificado, de manera tal, que el contrato de ejecución viene a fragmentarse en una serie de contratos parciales de ejecución de obra, cada uno de los cuales tiene por objeto la elaboración de una pieza o medida de la obra total<sup>237</sup>.

De este modo, es preciso puntualizar que en este tipo contractual no se establece un precio global, pero tratándose de cada unidad sí existe un precio unitario con el carácter de fijo y cerrado, de forma tal que, respecto de cada unidad, puede y debe ser aplicado el régimen de invariabilidad de precio establecido en el art. 1593 Cc.<sup>238</sup>.

Sobre este último punto, hacemos constar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1982<sup>239</sup>, cuando señala, muy claramente:

*“Sin que se suscite el tema de la invariabilidad del precio que es propia y característica del arrendamiento de obra pactado por*

---

1982\5580], 20 de marzo de 1986 [RJ 1986\1271], 30 de enero de 1997 [RJ 1997\149] y 10 de mayo de 1997 [RJ 1997\3831].

<sup>237</sup> Como lo afirma, de manera categórica, **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1629, quien, además, apunta: “esta última consideración permitirá comprender las consecuencias que la aplicación del precepto comporta. La primera de ellas será la de que, como una aplicación del principio general del art. 1160, cuando el contrato lo prevea podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación, y de acuerdo con el mandato especial del art. 1592, el arrendador podrá exigir del dueño que reciba la obra por partes. La segunda se refiere al pago del precio y al carácter sinalagmático de la obligación (...) que hace que dicho precio debe pagarse de la misma forma, retribuyendo el resultado parcialmente producido y entregado”.

<sup>238</sup> En este sentido **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1630 y **ABRIL CAMPOY**: *Jurisprudencia civil comentada*, sub art. 1592, cit., p. 2844.

<sup>239</sup> [RJ 1982\5580].

*precio fijo por piezas o por medida (que es el caso del contrato de mérito) o por ajuste alzado en vista de un plano convenido con el propietario, modalidades contempladas por los arts. 1592 y 1593 Cc., respectivamente, ni tampoco el del sentido general de la cláusula dentro de un contrato por precio fijo para el que atrajo la aplicación del régimen de revisión de precios...”*

## 2. 2. 2. Por ajuste o precio alzado

El contrato de obra a suma alzada, contrato de precio alzado o a *precio único prefijado* existe cuando el contratista se compromete a entregar al comitente la obra concluida, ejecutada conforme a unos planos y especificaciones, por un precio global e invariable fijado de antemano y pagadero según una cifra determinada por ambas partes contratantes<sup>240</sup>.

Este sistema de fijación de precios es el que, preferentemente, adopta el Código civil, que lo contempla en la Sección 2ª del Capítulo III, rubricada *De las obras por ajuste o precio alzado*.

De este modo, esta modalidad parece ser la de más aplicación en el ámbito privado y tiene, por el contrario, carácter de excepcional en el sector público<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> De esta forma lo puntualiza, **CADARSO PALAU**: “Notas en torno a algunas vicisitudes del contrato de obra”, cit., p. 209, quien considera que el precio debe estar establecido con carácter fijo y cerrado, éste es el significado de “alzado” y, por tanto, queda excluido el sistema de ejecución de obra por administración, en el que todo el riesgo económico lo asume el dueño o comitente; y en la misma línea **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 355.

<sup>241</sup> El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así lo señala en su art. 126: “*Excepcionalmente, cuando la naturaleza de la obra lo permita, se podrá establecer el sistema de retribución a tanto alzado, sin existencias de precios unitarios, en las circunstancias y condiciones que reglamentariamente se determinen*”.

Como hemos apenas indicado, en virtud del sistema de determinación de precios a ajuste alzado, el contratista deberá efectuar la obra completa prevista en el proyecto técnico previamente acordado por los contratantes por un precio global fijo, sin que en el abono del mismo se tomen en cuenta los aumentos o disminuciones de obra efectivamente ejecutada<sup>242</sup>.

Así, si se ha estipulado un contrato de ejecución de obra a ajuste alzado absoluto, esta peculiaridad retributiva no sólo hará rígido el precio, sino que, de igual manera, le asignará dicha característica al proyecto de obra acordado por las partes, que sólo podrá ser cumplido a cabalidad, en la medida que dicho proyecto haya acotado, punto por punto, los aspectos que deben ser efectuados en él.

En decir, la exigencia del art. 1593 Cc. de que se trate de una obra convenida por un ajuste alzado, persigue obtener un acuerdo de las partes lo suficientemente nítido en lo relativo al precio del mismo que debe ser invariable y definitivo. De todos modos hemos de dejar en claro que la fijación de precios unitarios con un presupuesto fijo, no constituye,

---

En la doctrina, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 63, afirman: "la regla general, en los contratos de obra pública es la del pago del precio mediante los llamados precios unitarios, que figuran en el presupuesto, y que se elaboran en función de las distintas unidades de obra. Así, se asigna un precio a cada una de las unidades de obra pagando la *administración* al contratista por la obra realmente ejecutada con arreglo a los precios convenidos"; en un sentido similar, **TESO GAMELIA, Pilar**: "Los contratos administrativos de obras, suministros y gestión de servicios", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., Madrid, 1995, p. 107: "si bien es cierto que en el contrato administrativo rige el principio de que el contratista debe prefinanciarlo, y, así, en los contratos de obra, en los que el contratista tiene derecho a percibir el precio sólo después de realizada y justificada la prestación pactada y debida *pago por servicio hecho*, este principio se ha flexibilizado en el sentido de que los contratos de resultado ya no lo son de resultado total, sino de resultados parciales susceptibles de ser medidos y abonados separadamente".

<sup>242</sup> Así, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 59.

como señalamos, al ver el contrato de obra por medidas, un impedimento para la aplicación de dicho precepto<sup>243</sup>, es decir, que la invariabilidad del precio que ostenta explícitamente el Código civil respecto del contrato de obra a precio alzado, es asimismo aplicable, a las otras formas de determinación del precio<sup>244</sup>.

En definitiva, la mencionada modalidad de determinación de precio en el contrato de ejecución de obra supone la presencia de determinados elementos: invariabilidad del precio, plano detallado y riesgo asumido por el contratista<sup>245</sup>, cuestiones éstas que iremos analizando a medida que avancemos en el desarrollo del presente trabajo.

Sin embargo, sí queremos detenernos aquí en el carácter aleatorio del contrato de obra pactado a ajuste alzado.

### 2. 2. 2. 1. Un componente aleatorio

El contrato de ejecución de obra por ajuste alzado se diferencia de otros, en que incluye una suerte de *aleatoriedad* para el arquitecto o contratista, ya que quedará, desde el inicio del contrato, sujeto al acontecimiento incierto de ganancia o pérdida, pendiente de que las previsiones hechas en el proyecto coincidan con las efectivamente realizadas en la obra<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> Como lo afirma, **GONZÁLEZ POVEDA, Pedro**: *Comentarios del Código civil*, sub art. 1593, T. VII, Ignacio GIL DE LA CUESTA (Coord.), Edit. Bosch, Barcelona, 2000, p. 670.

<sup>244</sup> Así, **ABRIL CAMPOY**: *Jurisprudencia civil comentada*, sub art. 1592, cit., p. 2844.

<sup>245</sup> Así, **CAMARA MINGO**: *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, cit., p. 561.

<sup>246</sup> De esta forma, **MANRESA Y NAVARRO, José María**: *Comentarios al Código civil español*, T. X, vol. II, Edit. Reus, 6ª ed., Madrid, 1969, p. 720: "uno de los caracteres que van implícitos en el contrato de arrendamiento de obras por ajuste alzado es el de ser aleatorio, pues algo de contingente hay siempre en la

Por este motivo, es de común ocurrencia que, previo al encargo de la obra a realizar, se presente por el contratista un "presupuesto de gastos" que sirva como base sobre la cual se deberá cumplir el trabajo.

Dicho presupuesto, obliga al contratista a llevar a cabo la obra con sujeción al mismo, por la suma total que en él se detalla, de forma tal que si los gastos reales en los cuales se incurre son mayores a aquéllos establecidos en el cálculo previo, el contratista deberá soportar dichos aumentos, con la consiguiente disminución en la ganancia que pretendía obtener.

La *aleatoriedad*, tiene su origen, en la propia génesis del contrato de ejecución de obra, toda vez que al momento de confeccionarse el presupuesto que lo fundamenta se utilicen criterios de evaluación que posteriormente varíen (por ejemplo, la cuantía de los materiales, su escasez y salida del mercado, la mayor demanda, etc.), o que se escapen a la previsión que, ordinariamente, se tiene al elaborarlo.

Lo cierto es que la razón de ser de esta aleatoriedad radica en el principio consagrado en el art. 1258 Cc., que impone a las partes el cumplimiento de lo pactado en el contrato<sup>247</sup>.

---

cuantía de las utilidades que el contratista se propone obtener" y **CADARSO PALAU**: "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra", cit., p. 68, quien puntualiza en nota a pie de página: "la acusada presencia de ese riesgo económico ha suscitado en la doctrina de otros países (en el nuestro la atención prestada es escasísima) una discusión, ya vieja, acerca de la naturaleza conmutativa o aleatoria del contrato de obra. Así, en Italia, antiguas opiniones y algunas sentencias se inclinaron por la aleatoriedad, atendido el riesgo económico ínsito en la imprevisibilidad a priori de la precisa relación entre coste y precio y, por tanto, de la ganancia del empresario. No obstante, la doctrina más moderna y autorizada, entendiendo que el mencionado riesgo no excede de lo que se denomina el aleas normal del contrato (art. 1467 Cc. italiano), proclama con firmeza el carácter conmutativo del contrato de obra, incluso en los casos de precios fijados a forfait".

<sup>247</sup> Así, **DE DIEGO**: *Instituciones de Derecho civil español*, cit., p. 242, señala "esta forma de convenir el contrato lleva en sí algo de aleatorio"; **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., p. 385,

En efecto, el contrato de ejecución de obra a suma alzada lleva en sí, siempre, un componente aleatorio al correr el riesgo de las alteraciones de los materiales y de la mano de obra en el mercado, y en razón de la misma circunstancia de la obra.

No quiere decir, sin embargo, que el contrato de ejecución de obra en sí mismo sea un contrato aleatorio, es más, no lo es en sentido técnico, pero sí exhibe un alea de alcance económico, o lo que es igual, la contingencia para el contratista de que el costo efectivo de la obra o del servicio sea más tarde mayor del previsto o, incluso, del previsible<sup>248</sup>.

El Código civil se desvincula, en cierto sentido, de este alea, ya que cree pertinente que éste sea sobrellevado por el contratista. Así, el contratista debió haber advertido desde un inicio que se provocarían incrementos de onerosidad o problemas en la elaboración de la obra; incluso, debió haber previsto, puntual y concretamente, qué incrementos se provocarían, cuál sería su origen y naturaleza, al objeto de haber considerado dichos factores para calcular el precio.

Por este motivo, es que, sin considerar siquiera los criterios de autoresponsabilidad que requieren haber tenido aquella genérica previsión, y, basándose únicamente en la naturaleza económica del

---

justifican la regla del art. 1593 Cc. en que el riesgo de aumento de costas es "consustancial a la función empresarial del contratista, que por otra parte puede prevenir y evitar ese perjuicio mediante la estipulación contractual que admita la modificación de los costos unitarios en la ejecución (materiales, mano de obra, etc.), de forma que no influyan en el beneficio previsto, o mediante el pacto de las oportunas cláusulas de estabilización"; por su parte, **CADARSO PALAU**: "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra", cit., p. 67, expone "cuando el precio a cargo del comitente se estipula con carácter global, o alzado, el riesgo del contratista también es, a menos que se estipulen mecanismos convencionales de corrección o reajuste, un riesgo económico. Y ello, a primera vista, no significa singularidad alguna respecto de lo que se deduce de la regla general de la eficacia vinculante del contrato, que obliga a cumplir, precisamente, al tenor de lo pactado"; en el mismo sentido, **GONZÁLEZ POVEDA**: *Comentarios del Código civil, sub art. 1593, cit., p. 669.*

<sup>248</sup> Como señala **LUCAS FERNÁNDEZ** : *Comentario del Código civil, cit., p. 383.*

contrato de obra, el alea debe ser, dentro de ciertos límites, de cargo de contratista.

Sin profundizar más en este tema, concluimos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, mediante la STS de 21 de junio de 2000<sup>249</sup>, ratifica el carácter aleatorio del contrato de ejecución de obra, en base a los antecedentes que vemos a continuación:

En juicio de menor cuantía Demoliciones Técnicas demandó a Construcciones y Promociones Arsenio's, solicitando, en su demanda, que esta última sociedad fuese condenada al pago de una suma de dinero más los gastos de conservación y custodia de las obras hasta su recepción, intereses legales y costas. La referida cantidad era la que, según la actora, adeudaba la demandada en virtud de un contrato de obra suscrito por las partes.

El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda, considerando que la demandada había satisfecho ya adelantadamente a la actora, según el presupuesto cerrado base del contrato de obra, con lo que llevaba hecho hasta que se resolvió dicho contrato. La Audiencia, por su parte, revocó en grado de apelación la sentencia de primera instancia, condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 330.345 ptas. más intereses legales, diferencia que existía entre lo que la propia demandada reconoció que debía y lo que llevaba entregado.

Contra la sentencia de la Audiencia, la actora interpuso un recurso de casación por el que alegaba, entre otras cosas, infracción del art. 1.285

---

<sup>249</sup> [RJ 2000\5297]. Del mismo modo, la STS de 12 de enero de 1999 [RJ 1999\134], que señala: "el valor contractual ha de jugar en beneficio o en contra del contratista que lo realizó cuando le fue encomendado y tiene derecho a cobrarlo tal como fue presupuestado, o mejor, en la cuantía que fue presupuestada, aparte de las prestaciones adicionales o realizadas al margen de las primeramente convenidas o presupuestadas".

Cc. y jurisprudencia que lo desarrolla, acompañando a su argumentación las partidas de obras ejecutadas que no figuraban en el proyecto y en el presupuesto inicial y las que habían variado con respecto a lo en él se había previsto, sin haber sido abonadas.

La tesis que se mantuvo por la recurrente, fue la obligación de hacerlo, pues si bien se comprometió por un precio concreto, sufriendo las consecuencias de los riesgos que ello comportase, se refería a un determinado y específico proyecto, y no podía imputársele *lo que no entre en la humana previsión y origine una variación*.

Se desestima el motivo, porque a juicio del Tribunal Supremo la apreciación de las dos sentencias de instancia sobre la naturaleza y características del contrato de obra litigioso, resaltando *“la aleatoriedad concertada y asumida libremente por la contrata respecto a trabajos que no se contemplasen en el proyecto detallado, para cuya ejecución se estableció un precio cerrado”*, ha de ser mantenida en casación, mientras no se demuestre que es ilógica o arbitraria o vulneradora de normas legales, cuestión que no sucede en este caso:

*“Es, por otra parte, contradictorio con lo pactado la alteración del precio, cuanto en el contrato dice la contratista que «lo ha estudiado detenidamente (el proyecto) y asegura que el precio convenido, por su experiencia en este tipo de trabajos de la construcción, cubre todas las eventualidades e imprevistos que puedan aparecer en el transcurso de las obras hasta su terminación», lo que es expresivo de que aquella aleatoriedad fue asumida conscientemente”.*



Se añade, al terminar:

*“no se ha puesto en duda que hubo modificaciones, aunque no se ha declarado su imputación a la comitente. Pero el contrato de obra era bien claro y expresivo de que se hacía a riesgo y ventura del contratista”*

## **2. 2. 2. 2. La cláusula de revisión de precios**

La redacción del art. 1593 Cc. da a entender que resultaría improcedente toda cláusula contractual que suponga una revisión de los precios acordados previamente por las partes, ya que, como su misma letra indica, en los contratos de ejecución de obra por ajuste alzado, en vista de un plano convenido con el propietario, el contratista no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, y sólo podrá hacerlo cuando haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que el comitente lo hubiera autorizado.

Este principio corresponde a lo que nosotros conocemos como “invariabilidad del precio”, y que veremos con un mayor grado de detalle más adelante. Sin embargo, lo sacamos a la luz ahora al objeto de analizar a partir de él las cláusulas de revisión.

Como señalamos anteriormente, el Código civil español fue redactado mientras imperaba en el país una economía rural estable, y este hecho impidió que el redactor del Código pudiera prever, al momento de elaborarlo, los grandes problemas que ocasionaría el aumento constante

y progresivo del índice del costo de vida, principalmente, en el ámbito del Derecho de las obligaciones<sup>250</sup>.

Como apuntamos anteriormente, la depreciación monetaria, efecto de la inflación, y el resultante y constante aumento de los salarios y precios de los materiales es un hecho característico de la época reciente. Tan es así, que hoy apenas puede aseverarse que tales aumentos en el valor de la mano de obra y de los materiales constituyan un factor imprevisible.

"Será imprevisible la cuantía que alcanzarán los aumentos a lo largo de la obra, pero es un hecho prácticamente cierto que tales precios experimentarán un sensible aumento desde el momento no ya de su contratación, sino desde el de su estimación presupuestaria, necesariamente anterior, hasta el de la terminación de las obras o, cuando menos, de su incorporación en la obra"<sup>251</sup>.

Con el objeto de evitar perjudiciales desajustes de cálculo, en la práctica, la mayoría de los contratantes que suscriben un contrato de ejecución de obra insertan, en ellos, cláusulas de revisión de sus términos monetarios<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Sobre este punto, **LACRUZ BERDEJO**: *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 707 y 708, señala: "en materia de precio de la obra, el Código civil, redactado en una época de gran estabilidad y en la cual suponía que las variaciones de aquél sólo podían venir de causas coyunturales de un sector del mercado, sigue el principio nominalista, como puede observarse en el art. 1593. En realidad, aplicando las normas generales de las obligaciones, resulta que tampoco puede pedir aumento quien ajusta el precio por unidades de obra".

<sup>251</sup> Como expresamente indica **MULLERAT BALAMAÑA**: "Los sistemas de fijación del precio en el contrato de construcción de inmuebles según el Código civil", cit., pp. 705 y 706.

<sup>252</sup> Así lo sostiene **HERNÁNDEZ GIL**: *Derecho de Obligaciones. Obras completas*, cit., p. 497, cuando afirma que, en la actualidad, la mayoría de los contratos de ejecución de obra introducen en ellos procedimientos de estabilización o revisión.

La cláusula de revisión de precios es un *mecanismo jurídico convencional* que el Derecho de obligaciones coloca al alcance de las partes contratantes para que puedan, con ella, subsanar los desequilibrios que, en sus respectivas prestaciones, suscite un aumento de costos de los materiales necesarios para la realización de la obra, en el período comprendido entre la suscripción del contrato y entrega efectiva del mismo<sup>253</sup>.

Dichos pactos son, como se ha afirmado por la doctrina<sup>254</sup> y la jurisprudencia<sup>255</sup>, plenamente lícitos, ya que provienen de la libre voluntad de las partes contratantes, sin que sea un obstáculo para dicha validez el contrato de obra a suma alzada, que puede variarse incorporando alteraciones o ampliaciones de precio.

Como sabemos, el art. 1593 Cc. no contiene una norma de Derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes,

---

<sup>253</sup> Concepto aportado por **GARCÍA CONESA**: *Derecho de la construcción: adaptado a la normativa vigente a diciembre de 1995*, cit., p. 194.

<sup>254</sup> Entre ellos, **CADARSO PALAU**: "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra", cit., p. 71, quien señala "la regla del art. 1593 del Código civil no excluye la posibilidad de que los contratantes dispongan un régimen pactado regulador de las revisiones de precios, y de la posibilidad de modificaciones y su repercusión en el precio"; **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 108, han señalado "en la actualidad no se puede poner en tela de juicio, la validez y eficacia de la cláusula de revisión de precios en los contratos de obras de carácter privado, al menos en los mismos términos que, con finalidad estabilizadora, la autoriza a contratación administrativa del Estado. Las cláusulas de referencia que recogen lo que doctrinalmente se ha denominado ruptura de la base del contrato por *factum principis*, se han consolidado paulatinamente en los contratos de obras privadas".

<sup>255</sup> La jurisprudencia, por su parte, se ha pronunciado sobre la licitud de dichas cláusulas en las STS de 4 de abril de 1981 [RJ 1981\1481], 28 de enero de 1983 [RJ 1983\395], 10 de junio de 1992 [RJ 1992\5117], 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6104], 11 de octubre de 1994 [RJ 1994\7479], que añade: "el art. 1593 que admite la revisión de precios en los contratos de ejecución de obra, como pacto lícito resultante de la concorde voluntad de las partes"; 13 diciembre 1994 [RJ 1994\10106], 28 de marzo de 1996 [RJ 1996\2199] y 25 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8400], entre otras.

y, por tanto, no envuelve una restricción legal a la voluntad contractual, sino un complemento de la misma, quedando encargada la determinación del precio en el contrato de obra a la libre voluntad de las partes<sup>256</sup>.

Como se deduce, dicha cláusula requiere, en todo caso, de estipulación expresa, pero junto a ello, que dicha obra se lleve a cabo dentro del plazo previsto por las partes, ya que, en caso contrario, el aumento provendría de la mora del contratista<sup>257</sup>.

Así, se ha observado, muy certeramente, que utilizando estos acuerdos las partes, han vuelto, en cierto modo, al criterio establecido en el Proyecto de 1851, por el cual se reclamaba la observancia de algunas exigencias formales para facultar la ejecución de alteraciones (así, forma escrita), o la determinación de un sistema de fijación de precios para toda modificación que se quisiera efectuar<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> En este sentido, la STS de 4 de abril de 1981 [RJ 1981\1481], 8 de enero de 1985 [RJ 1985\165], 2 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6196], 28 de febrero de 1986 [RJ 1986\938], 10 junio 1992 [RJ 1992\5117], 21 julio 1993 [RJ 1993\6104], 24 mayo 1994 [RJ 1994\3738], 18 abril 1995 [RJ 1995\3420], 28 marzo 1996 [RJ 1996\2199], 16 de marzo de 1998 [RJ 1998\1570], 26 de julio de 1998 [RJ 1998\5016], 31 de octubre de 1998 [RJ 1998\8165], 12 de enero de 1999 [RJ 1999\134] y 21 de junio de 2000 [RJ 2000\5297], que "en su cláusula 7ª se expresó: «... no se reconocerá ningún aumento de la cantidad estipulada; el precio estipulado se entiende fijo y sin ningún tipo de variación». Esta estipulación es válida porque el citado art. 1593 tiene carácter dispositivo, no imperativo".

<sup>257</sup> Así, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 106.

<sup>258</sup> Es de esta opinión, **CADARSO PALAU**: "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra", cit., p. 72, quien afirma: "las posibilidades, que no se reducen obviamente a las hipótesis señaladas, son de lo más diverso. No infrecuentemente contemplan, un *ius variandi* del comitente que, dentro de ciertos márgenes, el contratista deberá respetar sin compensación o con ella, prefiriéndose en este último supuesto el sistema de determinación del precio aplicable. O bien pueden excluir, simplemente, toda posibilidad de revisión o aumento de precios".

Las formas más utilizadas a objeto de establecer dichas cláusulas de revisión son las polinómicas, pero también aquellas fórmulas que son de usanza típicamente administrativa, lo cual, no significa, en caso alguno, que el contratista pueda exigir la revisión de precios fundado en lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo que se hubiese pactado de manera expresa<sup>259</sup>.

### 2. 2. 3. Un sistema de pago no contemplado: el contrato de obra “por administración” o “economía”

Para finalizar este epígrafe nos referiremos a una modalidad de contrato de obra denominada *por administración*, la cual, pese a no encontrarse contemplada en el Código civil, puede ser encajada en la reseña del art. 1592 Cc, peregrinamente lícita en virtud del art. 1255 Cc.

Bajo esta modalidad, conocida en el mundo de la construcción, el contratista contrae la obligación de confeccionar la obra y conseguir los materiales exactos para su realización, ya sea por encargo o por delegación expresa del comitente, quien se obliga a pagar el valor real de la mano de obra, materiales empleados y demás gastos, además de una retribución que se fija al contratista por sus trabajos<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Como lo afirma, **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 210.

<sup>260</sup> Así, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 120 y **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 178, quien lo define como “aquel contrato de obra en que el constructor se obliga a ejecutar la obra y adquirir los materiales precisos para su realización por encargo o delegación expresa del promotor, quien se obliga a abonar el precio de los materiales empleados, la mano de obra y demás gastos, además de una remuneración que se le asigna al constructor por sus tareas”.

De acuerdo con ello, el precio se determina al final de la obra según el valor de los materiales y la mano de obra; sin embargo, esto no obsta para que existan rendiciones de cuenta parciales de lo invertido y, por tanto, se pague a cuenta o mediante anticipos del precio de la obra.

En efecto, en esta modalidad el contratista compromete su actividad en atención al logro de un resultado, que es, como sabemos, la obra encomendada, pero estipulándose en ella pagos parciales de la misma en atención al adelanto de la obra o al tiempo que haya transcurrido de su ejecución (por períodos de tiempo), sin que este hecho suponga, como sucede en el contrato por piezas o medidas, una aceptación tácita de lo realizado hasta ese momento<sup>261</sup>.

El contrato de obra *por administración* supone, además de la ejecución de la obra, como hemos dicho anteriormente, la compra de los materiales por parte del artífice, pero actuando, en este caso, como simple mandatario del comitente, ya que los adquiere por su cuenta y riesgo, por lo que, aunque se fije un monto global de la obra, en ella no hay precio alzado<sup>262</sup>.

Por último, es pertinente destacar que en el contrato de ejecución de obra *por administración*, se debe tener en consideración la partida de *beneficio industrial* que involucra la ventaja o beneficio económico que debe percibir

---

<sup>261</sup> De esta forma, **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil, cit.*, p. 436, quienes señalan que “el contrato de obra se efectúa por *administración o economía* cuando el contratista compromete su actividad en orden a la consecución de un resultado (la obra); más en la adquisición de materiales o mano de obra operada únicamente en nombre del comitente o por cuenta de éste simplemente, pero no en su nombre. En realidad, es el comitente quien suministra materiales o mano de obra y el precio a percibir por el contratista suele precisarse en un porcentaje sobre el costo real o bien en una cantidad fija”; también, **MARTÍN BERNAL**: *Temas sobre contratos civiles, cit.*, p. 111.

<sup>262</sup> Lo afirma **VIVAS TESÓN**: “El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998, cit., p. 318.

el contratista, y que es la diferencia que resulta entre el precio de la obra y el coste de los materiales y la mano de obra<sup>263</sup>.

Este beneficio se calcula en un porcentaje sobre la suma, ya sea de las anteriores partidas, o sobre los costes directos o indirectos. Si las partes no han acordado dicho beneficio industrial, atañerá al juez su fijación, para lo cual considerará una serie de factores, como, el presupuesto económico y el coste real de la ejecución<sup>264</sup>.

Aunque, generalmente, el beneficio industrial se encuentra incluido en el precio global ofertado por el contratista (al que se le denomina *presupuesto económico*), goza de autonomía e individualidad propia que le libera, en puridad debe ser considerado un coste estructural<sup>265</sup>.

### III. “...de la construcción de un edificio u otra obra...”

#### 3. 1. El objeto del contrato

El objeto del contrato de ejecución de obra, es, como se señala en el Código civil, en su art. 1544, *ejecutar una obra por precio cierto*.

<sup>263</sup> Así, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 120.

<sup>264</sup> Es de esta opinión **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., pp. 167 y 168.

<sup>265</sup> En este sentido, **GARCÍA CONESA**: *Derecho de la construcción: adaptado a la normativa vigente a diciembre de 1995*, cit., pp. 185-188, quien afirma: “el presupuesto está constituido por los costes directos e indirectos que hipotéticamente tiene que alcanzar la realización de la obra y al que hay que agregar el *beneficio industrial*, noción ésta con un evidente rasgo económico que disfruta de autonomía propia con respecto al presupuesto. De la unión del presupuesto y del beneficio industrial resulta el precio, es decir, la cifra exacta de dinero que quiere cobrar el constructor por ejecutar una obra fijada acorde a un proyecto”.

Según el Código civil, (arts. 1588, 1589, 1590, 1595 y 1597) la *obra* es entendida como aquella cosa corporal o incorporal, lograda, por medio de la utilización de unos materiales, y resultante de un proceso productivo, actividad o trabajo.

Y decimos “es entendida”, ya que, al no existir normas especiales relativas al objeto de este contrato, le deben ser aplicadas, aquellas establecidas con carácter general en el Código civil arts. 1271 a 1273. Es decir, pueden ser objeto de este contrato cualquier tipo de obra, tanto material como intelectual, siempre que la misma reúna las exigencias que requieren, con carácter general, los arts. 1271 a 1273 Cc.: posible, lícita y determinada o determinable<sup>266</sup>.

Ha de decirse, sin embargo, que las normas que regulan el contrato de ejecución de obra en el Código civil lo hacen, únicamente, respecto de un objeto determinado, cual es, la construcción o la reparación o rehabilitación de *edificios*, siendo, incluso en estos aspectos, insuficientes, pues hacen mención a hipótesis especiales que no siempre gozan de gran aplicación práctica, al tiempo que omiten figuras importantes en el “proceso de la edificación” (como lo denomina la LOE), como es la del promotor, y frecuentes modalidades de ejecución de la obra, como la subcontratación<sup>267</sup>.

Volviendo a la regulación del Código civil, vemos cómo ésta nos habla de *la construcción de un edificio u otra obra*. En este sentido, partiremos señalando que en el término *edificio* se han entendido comprendidas “todas las construcciones de arquitectura, tanto principales como accesorias, considerando en este concepto las instalaciones y servicios,

---

<sup>266</sup> Lo sostiene LINARES NOCI: *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 48.

<sup>267</sup> Así, LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 354.



siempre que hayan sido proyectadas y dirigido su montaje por el arquitecto”<sup>268</sup>.

De este modo, el término *edificio* debe ser analizado en un concepto amplio, comprende cualquier obra sobre un bien inmueble, lo sea por naturaleza o por destino, y debe consistir en una obra nueva o refacción de parte significativa de la cosa, predestinada a tener una subsistencia razonablemente larga y que se destine a la habitación u otros fines similares<sup>269</sup>.

Por su parte, la Ley de Ordenación de la Edificación no define explícita y directamente el concepto de *edificio*. Su art. 2.2 establece que “*tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en la misma, y requerirán un proyecto, las siguientes obras*”, citando, a continuación, obras como las de edificación de nueva construcción, las de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación y aquellas que tengan el carácter de intervención total en edificaciones o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Como lo señala **FERNÁNDEZ PIRLA**: *Arquitectura legal y tasaciones inmobiliarias*, cit., p. 43.

<sup>269</sup> Entre otros, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1190; **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1566, quien define el “edificio” como “toda construcción realizada en el suelo o en el subsuelo, cualquiera que sea la naturaleza y clase de los materiales y la finalidad a que se destine”.

<sup>270</sup> La LOE, según **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 26, no considera como edificaciones las “*construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta*”, por lo que el art. 2.2 de la LOE -señalan los autores- planteará problemas interpretativos, al utilizar conceptos jurídicos indeterminados (“*escasa entidad constructiva y sencillez técnica*”).

Dicho esto, coincidimos plenamente con lo que ha sido señalado<sup>271</sup> en relación a que la expresión *construcción de un edificio* no es realmente la que genera dudas en la redacción del art. 1593 Cc., sino que el mayor cuestionamiento surge de la locución *u otra obra* que extiende, en principio, el límite de aquello que se puede ejecutar a tanto alzado en virtud del art. 1593 Cc.

Así, son cosas y, en definitiva, obras, una cantidad numerosa de resultados producidos por la actividad desplegada por el artífice; cualquier resultado material, industrial, científico o artístico como la confección de un traje, la construcción de un buque, la ejecución de un cuadro o una escultura, etc.

Asimismo, puede ser objeto del contrato de obra la edición de un libro, la realización de la publicidad de un producto, la ejecución de un transporte, si bien, en estos casos, hay disposiciones propias que los regulan bajo la forma de contratos típicos específicos<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil", cit., p. 318.

<sup>272</sup> Así lo indican, entre otros, **MULLERAT BALMAÑA**: "Los sistemas de fijación del precio en el contrato de construcción de inmuebles según el Código civil", cit., p. 682: "comprende, los resultados más diversos, desde la confección de un traje, hasta la construcción de una nave"; **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 355; **O'CALLAGHAN**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1621, para quien, la obra puede consistir en la creación (una casa) o modificación (reparación de un vehículo) de una cosa o en cualquier otro resultado producto de la actividad humana (dictamen de un abogado, proyecto de un arquitecto, arreglo de la nariz por operación de cirugía estética, etc.); **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1820, afirma: "el resultado debe consistir en la creación, ampliación, modificación, reforma reparación, conservación o rehabilitación de una cosa mueble o inmueble", aun cuando -agrega el autor- era el contrato de construcción de inmuebles por el que se inclinaban los redactores del Código civil y, **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1554, para quien obra, a efectos de este contrato, es todo resultado a producir por la actividad o trabajo del contratista, y aclara luego, que aun cuando se ha dicho que el Código civil español hace referencia a las obras de construcción, no hay problema en aceptar contratos de ejecución de obra que tengan un fin distinto al de la construcción, ya sea que éstos versen sobre bienes muebles o inmuebles, creando o modificando los mismos.

En este orden de ideas, la ejecución de una obra implica siempre la creación de una cosa nueva o, como se ha dicho<sup>273</sup>, de un nuevo objeto de derecho y el requerimiento de crear una cosa nueva supone dos obligaciones que deben darse copulativamente, que son, como ya lo hemos mencionado, la *obligación de hacer* inherente al contrato de ejecución de obra, y la *obligación de dar* el resultado material obtenido con esta actividad, es decir la cosa que se ha producido<sup>274</sup>.

### 3. 2. Ejecución de una obra sobre bien inmueble y mueble: el derecho de retención ex art. 1600 Cc.

Se sostiene que la expresión *u otra obra* que utiliza el art. 1593 comprende la realización de otra obra cualquiera<sup>275</sup>, pero un análisis más acucioso del precepto parece indicar que dicha obra tiene que tener el carácter de inmueble, ya que debe ser una construcción *en vista de un plano convenido con el propietario del suelo*<sup>276</sup>.

Sin embargo, creemos que, aunque el tenor literal del art. 1593 Cc. indique la necesidad de ejecutar la obra en virtud de un plano convenido con el dueño del suelo, la obra puede recaer sobre un bien que no sea

---

<sup>273</sup> De esta forma, **SOLE RESINA**: *Arrendamiento de obras o servicios...*, cit., p. 84.

<sup>274</sup> Así, **SOLE RESINA**: *Ob.*, cit., p. 84, quien señala que de esta doble obligación, y, en particular, de la obligación de dar, emanan las continuas referencias que en el Código civil se hace a la entrega de la obra, a su aceptación y a su recepción (arts. 1589, 1590, 1599).

<sup>275</sup> En este sentido, **MANRESA Y NAVARRO**: *Comentarios al Código civil español*, cit., p. 721; "como por ejemplo, un canal o un ferrocarril".

<sup>276</sup> Así lo afirma **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 384: "cuando habla de *otra obra* parece que debe referirse a otra obra sobre inmueble, por cuanto expresamente exige la existencia de un plano convenido con el propietario del suelo"; coincide con él, **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil", cit., p. 318.

inmueble, con tal que se cumplan los requisitos de que se ajuste a tanto alzado y en virtud de un plano convenido<sup>277</sup>.

El art. 1600 Cc. establece que “*el que ha ejecutado una obra en cosa mueble, tiene derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague*”<sup>278</sup>.

Dicho precepto establece un necesario medio de resguardo del crédito, a favor del contratista, para percibir el pago del precio de la obra, siempre que ésta recaiga sobre cosa mueble<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> En este sentido, **SCAEVOLA**: *Código civil concordado y comentado extensamente*, p. 113: “la doctrina es igualmente aplicable a toda obra de naturaleza mueble que haya de realizarse en virtud de un plano o boceto convenido entre constructor y dueño, y siempre, claro es, que se ajuste alzadamente (...) las grandes obras muebles presentan las mismas fases constructivas que las grandes obras inmuebles” y **GONZÁLEZ POVEDA**: *Comentarios del Código civil*, sub art. 1593, cit., p. 670.

<sup>278</sup> Este artículo tiene, como se ha dicho por **SANTOS BRIZ**: *El contrato de ejecución de obras y su problemática jurídica*, cit., p. 404, su antecedente en los preceptos sobre prelación de créditos vigentes, por el cual, se atribuía a los acreedores derecho de preferencia de pago sobre el producto de venta de ciertos bienes muebles, asemejando a lo dispuesto en los arts. 2465 y 2474, núm. 3 del Código civil chileno, como uno de los Códigos en América Latina que concede igual preferencia a quienes tengan algún derecho sobre una cosa mueble.

En otro orden de cosas, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 1846 y 1847, precisa en relación a los destinatarios de este derecho señalando: “El simple ejecutor de una obra en cosa mueble (v. gr., auxiliares del contratista principal) tiene derecho de retención en cuanto el caso sea subsumible en el artículo 453, pero no ex artículo 1600”.

<sup>279</sup> Así, **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 358, precisa, a nuestro entender, correctamente, que carece de este derecho de retención el contratista inmobiliario, ya que el contrato de ejecución de obra por el cual se goza de dicha prerrogativa debe consistir únicamente cuando se da el supuesto concreto de haber ejecutado una obra en cosa mueble; en similar sentido, **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1704, quien afirma que el uso del derecho de retención es constante, en la práctica, en las obras que persiguen reparar un automóvil o diferentes cosas muebles.

Pero, no sólo se requiere que la obra se ejecute sobre cosa mueble, sino que también es necesario que se ejecute en cosa mueble ajena; "no hay, pues, facultad de retención a favor del contratista inmobiliario. Cuando lo que suceda sea que se ha hecho una cosa mueble la excepción que se alega no es la de retención sino la de contrato no cumplido"<sup>280</sup>.

En tanto el comitente, en calidad de deudor, no pague el dinero acordado por la ejecución de la obra, el contratista está facultado para poseerla, o mejor dicho, retenerla.

Esta potestad de retención sobre la obra confeccionada le corresponde al contratista aun cuando esté de mala fe, es decir, aun cuando sepa que el comitente no es dueño de la obra ejecutada sobre cosa mueble. Carecerá, sin embargo, de autoridad para retener la obra frente al verdadero dueño, si el contratista está en conocimiento de que el comitente cometió un acto ilícito cuando contrató la ejecución de la obra. Ya que, como hemos de suponer, el contrato de ejecución de obra será, en este caso, nulo<sup>281</sup>.

La facultad de retención de la cosa mueble sobre la que se confecciona la obra se ejerce frente al comitente, sea o no su propietario, pero si lo es, tal retención hace efectiva la preferencia de su crédito refaccionario sobre el bien mueble (art. 1922, 1º Cc.), salvando que la cosa pase a dominio de terceros.

Contrariamente, si se opone el derecho de retención frente a un tercero (propietario, no comitente), el art. 1600 Cc. es plenamente aplicable, ya

---

<sup>280</sup> Como lo afirma **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1212.

<sup>281</sup> Concuerdan, en este sentido **SALVADOR CODERCH**: *Ob., cit.*, p. 1211 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 1846 y 1847.

que, faculta al contratista para prolongar en la tenencia de la cosa mueble en tanto el propietario no pague. Esto, sin embargo, no quiere decir que el contratista pueda requerir su crédito emanado del contrato de ejecución de obra al tercero (propietario, no comitente), pero la retención operará, en cierto modo, como una medida de coacción al pago, pues sólo si el propietario de la cosa abona el precio de la obra podrá recuperar la posesión de la cosa mueble<sup>282</sup>.

El contratista tiene derecho a retener, sin perjuicio de la parte del precio que se le adeude.

El derecho de retención es accesorio al crédito, y para hacerlo efectivo, basta que exista dicha conexión objetiva, que el crédito exista y que sea exigible, mas no que éste sea líquido.

El derecho de retención contemplado en el art. 1600 Cc. se aplica toda vez que la cosa mueble sobre la que versa el contrato ya exista al momento de celebrarlo, y dicho derecho de retención se practique cuando la obra ya se haya ejecutado o haya empezado a ejecutarse; por lo mismo, no es posible ejercer dicho derecho de retención si se ha estipulado el pago previo del precio.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho contenido en el art. 1600 Cc., la doctrina no acaba de precisar si "*el derecho a retenerla en prenda*" hace referencia a un *simple derecho de retención* a favor del contratista<sup>283</sup>, o,

---

<sup>282</sup> De esta forma, **DE ÁNGEL YAGÚEZ**: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Edit., Técnos, Madrid, 1969, p. 134; **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 483; y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1847.

<sup>283</sup> A favor de esta tesis se pronuncian, entre otros, **PÉREZ Y ALGUER**: *Notas al Tratado de Derecho civil*, de Ludwig ENNECCERUS, cit., p. 546, cuando afirma: "aunque el precepto habla de retener en prenda, estimamos que en él únicamente se establece un derecho de retención a favor del contratista o empresario y en garantía del pago de la obra. No puede ser considerado como un derecho real de prenda, ya que el art. 1600 no confiere al contratista la

por el contrario, se refiere al *derecho real de prenda*<sup>284</sup>, o si, es posible aceptar una *tesis intermedia* en virtud de la cual, si quien aporta los materiales para la realización de la obra es el comitente nos encontramos

---

facultad de realizar el valor de la cosa mueble como medio para la satisfacción de su derecho"; **GÓMEZ CALERO, Juan**: "El derecho de retener en prenda del art. 1600 del Código civil y su problemática respecto de los vehículos de motor", en *R.D.P.*, diciembre, 1966, T. L, p. 1075; **DE ÁNGEL YAGÚEZ**: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, cit., p. 129, para quien "en estas palabras en prenda no hay nada más que una defectuosa expresión de nuestro Código, con intención de recalcar la idea base de retener"; **GARCÍA IGLESIAS**: "El contrato de obra: concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo", cit., p. 1125; para **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., pp. 1690 y 1691: "la posesión que como tal contratista ostenta pueda ser apta, para basar en ella la usucapión extraordinaria de la cosa retenida, y haga nacer la preferencia de créditos a que se refiere el número 1º del artículo 1922, que exige que los bienes muebles sobre los que se ostenta un crédito por razón de su construcción o reparación estén en poder del deudor"; **O'CALLAGHAN**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1705, señala: "no se trata de un derecho real de prenda, con la importante consecuencia de poder ejecutarla (*ius distrahendi*), sino un simple derecho de retención que, como garantía del crédito, permite la posesión de una cosa mueble sobre la que ha recaído la obra, hasta que se pague el precio"; y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 1846 y 1847, quien apunta: "a diferencia del denominado *pignus gordiano* (art. 1866), el artículo 1600 no otorga un derecho real de prenda sobre la cosa mueble ajena, sino simplemente otorga una facultad legal que se limita a legitimar la prolongación de la posesión de la cosa mueble por el contratista frente a la reclamación del comitente o de un tercero, y hasta que se pague el precio".

Defendiendo esta postura, pero dejando una puerta abierta a la tesis contraria, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1212, considera: "en particular, no hay derecho real alguno de realización de valor, reipersecutoriedad ni preferencia sino sólo una excepción vinculada a la posesión de la cosa, accesoria al crédito del precio y que puede oponerse a terceros. Sin embargo, la falta de una regulación general y la propia disparidad literal de los textos legales, que regulan solo casos concretos, permiten defender soluciones diversas".

<sup>284</sup> Considerándolo como un derecho real de prenda se pronuncia, por todos, **SANTOS BRIZ**: *El contrato de ejecución de obras y su problemática jurídica*, cit., pp. 404-406, quien nos dice expresamente: "hay que desechar por ineficaz, el criterio de que se trata de un mero derecho de retención, cuyos efectos son únicamente negativos; la sujeción indefinida de la cosa mueble en poder del acreedor sin descubrirse en lontananza, caso de no pagar el deudor, qué le espera al diligente acreedor que retiene la cosa en su poder. Evidentemente esa consecuencia no la ha querido nuestro legislador y eso es precisamente lo que ha querido evitar al añadir a la retención que ésta sea en prenda".

ante un simple derecho de retención, pero si quien lo hace es el contratista, se configuraría un derecho real de prenda propiamente tal<sup>285</sup>.

Quienes esbozan la primera tesis, es decir rechazan la existencia de un derecho real de prenda en el art. 1600 Cc., afirman que para admitir esta figura de prenda legal se precisa un inequívoco texto legal que taxativamente la establezca, como lo hace el Código alemán. Esta claridad, no existe en Código civil español, y menos aún un precepto que permita encajar la prenda legal en la dogmática de la convencional<sup>286</sup>.

A nuestro parecer, cuando el art. 1600 Cc. dice "*tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague*", sin precisar claramente si con ello hace alusión a un simple derecho de retener o a un derecho real de prenda propiamente tal, creemos que se refiere a un *simple derecho de retención*.

En efecto, aun cuando lo dispuesto en el precepto que comentamos, se asemeja al derecho real de prenda, no tiene, a nuestro juicio, una de las cualidades más importantes que éste ostenta, que es, como bien sabemos, el derecho del acreedor pignoraticio de promover su enajenación para hacerse pago con ella en el caso de que el comitente no cumpla con su obligación de pago del precio. Es decir, en el caso del

---

<sup>285</sup> Como a nuestro parecer, lo sostienen, entre otros, **MUCIUS SCAEVOLA**: *Código civil concordado y comentado extensamente*, cit., p. 129, "cuando se trata de obras hechas con material propio del empresario éstas siguen siendo de propiedad del mismo y sería anómalo e innecesario suponer un derecho de prenda en cosa propia"; y **FERNÁNDEZ COSTALES**: *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., p. 209, quien apunta: "si la cosa mueble pertenece al comitente, en tal caso tiene el arquitecto sobre ella no un derecho de retención, sino un auténtico derecho real de prenda (...) si la obra está hecha con material propio del empresario (arquitecto) ésta sigue siendo propiedad del mismo, pudiendo no entregarla hasta que se le pague, pero este derecho de retención, no de prenda, existe independientemente de lo dispuesto en el art. 1600 como consecuencia de los principios que gobiernan el cumplimiento de las obligaciones recíprocas".

<sup>286</sup> Así, **DE ÁNGEL YAGÚEZ**: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, cit., p. 129.



derecho consignado en el art. 1600 Cc., no surge en favor del retentor un *ius distrahendi* semejante al del derecho real de prenda<sup>287</sup>.

Es de destacar, en este sentido, que el art. 1591 del Proyecto de reforma al Código civil en materias de contrato de obra y servicios, que ya hemos tenido ocasión de mencionar, confería al contratista los mismos privilegios que al acreedor refaccionario (arts. 1922.1.º y 1923, 3º y 5º Cc.).

Así, dicho Proyecto, se diferenciaba en dos aspectos con la redacción del art. 1600 Cc., el primero, que aunque repetía el *ius retentionis* contenido en el precepto del que hablamos, omitía la reseña a la *prenda*, y, el segundo, cuando señalaba que la garantía para retener no correspondía ya a quien haya ejecutado una obra en cosa mueble, sino que al contratista<sup>288</sup>.

Esta distinta redacción del Proyecto, resultaba muy pertinente, según algunos<sup>289</sup>, a la hora de aclarar el desacierto que muchas veces suponía interpretar extensivamente el derecho de retención del art. 1600 Cc., ya

---

<sup>287</sup> Hace fe de dichas cualidades **ALBALADEJO GARCIA, Manuel**: *Derecho civil*, T. III, *Derecho de bienes*, vol. II, Edit. Bosch, Barcelona, 1991, p. 251, al señalar: "como derecho real, el de prenda engloba las facultades de poseer la cosa pignorada *ius retentionis* hasta el pago del crédito (art. 1886, 1º) y sus intereses, así como las expensas (art. 1871), pero no usarla ni disfrutarla (arts. 1868 y 1870), y de promover su enajenación para hacerse pago, en caso de incumplimiento de la obligación asegurada, *ius distrahendi* (art. 1872)".

<sup>288</sup> Así, **CORDERO LOBATO**: "Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra", cit., pp. 884 y 885.

<sup>289</sup> Para **CORDERO LOBATO**: *Ob., cit.*, p. 885, de conformidad al Proyecto es de entender que: 1) el subcontratista que se subroga en el crédito del contratista principal, por la acción del art. 1111 Cc. o cuando embargue el crédito, podría ejercitar, como éste, el derecho de retención, 2) el subcontratista que ejercite la acción directa podrá oponer la *exceptio retentionis*, 3) fuera de estos casos, la excepción del art. 1600 Cc. es inoponible por el subcontratista, aunque haya sido él el autor material de la obra, y no porque no sea acreedor del comitente, sino porque el riesgo de impago del subcontratista no puede ser soportado por el comitente en mayor medida que la permitida por el art. 1597 Cc.

que, como se ve, en dicho Proyecto se reconocía expresamente su aplicación.

Distinta es la redacción que tiene el Código civil alemán, que establece expresamente en el párrafo 647: *“el artífice tiene, por sus créditos derivados del contrato, un derecho de prenda sobre las cosas muebles del comitente, si están en su posición en virtud de la construcción o con el fin de mejoramiento”*

En la doctrina alemana<sup>290</sup>, en cambio, se adopta una posición más categórica, y, se afirma que “cuando la cosa mueble pertenece al comitente, tiene el empresario sobre ella no sólo un derecho de retención sino un auténtico derecho real de prenda al que le serán aplicables los preceptos relativos”.

Se aclara<sup>291</sup>, sin embargo, que el derecho de prenda recae únicamente sobre muebles. Tratándose del contratista de un edificio o de parte de él, podrá pedir en garantía de sus créditos derivados del contrato la constitución de una hipoteca de seguridad, y sólo en relación al trabajo ya ejecutado. En este caso, la hipoteca no emana del ministerio de la ley, sino solamente cuando la constituye el propietario del inmueble, en garantía de la pretensión derivada del párrafo 648 del Código civil alemán<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Son de esta opinión, **ENNECCERUS**: *Derecho de las obligaciones*, cit., p. 295 y **LARENZ**: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 326, quien afirma: “el empresario tiene un derecho legal de prenda sobre las cosas muebles del comitente por él fabricadas o reparadas, cuando éstas están en su posesión como consecuencia de la realización de la obra o con el fin de ser reparadas. Este derecho de prenda concede al empresario la facultad de satisfacerse de sus créditos mediante la venta de la prenda conforme a los preceptos de los párrafos 1228 y ss., siempre que su crédito haya vencido”.

<sup>291</sup> Como lo indica **SANTOS BRIZ**: *Notas a Derecho de obligaciones* de Karl LARENZ, cit., p. 326.

<sup>292</sup> Por su parte, el párrafo 648 del BGB nos dice: *“el artífice de una construcción o de una parte aislada de una construcción puede exigir, por sus*

En otro orden de cosas, siguiendo el principio en virtud del cual *una de las partes no está en mora mientras la otra parte no haya cumplido o se haya allanado a cumplir por su parte*, parecería lógico que el arquitecto o contratista de una cosa mueble retuviese dicha unidad hasta que el que encargó la obra no pague o se allane a hacerlo, sin incurrir en *mora debitoris* respecto de la obligación de entregar la obra.

Esta afirmación, sin embargo, no parecería razonable, según algunos<sup>293</sup>, tratándose del contrato de obra a suma alzada preceptuado en el art. 1593 Cc., ya que de conformidad al art. 1600 Cc., el derecho de retención sólo procede respecto de quien ejecuta una obra de carácter mueble en su totalidad, lo que implica que la cosa mueble debe preexistir a la obra en cuestión, y debe ser entregada por el comitente para que el contratista ejecute sobre ella la obra encomendada.

Es decir, lo preceptuado en el art. 1600 Cc. no resulta aplicable al contrato de ejecución de obra contemplado por el art. 1593 Cc., porque el mismo supone ejecutar *ex novo* una obra que tiene la consideración de bien mueble, lo que de cualquier manera es distinto del supuesto de referencia previsto en la aplicación del art. 1600 Cc.

---

*créditos derivados del contrato, la concesión de una hipoteca de seguridad sobre la finca construida del comitente. Si la obra no está aún terminada, el artífice puede exigir la concesión de la hipoteca de seguridad por una parte de la remuneración proporcional al trabajo prestado y por los desembolsos no comprendidos en la remuneración".*

<sup>293</sup> Así lo señalan, entre otros, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1121: "cuando lo que suceda sea que se ha hecho una cosa mueble la excepción que se alega no es la de retención sino la de contrato no cumplido *exceptio rite non adimpleti contractus*"; por último, **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 154, al señalar "el art. 1600 Cc. prevé el derecho de retener en prenda a favor del contratista, pero cuando obra y cosa mueble son realidades distintas, es decir, en la medida en que aparezcan cada una en momentos temporales diferentes, aunque la primera se ejecute en la segunda, pero no para cuando (como ocurre en el contrato de obra) obra y cosa mueble *ex novo* son lo mismo, es decir, una sola cosa y no varias".

## IV. “.. en vista a un plano convenido...”

### 4. 1. Necesidad o no de un plano

El objeto del contrato de ejecución de obra es una prestación que debe reunir, lógicamente, los requisitos de toda prestación, esto es, ser posible, lícita y determinada o determinable (arts. 1271-1273 Cc.)<sup>294</sup>.

La prestación a realizar en virtud del contrato de ejecución de obra puede ser determinada, a través de un plano o diseño proporcionado por el propietario, mediante la indicación de circunstancias, o, determinándose en un momento posterior<sup>295</sup>.

El plano es una descripción minuciosa de la obra a ejecutar que se contiene en el proyecto de la misma; es un bosquejo adelantado de lo que ha de ser la obra.

Aunque la mayoría de la doctrina<sup>296</sup> considera, que el plano es un requisito esencial del contrato de ejecución de obra descrito en el art.

---

<sup>294</sup> Lo sostiene **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 48.

<sup>295</sup> Así lo señala **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 355.

<sup>296</sup> Entre ellos, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., p. 224, quien indica que, incluso, basta sólo la precisión verbal; **CADARSO PALAU, J.**: “Arrendamientos de obras y servicios, arrendamientos rústicos, notas en torno a algunas vicisitudes del contrato de obra”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J*, Madrid, 1994, pp. 208 y 209, quien afirma que la exigencia del plano, al igual que la determinación del precio, lo que persigue, en esencia, es que exista una inicial y concreta precisión de la cosa y el precio. “Uno y otro elemento -señala el autor- se implican o condicionan recíprocamente. Pese a la dicción literal, se entiende que no es preciso que haya plano en sentido estricto (como representación gráfica del proyecto de la obra), bastando con que ésta se halle suficientemente precisada y descrita en el contrato”; para **GONZÁLEZ POVEDA**: *Comentarios del Código civil, sub art. 1593*, cit., p. 670, cuando dice que “no es necesaria la existencia de un plano, es decir, de una representación gráfica del proyecto de la obra, salvo si está suficientemente detallada en el contrato”; según **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código*

1593 Cc. (además de que se trate de la construcción de un edificio u otra obra, y que el precio se haya hecho por ajuste alzado), muchos de éstos autores consideran que es posible que la obra se lleve a cabo sin necesidad de que exista el mencionado plano, siendo, entonces, preciso que la obra esté suficientemente detallada en el contrato. Y ello porque, pese a que el art. 1593 Cc. se hace exigencia de un *plano*, se puede pensar que, con ello, lo que hace el Código civil es requerir una precisión mínima de la obra que se realizará, ya que puede darse el caso que, en atención a naturaleza de la obra a ejecutar, no se requiera la representación gráfica de la misma, siendo sólo suficiente una detallada explicación de la obra a realizar o un cálculo minucioso de la misma<sup>297</sup>.

Sin embargo, el hecho de que la obra se realice sin la presencia de un plano, pero sí con un detalle minucioso de la misma en el contrato, acrecentará la carga de la prueba que recae sobre el comitente, ya que, a todas luces, le corresponderá probar cuáles fueron los términos reales

---

*civil*, cit., p. 1200: "tampoco es necesaria la existencia de un plano, es decir, de una representación gráfica del proyecto de la obra, si la obra está suficientemente precisada en el contrato"; **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998", cit, p. 318, aclara: "si normalmente la obra se hace a través del plano, ampliable a la memoria que acompaña a los proyectos de construcción, puede llevarse a cabo sin necesidad de él"; para **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 385, "no es imprescindible la existencia de plano. Es una facilidad para la prueba de lo que se proyectó y lo que se ejecutó en realidad, pero no se impide que por otros medios de prueba se demuestren aquellos extremos" y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1834, quien dice: "es necesaria la existencia de una representación gráfica del proyecto de la obra, salvo si la obra está suficientemente detallada en el contrato".

Por su parte **PUIG BRUTAU**: *Compendio de Derecho civil*, cit., p. 500, da a entender que la exigencia de un plano es mayor, como es lógico, si la jerarquía de la obra también lo es. Así, señala: "en las obras de cierta importancia lo usual es que las cláusulas del contrato se remitan a los planos, estudios, y proyectos que se acompañen".

<sup>297</sup> Pero precisa **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Ob., cit.*, p. 390, que esto "no quiere decir que los contratos de obra en los que haya ajuste alzado, pero no un plano (o detalle suficiente de la misma), el precio convenido no sea ya tenido en cuenta".

sobre los cuales existía acuerdo con el contratista, al objeto de que el eventual aumento de obra, por ejemplo, no le fuese imputado a él.

Creemos que el plano además de servir como elemento de precisión de la obra que se realizará, tiene una importante función de resguardo de los intereses del contratista y del comitente, que se pudieran ver alterados en uno y otro caso si la relación de los hechos fuese sólo verbal o meridianamente formal.

Por otra parte, es necesario preguntarse si el art. 1593 Cc., al requerir la existencia de un plano, se refiere a toda clase de obras contratadas o tan sólo, a las construcciones que tienen por base el suelo.

La propia redacción del precepto y el hecho de que éste sea aplicable tanto a obras de carácter mueble como inmueble, nos hace pensar que la necesidad de un plano, boceto u detalle pormenorizado de las obras a ejecutar debe darse tratándose también de las obras de naturaleza mueble<sup>298</sup>.

La LOE, en su art. 4, no habla sólo de *planos*. En dicho precepto hace mención al *proyecto de construcción*, señalando que es:

*“El conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el art. 2. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa básica aplicable”.*

---

<sup>298</sup> Así lo entiende **SCAEVOLA**: *Código civil concordado y comentado extensamente*, cit., pp. 112 y 113, cuando afirma que la doctrina que impone la exigencia de un plano, “es igualmente aplicable a toda obra de naturaleza mueble que haya de realizarse en virtud de plano o boceto convenido entre constructor y dueño, y siempre, claro es, que se ajuste alzadoamente”.

Es decir, el *proyecto de construcción* al que se refiere la LOE es un término bastante más complejo que el de *plano* del que habla el Código civil, pues se espera que el proyecto, además de una descripción minuciosa de la obra a ejecutar, incluya un estudio geotécnico, los planos de conjunto y de detalle, el pliego de prescripciones técnicas particulares, un presupuesto, el plan de obra, el programa de control de calidad, y los estudios de evaluación del impacto medioambiental y de seguridad y salud en el trabajo<sup>299</sup>.

Pensamos, que la exigencia del Código civil, de que la obra se ejecute *en vista de un plano convenido con el propietario del suelo*, no es baladí, por el contrario, cumple la importante misión de definir y delimitar el objeto de la prestación, es decir, precisar el resultado esperado del contrato.

Si dicha prestación, se encuentra determinada en un plano, proyecto, o ella está suficientemente detallada en el contrato, se cumple, a nuestro juicio, el fin perseguido por la norma, toda vez que el objeto de la obligación del contratista se encuentra debidamente delimitada.

El sentido de requerir la presencia de tal determinación a través de un plano o proyecto, no es otro, que el de resguardar los intereses de ambas partes en el contrato, las que, previniendo, como es razonable, posibles fluctuaciones del contrato (propias de la actividad de la construcción), fijan, con la debida antelación, los derechos y obligaciones que en virtud del mismo surgen para las partes que lo suscriben.

---

<sup>299</sup> De esta forma, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1834.

#### 4. 2. Error en el plano: ¿quién debe asumir las consecuencias

Llegados a este punto conviene preguntarse qué sucede con los aumentos de costos producidos por un error u omisión de medición que resulte directa o indirectamente de los planos; por quién deben ser asumidos.

Con los términos de *vicios o defectos en el plano* y de *omisión* ha denominado la doctrina aquellos supuestos en los que el plano (o proyecto en la versión de la LOE) adolezca de carencias, fallas, errores u omisiones. Esto sucede, toda vez que el proyecto no establece con precisión y rigor técnico todos y cada uno de los requerimientos de la obra considerada en el misma, o, dicho de otra forma, cuando la obra se proyecta sin tener en cuenta los requisitos básicos de la edificación<sup>300</sup>.

En tal circunstancia es lógico y necesario distinguir :

- a). Si el aumento del coste se debe a un error de medición que resulte directa o indirectamente de los planos elaborados por el arquitecto o contratista, se entenderá como *fallo documental*. En consecuencia, salvo que concurra mala fe de aquéllos, será un riesgo y, a la postre, un costo que deberá ser asumido por el comitente, con las consecuencias económicas que dicho aumento de precio implique, sin perjuicio, de conservar la acción correspondiente de regreso contra el arquitecto o contratista<sup>301</sup>.

---

<sup>300</sup> Así lo sostienen **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 265.

<sup>301</sup> Sobre este punto **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 40, aclara: "en el supuesto de vicios o errores en los planos, entendemos que el constructor no será responsable, del retraso en la terminación de la obra por existencia de errores en el proyecto técnico, cuando los mismos deban estimarse como causa adecuada de retraso".



b). Si el plano fuera correcto, el error de medición lo sufrirá el contratista.

c). Un caso bastante distinto es el de omisión de mediciones. En este supuesto, es necesario atender al coste real, al mayor equilibrio de las prestaciones entre las partes, en modo alguno, el art. 1593 Cc. impone la obligación al contratista de no poder computar y cobrar el costo o valor de la obra realmente ejecutada, aunque se haya estipulado el precio inicial bajo la modalidad a tanto alzado, cuando se ha omitido su medición, pues lo contrario sería un enriquecimiento injusto del comitente (o del contratista) en el caso de que el precio fuera mayor o menor al coste.

Si por motivos de defectos técnicos en que haya incurrido el arquitecto en la redacción del proyecto, el coste real y definitivo de la obra fuera mayor que el señalado, y aquellos errores provocaran un aumento de obra, sin que, con un juicio técnico meridiano, este caso pueda o deba entenderse como mejora o ampliación del plano, el incremento económico, como regla general, será responsabilidad del causante (el arquitecto no contratista), pero, por excepción, participará en su reintegro el contratista propiamente tal, siempre que la irregularidad fuera de aquellas a las que alcanza su *lex artis*, porque su profesión le permite y obliga, entonces, también a detectarlos<sup>302</sup>.

Si los resultados de su omisión se traducen en una mejora o ampliación del plano, su abono correrá de cuenta del comitente para evitar así un

---

<sup>302</sup> Claramente lo expresan **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 381, al señalar que el contratista ha de efectuar una previsión de la obra, de tal manera que su falta de diligencia lo hace culpable, y agregan: "es esa la diligencia que exige la naturaleza de la obligación, criterio aludido con carácter preferencial en el art. 1104 para describirla".

enriquecimiento injusto del mismo, pero, en este caso, el comitente, conservará su acción frente al contratista<sup>303</sup>.

Si el comitente admite la equivocación del arquitecto o contratista, el precio del contrato se indeterminaría, lo que nos empujaría hacia el coste real, con serio riesgo de modificar el *alea* que constituye un elemento de la naturaleza del contrato que estamos tratando. De ser así, el contratista trasladaría el riesgo empresarial o industrial de su propia *lex artis*, que comprende, entre otras cosas, la correcta lectura de los planos.

Siguiendo la argumentación antes expuesta, si el comitente por causa del error, le abonara al contratista un importe definitivo inferior al real, no debería ser constreñido a satisfacer la diferencia, toda vez que dicho error surge de una lectura poco acuciosa del proyecto, y por cierto, contraria a la correcta aplicación de la *lex artis*<sup>304</sup>.

## V. “...con el propietario del suelo...”

### 5. 1. El dueño o comitente

Como ya se ha señalado con anterioridad, los sujetos que conforman el contrato de ejecución de obra son, por un lado, el contratista, de quien ya

---

<sup>303</sup> De esta forma lo han señalado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989\1212] y de 8 de marzo de 1989 [RJ 1989\2024].

<sup>304</sup> Así, SALVADOR CODERCH: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1198: “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, 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 dimana de una defectuosa dirección”.

hemos hablado, y, por el otro, el *comitente o dueño de la obra*. Conoceremos, ahora, a este último.

El dueño de la obra es quien encarga la confección, construcción, reparación, modificación de la cosa mueble o inmueble.

Como vemos, el Código civil, a la hora de aludir al comitente, presupone que él es el dueño de la obra, y así, hace referencia a la palabra *dueño* en los arts. 1592, 1594 y 1597; habla, por su parte, de *propietario*, en los arts. 1595 y 1598, y de *propietario del suelo* en el artículo que estudiamos, el 1593.

En todos estos conceptos, se comprenden una serie de vínculos estrictamente civiles en los que el comitente es el receptor final de la obra que encargó, de la que es su consumidor final<sup>305</sup>.

Sin embargo, en la actualidad, con la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, surgen otros tipos de comitentes, esencialmente empresarios, como es el *promotor*, figura ésta que, a la luz de la redacción de la LOE (art. 9, núm 1º), es *cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsar, programar y financiar con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título*<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> Como lo afirma SALVADOR CODERCH: *Comentario del Código civil*, cit., p. 1183.

<sup>306</sup> En relación a la figura del *promotor*, resulta apropiado hacer referencia a la normativa contenida en la nueva Ley Catalana núm. 23/2001, de 31 de diciembre, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a cambio de Construcción Futura, publicada en el BOE núm. 2, de 2 de febrero de 2002 y en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña* número 3556, de 18 de enero de 2002. En esta Ley se regula la cesión de una finca o de una determinada edificabilidad incluida en la finca de la persona cedente a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de rehabilitación. Esta figura permite a los *propietarios de terrenos o de fincas edificadas* (cedentes) obtener viviendas,

Esta figura, de especial protagonismo en la LOE tiene, entre sus principales obligaciones, las siguientes: exhibir sobre el solar la titularidad de un derecho que le autorice para construir en él; proporcionar la documentación e información previa para la redacción del proyecto; facultar al director de obra las posteriores alteraciones del mismo; tramitar y conseguir las debidas licencias y autorizaciones administrativas; suscribir el acta de recepción de la obra.

Atendida esta descripción de la figura del promotor que hace la LOE (art. 9, núm. 2º), queda especialmente claro, que el comitente puede ser o no propietario del suelo, sin embargo, en ambos casos le corresponderá

---

locales u otras construcciones, nuevos o rehabilitados, sin tener que intervenir directamente en el proceso de gestión y construcción de los mismos, y, al *promotor o constructor* (cesionarios), construir sin tener que hacer un desembolso inicial para adquirir el suelo o el volumen edificable, ya sea inmovilizando un capital propio para adquirirlos (capital que no recuperará hasta la venta de las edificaciones ya terminados), o bien tener que asumir importantes gastos financieros a fin de adquirir inicialmente la finca o el volumen edificable, gastos que, lógicamente, tienen repercusión en el coste total de la obra terminada.

La cesión de finca o de edificabilidad a cambio de una construcción futura puede hacerse mediante la transmisión total de los mismos a cambio de la mencionada construcción, o mediante la transmisión de una parte de la finca o de edificabilidad en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyendo una situación de comunidad, en ambas modalidades. En esta Ley, las medidas de protección de la persona cedente, desprovista, total o parcialmente, de su propiedad, son, especialmente intensas, por ello, se exige estipular en el contrato de cesión las características de la obra, las condiciones de realización, y el inicio y el plazo de finalización de las obras, reconociéndole al cedente, una facultad de resolución del contrato de carácter cautelar, independientemente del régimen normal de la resolución por incumplimiento en el plazo estipulado. La presente ley establece, además, la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, una medida que favorece que la persona promotora realice efectivamente la obra. Esta medida consiste en reforzar la eficacia de la condición resolutoria expresa que las partes puedan haber estipulado. En todos los casos de resolución del contrato, la persona cedente recupera la propiedad de lo que había cedido y hace suya, por accesión, la obra realizada, con la obligación de resarcir por ello a la persona cesionaria. Sin embargo, la persona cedente puede exigir a la cesionaria el derribo de la obra a cargo de esta última, si el coste de finalización o adaptación de las obras ejecutadas a las efectivamente pactadas es superior a la mitad del coste de la construcción prevista.

cumplir con las obligaciones que emanan del contrato de ejecución de obra, como veremos a continuación.

Volviendo al Código civil español, partiremos señalando que él ostenta una permanente limitación y falta de método a la hora de precisar las obligaciones que recaen sobre las partes en el contrato de ejecución de obra. Así, ha sido la doctrina y la jurisprudencia, quienes se han encargado de sopesar este hecho, señalando, acertadamente, las principales obligaciones que recaen sobre el dueño de la obra y que detallamos a continuación.

## 5. 2. Obligaciones del dueño de la obra

La redacción del art. 1599 Cc. nos permite precisar dos de las principales obligaciones que recaen sobre el dueño de la obra, cuales son: la de pagar el precio y la de recibir la obra que el contratista le entregue<sup>307</sup>.

Sin embargo, la regla establecida en dicho precepto presupone que el contratista está obligado a realizar la obra y a ponerla a disposición del comitente antes de que éste deba pagar el precio (principio de prestación previa)<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> La jurisprudencia ha sido clara a la hora de señalar los presupuestos que deben darse para aplicar el art. 1599 Cc. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9424] indica: *"el artículo 1599 del Cc. requiere, para su aplicación, que se constate la existencia de un precio de la obra pendiente de pago y que por el mandato del precepto invocado ha de hacerse efectivo al hacerse la entrega de la obra, lo cual no sucede si se halla pendiente de liquidación o ésta es controvertida"*.

En el mismo sentido, STS de 18 de abril de 1979 [RJ 1979\1406]; 21 de enero de 1985 [RJ 1985\187]; 20 de septiembre de 1989 [RJ 1989\6323]; 20 de septiembre de 1989 [RJ 1989\6324]; 10 de enero de 1991 [RJ 1991\295] y 7 de mayo de 1993 [RJ 1993\3459].

<sup>308</sup> Así, **GARCÍA GOYENA**: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 489.

Esto sucede toda vez que “nos colocamos en el plano del *deber ser*, en el que la entrega de un resultado perfecto nos debe conducir a una recepción automática”<sup>309</sup>. Pero vayamos por partes.

## 5. 2. 1. Obligación de recibir la obra: la denominada recepción a satisfacción del propietario

El Código civil hace referencia a las fases de entrega y recepción como si se tratase de deberes correlativos de una y otra parte en el contrato, si bien, no precisa el alcance de cada una de ellas<sup>310</sup>.

Por su parte, la doctrina<sup>311</sup> y la jurisprudencia<sup>312</sup> han diferenciado la entrega de la obra de la recepción de la misma, considerando, al

---

<sup>309</sup> De esta forma, **FISAC DE RON**: *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 17.

<sup>310</sup> Es más, en relación a la *obligación de recibir* que estamos analizando, el Código civil es bastante parco a la hora de tratarla, ya que sólo dos artículos del mentado texto hablan de dicha figura, y cuando lo hacen es de manera parcial e imprecisa. Los artículos a los que hacemos referencia son el 1592 y el 1598 Cc.: el primero de ellos, se refiere a la *recepción parcial* en el contrato de obra por unidad de medida o por piezas, y el segundo, a la *recepción a satisfacción del propietario*.

<sup>311</sup> Distinguen entre ambas figuras **HERRERA CATENA**: *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, cit., p. 33: “la entrega y la recepción son las dos caras de una misma moneda. La entrega, siendo un pago, produce un efecto liberatorio, extinguiendo la deuda quien ejecute normalmente su obligación y pague válidamente. Pues bien, como el deudor tiene derecho a esta liberación, el acreedor tendrá la obligación de recibir, pero en circunstancias tales que pueda verificar la idoneidad de la ejecución llevada a cabo por el deudor”; por su parte, **LACRUZ BERDEJO**: *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 201, considera: “no se confunde (la entrega) en absoluto con la recepción, porque la recepción se realiza fundamentalmente por el *accipiens*; es una manifestación de conformidad de éste, que supone la extinción de ciertas acciones por vicios de la cosa o defectuoso cumplimiento del contrato”; **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pp. 258 y 259, diferencia diciendo que “la entrega es una puesta a disposición del dueño de la obra realizada, en cambio, la recepción es una aprobación de la obra en cuanto a sus características y cualidades”; para **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la *Ley de Ordenación de la*

respecto, que se trata de dos fases del contrato de ejecución de obra, distintas entre sí, pero estrechamente vinculadas.

La recepción es entendida como la aprobación definitiva de la obra por parte del comitente. Incorpora la recepción en sentido propio y un juicio acerca del correcto cumplimiento, al menos aparente, por el contratista de su obligación de resultado<sup>313</sup>.

Se ha planteado la duda si la recepción a que hace referencia el art. 1599 Cc. es la provisional o la definitiva. Lo lógico sería pensar que dicho precepto hace alusión a la recepción provisional, con tal de que cuando se haga entrega de la obra ésta se encuentre terminada<sup>314</sup>.

---

*Edificación*, cit., p. 366: "la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, al ser aquélla una mera actividad física, y la última una manifestación de voluntad expresa o tácita por la que se expresa la conformidad con la obra efectuada"; recientemente, **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 52, nos dice que la entrega y la recepción son dos momentos conceptualmente distintos pero conexos entre sí; **FISAC DE RON**: *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 18, las distingue temporalmente señalando: "con cierta frecuencia la entrega es anterior o simultánea a la recepción, pero también cabe una entrega posterior a la recepción de la obra. La recepción de la obra viene condicionada por otras actuaciones como la verificación de la obra, que si bien no es preceptiva suele producirse, partiendo de la entrega o de la puesta a disposición de la obra".

<sup>312</sup> Entre otras, la STS de 14 de julio de 1933 [RJ 1933\1181], 28 de junio de 1958 [RJ 1958\2516], 14 de octubre de 1968 [RJ 1968\4386], 8 de abril de 1983 [RJ 1983\2108], 16 de julio de 1994 [RJ 1994\4927], que señala: "...esta sala atribuye solo a la recepción definitiva efectos liberatorios para el contratista, sin que pueda confundirse recepción de la obra con entrega de la misma...", 19 de octubre de 1995 [RJ 1995\7524] y 18 de octubre de 1996 [RJ 1996\7126].

<sup>313</sup> De esta forma la define **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, derecho de obligaciones y contratos*, cit., p. 469, por su parte, **MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio**: *Los agentes de la edificación: en la ley 38-99, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación: obligaciones y responsabilidades*, Edit. Montecorvo, Madrid, 2000, p. 44, nos dice, que la recepción de la obra es un acto contractual por el que se perfecciona y concluye el contrato de ejecución de obra, entre el constructor y el promotor.

<sup>314</sup> En este sentido, **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1684, y añade, sin perjuicio de las reclamaciones que el comitente puede hacer al contratista en el caso de vicios o defectos de la misma".

La recepción definitiva determina el momento de la transmisión de los riesgos del constructor al comitente, puesto que los mismos se imputan al constructor por ser deudor de una obligación de resultado, cumplida la obligación, los riesgos han de ser soportados por el comitente<sup>315</sup>.

El art. 6 de la LOE se ocupa ampliamente de la recepción de la obra, reputando tal "*el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste*". Se admite que se realice con o sin reservas y debe abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes (art. 6. 1 LOE)<sup>316</sup>.

Se permite la recepción tácita, si hubieran transcurrido treinta días desde la fecha indicada sin que el promotor manifieste reservas o rechazo motivado por escrito (art. 6. 4 LOE). También se establece el contenido de la denominada *acta de recepción* (art. 6. 2 LOE).

El promotor puede rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecúa a las condiciones

---

<sup>315</sup> Así, **FERNÁNDEZ COSTALES**: *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., pp. 178 y 204; **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., p. 79; **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 418; **RUIZ-RICO RUIZ**: *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., p. 153.

<sup>316</sup> Puntualiza **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 76, que la definición de *recepción de la obra* contenida en el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación era más preciso, al establecer en el apartado 1 del art. 6 que "*la recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor*", y, agrega que dicha definición era más acorde con el concepto tradicional de *recepción* que maneja tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que dicho Proyecto de Ley, desligaba los conceptos de entrega y recepción; por el contrario la LOE configura la entrega como un momento, cronológicamente en el tiempo, anterior a la recepción".



contractuales. Este rechazo deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción (art. 6. 3 LOE). La exigencia de que el rechazo sea motivado, se condice, claramente, con el deber de colaborar a cargo del *accipiens* en que el deudor se libere de la deuda.

El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantías previstos en la Ley de Ordenación de la Edificación se inicia a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción o cuando se entienda ésta tácitamente producida (art. 6. 5 y 17. 1 LOE).

Con todo, los principales efectos que tiene la recepción de la obra en el contrato de ejecución son:

- a. La aceptación de la obra pura y simplemente, o con reservas.
- b. El inicio del cómputo de los plazos de seguridad y garantía (desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, art. 6.5 y 17.1, inciso final, LOE).
- c. La obligación del promotor de abonar al constructor el precio convenido (en defecto de pacto o costumbre, el precio de la obra debe pagarse al momento de hacerse la entrega, art. 1599 Cc.).
- d. La cesación de las garantías que establece la LOE, ya que a partir de la recepción dichas garantías no cubrirán los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio.

Al finalizar esta parte, es importante destacar, por expresa referencia del Código civil, la modalidad de contratación denominada *obra a satisfacción del propietario*.

Al respecto, el art. 1598 Cc. señala: "*cuando se conviene que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que este disponga*".

Del contenido de este precepto deducimos que, en él, se pueden presentar dos supuestos disímiles, desde el punto de vista jurídico, cuales son: bien que la obra se apruebe a satisfacción del propietario, o bien que la obra se apruebe por un tercero. No obstante, dentro de la primera alternativa y en caso de desacuerdo de partes, el mismo Código plantea que, la aprobación de la obra estará a cargo de peritos.

Sin embargo, lo que sí queda claro es que la regla contenida en el art. 1598 Cc. no determina, en ningún caso, que la aprobación de la obra realizada quede al arbitrio del comitente; entenderlo así, atentaría frontalmente contra lo dispuesto en el art. 1256 Cc. Por este motivo, expresamente, el Código remite al juicio pericial la resolución de la discrepancia entre el constructor y el comitente<sup>317</sup>.

Como se ha dicho<sup>318</sup>, esta modalidad de contratación *a satisfacción del propietario*, no constituye un elemento de la naturaleza del contrato de

---

<sup>317</sup> Afirma, en este sentido, **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 83*, que "esta regla proviene de la tradición romanista en la que se considera que la cláusula conforme a la cual la aprobación de la obra se dejaba al arbitrio del propietario, había de interpretarse como una remisión al "*arbitrium boni viri*" y no a la simple voluntad o capricho del dueño de la obra".

<sup>318</sup> Como señala **LASARTE ALVAREZ**: *Principios de Derecho civil, cit., p. 360*.

obra, sino que requiere de una estipulación en concreto para establecerla, que, como en todas las demás modalidades, también se precisa en la de contratos de ejecución de obra a suma alzada<sup>319</sup>.

El párrafo 2º del art. 1598 Cc., por su parte, considera la hipótesis de que la aprobación de la obra realizada se haga por una tercera persona. Este supuesto es diferente al que se señala en el párrafo 1º, ya que mientras en éste la participación de los peritos es subsidiaria, es decir, opera en desacuerdo de las partes, en el párrafo 2º, el tercero designado sustituye al comitente a los efectos de aprobar o no la obra construida<sup>320</sup>.

En tal caso, la decisión del tercero tendrá efecto vinculante para las partes, porque, con anterioridad, así lo han establecido ellas mismas. El pronunciamiento del tercero será en orden a aceptar o rechazar la obra ejecutada, y si su decisión es rechazada por una de las partes, deberá ser revalidada por el juez, quien no podrá desconocer valor decisorio al fallo emitido por el tercero<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> Así lo han expuesto, entre otros, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., p. 60; **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 458; **GARCÍA CONESA**: *Derecho de la construcción: adaptado a la normativa vigente a diciembre 1995*, cit., p. 274; **ÁLBACAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1676; **SALVADOR CODERCH**: *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1209 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1845, quien afirma: "puede pactarse que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario en cualquier modalidad de contrato de obra, y no sólo en los contratos de obra a precio alzado". Y luego agrega: "pero el art. 1598. I no será de aplicación cuando se trate de un contrato de aportación de solar a cambio de partes de una edificación a construir".

<sup>320</sup> De esta forma **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 87.

<sup>321</sup> Una posición contraria a esta tesis la plantea **LUCAS FERNÁNDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 466, quien afirma que la decisión del tercero, tratándose del párrafo 2º del art. 1598 Cc., no tiene efecto vinculante para las partes, sino que hace las veces de un dictamen pericial, y, aun cuando no le resta importancia, afirma que para su obligatoriedad, será necesaria la ratificación judicial.

Por último, cabe preguntarse si lo dispuesto en el art. 1598 Cc. es aplicable a los supuestos contenidos en la Ley de Ordenación de la Edificación.

Sobre este punto, se ha sostenido<sup>322</sup> que dicho precepto no es aplicable a lo dispuesto en la LOE por las siguientes razones:

a). El art. 6. 2. de la LOE exige que el acta de recepción sea suscrita, al menos, por el constructor y por el promotor, por lo que no cabe, acuerdo entre las partes en virtud del cual se designe a un tercero para que éste decida sobre la aprobación o no de la obra.

Creemos, en este sentido, que la apreciación no es del todo cierta, ya que, no obstante establecerse dicha exigencia, ésta se refiere al momento de la recepción de la obra ejecutada y no al de su suscripción. En ésta las partes pueden perfectamente pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las modalidades de aprobación de la obra que ellas quieran, con la única salvedad que éstas no vulneren, como dijimos anteriormente, lo dispuesto en el art. 1256 Cc.

b). El art. 6.1. de la LOE, de manera expresa, admite la recepción con reservas. Por el contrario, cualquier aceptación con reservas, tratándose de la figura del Código civil, desnaturalizaría el concepto de recepción a *satisfacción del propietario*.

A nuestro parecer, no se presentaría, en este caso concreto, la mencionada desnaturalización de la figura, toda vez que el mismo art.

---

<sup>322</sup> Puntualmente, **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 95.*

1598 Cc. establece que en caso de existir desacuerdo, la discrepancia se resolverá por peritos.

c). El contenido del artículo 6. 2. de la LOE es una norma de Derecho necesario.

Esta naturaleza también es la que se le asigna al art. 1598 Cc.

d). El artículo 6. 3. de la LOE sólo admite dos supuestos de rechazo de la obra (por considerar el promotor que la misma no está terminada o, porque no se adecua a las condiciones contractuales). Quiere ello decir que si la obra está completamente terminada y la misma se adecúa a las condiciones pactadas, el promotor está obligado a recibir la obra.

Dicha consideración, creemos que es del todo incorrecta, ya que los supuestos del art. 6. 3. de la LOE, establecen que "*el promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada y que no se adecua a las condiciones contractuales...*", supuestos éstos que constituyen la mínima exigencia que se puede hacer respecto de una obra, fundado en la *lex artis* tantas veces referida en el presente trabajo.

e). En caso de discrepancia entre las partes, será el juez quien determine si la obra ha de ser recibida o no.

Dicho supuesto, aunque más atenuado, también se da tratándose del art. 1598 Cc., ya que, en ambos párrafos del citado artículo, es procedente, y así lo ha reconocido la doctrina, la intervención judicial para dirimir la discrepancia que pueda surgir entre las partes<sup>323</sup>.

---

<sup>323</sup> Por todos, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1845, quien nos dice: "únicamente cuando el contratista principal muestra

En conclusión, creemos que lo dispuesto en el art. 1598 Cc., es plenamente aplicable a las situaciones constructivas planteadas en la LOE, toda vez que esta Ley, no contiene normativa ni a favor ni en contra de dicha modalidad de obra denominada a *satisfacción del propietario*. Así, las cosas, el Código civil, debe regir, como es lógico suponer, supletoriamente.

### 5. 2. 2. Obligación de pagar el precio

Precisar quién tiene la obligación de pagar el precio no requiere de interpretación alguna, toda vez que razones de lógica mínima nos inducen a pensar y afirmar que a esta obligación se encuentra conminada la persona que ha encargado la ejecución de la obra que se cobra.

En efecto, el propietario del suelo o comitente tiene, como principal obligación, la de pagar el precio de acuerdo con la modalidad acordada y el tiempo fijado, es decir, de acuerdo a los términos del contrato.

Sobre la obligación de pagar el precio, rige en el contrato de ejecución de obra, el imperativo general en materia de obligaciones que, se traduce, como sabemos, en que el precio ha de ser lícito, posible, cierto y determinado o determinable.

Este último requisito, es decir, que el precio sea determinado o determinable, ha sido interpretado, con una cierta laxitud, ya que, por ejemplo, se acepta como válida aquella estipulación que no contenga una

---

su disconformidad con el arbitrio del comitente, basado en criterios objetivos emitidos por un técnico de su confianza, se entenderá reservada la aprobación al juicio o dictamen pericial contradictorio correspondiente, que estará sujeto a las reglas de los artículos 335 a 352 LECiv, y, en última instancia, a la valoración del juez, quien podrá apreciarlo libremente en unión de las demás pruebas para decidir si la obra está ejecutada conforme a lo pactado”.

fijación expresa del precio, sino en la cual las partes únicamente se remiten para la determinación al que sea usualmente aplicado en el mercado, o corresponda al tipo de obra ejecutada, o surja de la aplicación de tarifas o tasaciones generalmente aplicadas al modelo de obra que se realiza. Todo esto, no obstante exigirse expresamente en el art. 1544 Cc. la determinación de un precio cierto<sup>324</sup>.

Esto dicho, se plantea qué sucede cuando son varias las personas que encargan la obra, ya que en este supuesto surge el problema de determinar si los distintos comitentes quedan obligados a pagar el precio de forma mancomunada o solidariamente<sup>325</sup>.

Para dar respuesta a dicha interrogante, basta, a nuestro juicio, hacer aplicación de lo preceptuado en el art. 1137 Cc., en virtud del cual debe ser aplicada, de manera general, el principio de mancomunidad, y considerar la solidaridad como la excepción a la regla en esta materia, que requeriría para su excepcional aplicación el imperativo legal o la voluntad contractual<sup>326</sup>, en cuyo caso el contratista puede dirigirse contra

---

<sup>324</sup> De esta forma, **LINARES NOCI**: *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 83.

<sup>325</sup> Como lo plantea **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., pp. 179 y 180.

<sup>326</sup> En este sentido, es interesante la Sentencia de 7 de enero de 1984 [RJ 1984\340] que señala: "...si ciertamente la solidaridad es una norma exigente, drástica y, por tanto, no presumible, requirente por tanto de su manifestación expresa, no obstante es de apreciar que esa exigencia no quiere necesariamente decir rigurosa constatación escrita, sino simplemente cuando de las características de la obligación deduce la voluntad de los obligados de crear una necesaria obligación generadora de una responsabilidad *in solidum* de aquéllos, ya que aunque el principio general de solidaridad de los deudores, cuando sean varios, no se presume, sin embargo, es de apreciarla cuando del contexto de la obligación, derivado del comportamiento de los contratantes, aparece la voluntad de las partes de pagar íntegramente lo debido, y cuya voluntad se pone claramente de manifiesto al concertar una obra sin discriminar ante el constructor, al que le fue encargada y del que fue recibida sin objeción al tiempo de la entrega, aspectos limitativos en cuanto al pago de su importe, que en consecuencia produce la lógica consecuencia de que puede exigirse el pago

Ciertamente, el concepto de entrega que contiene el art. 1599 Cc. ha de entenderse como “*recepción y puesta a disposición de la obra al comitente*”, ya que parece mucho más razonable que la obligación de pagar el precio que recae sobre el comitente de la obra se genere al momento de que éste reciba la obra y manifieste su conformidad con la misma, por aceptar que la obra se ha ejecutado de acuerdo a lo pactado y a la ley del arte<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> En este sentido, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., p. 245: “para que surja en el comitente la obligación de pagar el precio, es preciso no sólo que el contratista ejecute la obra y la ponga a disposición del comitente, sino, además que éste acepte, porque sólo la aceptación hace constancia del adecuado cumplimiento de la obligación de aquél”; **DIEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 436, afirman que, a menos que exista pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega, y agregan: “hay que entender que no basta la materialidad de la entrega, sino que la obra sea recibida por el comitente al ser conforme con lo que se proyectó”; y **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 181: “...la obligación de pago del precio que pesa sobre el promotor de la obra nace en el momento que éste ha recibido la obra (entrega de la obra) y presta su conformidad a la misma (recepción), por entender que la obra se ha realizado conforme a los pactado y a la *lex artis*”.

En un sentido contrario a lo afirmado por la doctrina, se pronuncia, a nuestro juicio, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 23 de enero de 2002, AC 2002\182, que sobre el particular dispone: “... la obligación contraída es la de obtener un resultado determinado, esto es, la ejecución eficaz de la obra, de forma que si la obra realizada no reúne las condiciones pactadas, el dueño de la misma tiene derecho a que se subsanen los defectos sin abono de cantidad suplementaria o a la reducción del precio en la proporción adecuada, *sin que, en principio, se autorice la retención de la integridad de la prestación* cuando la otra parte ha cumplido de modo defectuoso y lo omitido o lo mal realizado carezca de suficiente entidad en relación con lo ejecutado para poder hablar de total incumplimiento; en este sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (S. de 21-1-1992, 21-3-1994 y 8-6-1996 [RJ 1996, 4833]) que aunque el Código Civil no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúna las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna, o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin.



Es decir, el tiempo del pago es, salvo pacto en contrario, simultáneo al de la entrega de la obra, lo que vendría a ser una expresión del principio general de cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas.

No obstante, este último principio general podría interpretarse en un sentido diverso, ya que el carácter sinalagmático de las obligaciones que recaen sobre las partes del contrato de ejecución de obra, también impone que, en esta materia, el comitente comience a abonar los gastos a medida que éstos se van sucediendo y van siendo afrontados por el contratista<sup>329</sup>.

En cuanto al lugar del pago del precio, y de acuerdo con la redacción del art. 1599 Cc., si se paga al hacerse la entrega, el lugar del pago será justamente ése. De no ser así, y no mediando pacto sobre el particular, el lugar del pago será, de conformidad a las reglas generales, el del domicilio del deudor, que para todos los efectos, es, en este caso, el dueño de la obra (art. 1171, párrafo 3º)<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> Como señala **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1683: "se desprende de la simple lectura del precepto (art. 1599 Cc.), que la primera de las normativas a aplicar a la regulación del pago del precio es la que deriva de la voluntad de partes consignada en el contrato", y, luego agrega: "con frecuencia, la praxis judicial nos muestra supuestos de pactos en los que se prevé que el precio se anticipa, en todo o en parte, a la ejecución de las obras, e incluso a su iniciación, en cuyo caso, el contratista puede reclamar antes de su comienzo"; **CAPILLA RONCERO**: *Derecho civil, derecho de obligaciones y contratos*, cit., p. 469, "no obstante, es frecuente que en las obras de cierta envergadura se prevea que el comitente satisfaga al comienzo y mientras duran las obras unas cantidades, en concepto de anticipo, que permiten al contratista efectuar la obra sin necesidad de recurrir (o en menos medida) a financiación exterior. Son anticipos a cuenta del precio definitivo, del cual se descontarán en su día. Si se producen eventos de riesgo, soportados por el contratista, surgirá el oportuno derecho a la devolución".

<sup>330</sup> Como lo señala **ALBALADEJO**: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., sub art 1171 Cc., p. 308.

### 5. 2. 3. Obligación de soportar los riesgos: supuestos

Como ya tuvimos oportunidad de ver, la obligación que recae sobre el contratista es de resultado; por eso, la obra se ejecuta a su riesgo y ventura o, dicho de otra forma, son de cargo del contratista los riesgos soportados sobre la obra hasta que se produce la recepción definitiva de la misma.

Es decir, una vez concluida la obra y hasta que realice su entrega, el contratista está obligado a conservarla, debiendo realizar todos aquellos actos necesarios de mantenimiento y reparación que se consideren pertinentes a objeto de sostener la obra en el estado en que se encontraba cuando fue terminada (V. art. 1094 Cc.)<sup>331</sup>.

De esta forma, si acontece que la cosa se pierde, modifica su valor, etc., por la causa que sea, imputable o no al contratista (incluidos, el caso fortuito o la fuerza mayor), sufrirá éste los resultados económicos, perdiendo su facultad a percibir el precio.

Pero ha de decirse que, el retraso injustificado en la recepción de la obra pone en mora al comitente, desplazándose a su cargo los riesgos que pueda parecer la obra desde entonces (arts. 1589 y 1590 Cc.)<sup>332</sup>.

En efecto, el que incurre en mora se hace responsable de los casos fortuitos, tanto en la mora *solvendi*, como en la *accipendi*. Esta última modalidad comienza, tratándose del contrato de ejecución de obra,

---

<sup>331</sup> Así, **MARTÍNEZ MÁS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 56.

<sup>332</sup> Así, **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 856, para quienes, la mora del comitente comienza a partir del momento en que, habiendo rematado la obra el constructor, la misma ha sido puesta a disposición de aquél en el lugar convenido.

cuando concluida la obra en el tiempo que se pactó, ésta es puesta a disposición del que hizo el encargo<sup>333</sup>.

Si se ha efectuado la recepción sin reservas, también se produce el desplazamiento del riesgo, que deja de pesar sobre el contratista. Igualmente, extingue la responsabilidad del contratista por incumplimiento pero no extingue su responsabilidad por vicios ocultos ni por ruina, como tuvimos ocasión de ver.

Así, se infiere de la redacción de los arts. 1589 y 1590 Cc., que el riesgo sea soportado por el comitente a partir del momento en que la obra ha sido puesta a su disposición. Este hecho resulta de una lógica innegable, toda vez que al haberse realizado la entrega de la obra, se supone que el constructor ha cumplido la obligación de entregar la obra construida en el tiempo y en el lugar fijados y que el comitente, por su parte, ha adquirido un poder de control sobre la misma<sup>334</sup>.

## **VI. “...no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales...”**

### **6. 1. El principio de invariabilidad del precio de la obra ajustado alzadamente**

Se ha afirmado, insistentemente, que el art. 1593 Cc., al contemplar el *contrato de ejecución de obra por ajuste alzado, relativo a la construcción*

---

<sup>333</sup> En este sentido, **CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio**: “La recepción de la obra”, en *A.D.C.*, 1978, p. 309: “el riesgo se transmite al comitente en el momento en que el constructor le entrega la obra construida; es decir, cuando ésta ha sido terminada y se encuentra en su poder o a su disposición” y **DEL ARCO TORRES/PONS GONZALEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, cit., p. 401.

<sup>334</sup> Como claramente lo exponen **DIEZ-PICAZO/GULLÓN**: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 856.

*de un edificio u otra obra, sustentado en un plano previamente convenido con el propietario del suelo, y por un precio cerrado y alzado, no consiente que el contratista pueda demandar aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales*<sup>335</sup>.

En efecto, dicho precepto consagra la inmodificabilidad o invariabilidad del precio de la obra en lo relativo al aumento del costo para el contratista, salvo, claro está, que se trate de modificaciones de obra consentidas por el comitente<sup>336</sup>.

La interpretación excesivamente laxa de esta última afirmación, ha tenido, como corolario, que el principio de invariabilidad haya perdido su fuerza inicial, y que en la actualidad esté, por decirlo así, vacío de contenido. En el desarrollo de este epígrafe, y del que sigue, intentaremos demostrar que, el principio de invariabilidad carece de sustento real, y que la norma que la consagra no parece ser, sino, un conjunto de palabras que se lleva el viento. Pero vayamos con calma.

---

<sup>335</sup> Entre otros, **MARTÍN BERNAL**: *Temas sobre contratos civiles*, cit., p. 113; **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998", cit., p. 317; **GONZÁLEZ POVEDA**: *Comentarios del Código civil, sub art. 1593*, cit., p. 670; y **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., p. 273.

<sup>336</sup> A diferencia de lo que sucede en el contrato de obra pública, en donde rige el principio de *revisión del precio*, según se establece en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su art. 103.1 dispone: "*la revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión*".

El principio de la invariabilidad y, su excepción, ha sido clara y repetidamente señalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que destacamos, la Sentencia de 21 de julio de 1993<sup>337</sup>, que señala:

*"El principio de invariabilidad del precio de una obra contratada por ajuste alzado, con arreglo al art. 1593 de Código civil, carece de aplicación, según el mismo precepto establece, cuando se introduzcan cambios en la ejecución, alterando el proyecto primitivo y produciendo aumento de obra, bien por incremento del volumen de la construida, bien por un mayor valor de la ejecutada en razón de la superior calidad de los materiales empleados, pero siempre que para ello concurra la indispensable autorización del dueño de la obra, que puede ser prestada o concedida en forma verbal o incluso tácita, al no exigir el referido precepto una constancia de la misma en forma determinada".*

En el mismo sentido, pero de fecha más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001<sup>338</sup>, que dispone:

*"Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el art. 1593 del Código Civil en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo –lo que se conoce como aumento de obra–, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibéndolas*

---

<sup>337</sup> [RJ 1993\6104].

<sup>338</sup> [RJ 2001\1680].

*o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente”.*

Esta absoluta inmodificabilidad o intangibilidad de lo convenido procede, como sabemos, *aunque el precio de los jornales o materiales haya aumentado*, y no es sino, una emanación del principio de ejecución de la obra *a riesgo y ventura* de aquel que identifica especialmente al contrato de obra, atribuyéndosele en consecuencia, al contratista el riesgo del *alea* que la variación de costos lleva consigo, mas ello consentido para un contrato determinado<sup>339</sup>.

Sin embargo, como una argumentación contraria al *alea* que lleva implícito el contrato de ejecución de obra, se sostiene<sup>340</sup> que los precios de las obras constructivas no se mantienen estáticos, y que, por el contrario, son continuamente sometidos a variación, por lo que la subsistencia y aplicabilidad de unos precios iniciales requiere el necesario consenso de los interesados, de no darse, es de justicia hacer las precisiones que mantenga la equivalencia de las prestaciones.

Así las cosas, el contrato de ejecución de obra se caracteriza por las variaciones al plano inicialmente previsto, es más, dichas alteraciones son propias de la especial naturaleza de contrato aludido<sup>341</sup>, que las exige en

---

<sup>339</sup> Así, **CADARSO PALAU, Juan**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, 1995, p. 67 y **VIVAS TESÓN**: “El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998”, cit., p. 317.

<sup>340</sup> De esta forma, **DÍEZ-PICAZO**: “Las variaciones del contrato de obra y en las obras contratadas”, cit., p. 147: “al tratarse del contrato de obra, el riesgo económico adquiere mayor relieve, porque las alteraciones que puede sufrir lo pactado durante el curso o ejecución de la obligación pertenecen a la propia naturaleza del contrato” y **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, T. II, sub art. 1593, cit., p. 1199.

<sup>341</sup> Así, **DÍEZ-PICAZO**: *Ob., cit.*, p. 147 y **SALVADOR CODERCH**: *Ob., cit.*, p. 1199, quien agrega que las variaciones o cambios del contrato (las desviaciones

muchos de los casos, y, cuya frecuencia dependerá, entre otras cosas, de la complejidad de la obra, la duración que ésta tenga en el tiempo y la singularidad de la misma. Con acierto se ha afirmado, que la contingencia de dichos cambios debe estar presente en la mayoría de los contratos de ejecución de obra<sup>342</sup>.

Pero dejemos eso para más adelante y centrémonos ahora en el origen histórico de la invariabilidad contenida en el art. 1593 Cc.

## 6. 2. Una norma de tinte francés. Su paso al Código español

Si se analiza el art. 1593 Cc. desde su perspectiva histórica, vemos cómo y ello no puede sorprendernos, la misma, procede del *Code civil* francés<sup>343</sup>.

En efecto, fue en la época de la codificación francesa, en las discusiones preliminares del Código de Napoleón, cuando se pusieron de relieve algunos abusos que quizá se hubieren podido cometer por los constructores de edificios, y frente a los cuales se intentó reaccionar, tratando de cortarlos mediante la norma que llegó a ser el art. 1793 del Código civil francés, que disponía lo siguiente:

---

de lo realizado en relación a lo previsto), pertenecen a la naturaleza de las cosas o a la propia naturaleza del contrato.

<sup>342</sup> Lo dice **SALVADOR CODERCH**: *Ibidem*, p. 1200, quien puntualiza: “el texto se refiere sólo a un caso particular, que es el de los contratos de obra ajustados a precio alzado y en vista de un plano convenido y, en ausencia de identidad de razón, no está justificado extender esta regla especial a los restantes supuestos de contrato de obra”.

<sup>343</sup> En este sentido, **LUCAS FERNANDEZ**: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 381; **CADARSO PALAU**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, cit., p. 69 y **VIVAS TESÓN**: “El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998”, cit., p. 317.

*“Cuando un arquitecto o empresario se ha encargado de la construcción a precio alzado (a forfait) de un edificio, conforme a un plano convenido con el propietario del suelo, no puede exigir ningún aumento de precio, ni bajo pretexto de aumento de la mano de obra o de los materiales, ni bajo el de cambio o aumentos respecto del plano, si tales cambios o aumentos no han sido autorizados por escrito, y su precio convenido con el propietario”.*

En dicha norma también se inspiró, posteriormente, el *Codice civile* de 1865 y luego el Código español.

Comentando el art. 1534<sup>344</sup> del fracasado Proyecto de Código civil de 1851, el ilustre GARCÍA GOYENA, recogía las inquietudes de los juristas franceses y afirmaba:

*“Han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en estas materias, a pretexto de haberse encarecido los materiales o jornales, o de cambios o aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles o necesarios; alegábase más de una vez que el propietario había probado los segundos, expresa o tácitamente aunque no por escrito”<sup>345</sup>.*

---

<sup>344</sup> 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”.*

<sup>345</sup> De esta forma, GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 803, quien agrega: *“Los arquitectos invocaban la máxima constante de derecho, que nadie puede enriquecerse a espensas de otro; los propietarios replicaban que nada tenían que ver con el alza o baja de los materiales y jornales, y que en el segundo caso no podrían pedir rebaja en el precio alzado; que ellos no habían consentido en los cambios, que al hacer el ajuste echaron sus cuentas, y su posición particular no les permite nuevos y*



Sin embargo, en su paso al Código civil español, la norma francesa perdió buena parte de su originario rigor, al eliminarse, en concreto, la exigencia de forma escrita para la autorización del dueño a los cambios y el acuerdo sobre el precio de la modificación<sup>346</sup>.

Desde entonces, esta circunstancia ha permitido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifieste, insistentemente, sobre la procedencia y validez del aumento de obra que emana de la autorización del comitente, sea ésta verbal, tácita o, incluso, pudiendo llegar a presumirse de haberse realizado las obras en exceso sin oponerse a ellas, como veremos más adelante.

La amplia interpretación que ha hecho la jurisprudencia, acerca de la forma en que el propietario consiente un aumento de obra, se intentó modificar, a través del Proyecto de reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra, de 1994, sobre el que ya nos hemos referido, en numerosas oportunidades.

En efecto, dicho Proyecto contenía, la buena aunque imprecisa intención, de exigir mayores formalidades a la hora de acordar un aumento de obra, y así, su art. 1599, dedicado a la materia del riesgo económico del contrato de ejecución de obra, estableció previsiones mucho más detalladas a la hora de admitir el mencionado aumento<sup>347</sup>.

Dichos presupuestos, sin embargo, en vez de vitalizar el desmejorado principio de invariabilidad del precio ajustado alzadamente, o al menos

---

*mayores desembolsos. El artículo -añadía el autor- previene estos abusos con la prueba escrita que exige el consentimiento del propietario".*

<sup>346</sup> Así lo ponen de relieve **CADARSO PALAU**: "Arrendamiento de obra y servicios, arrendamientos rústicos", cit., p. 204 y **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1200.

<sup>347</sup> Como lo señala **CADARSO PALAU**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, cit., p. 69.

delimitar justamente su ámbito de reserva, lo hacía mucho más débil, toda vez que éste podía ser excepcionado, por muchas y diversas causas, entre éstas: la existencia de una disposición legal o un pacto en contrario; las modificaciones ordenadas por el comitente, a quien se le reconoce un concreto *ius variandi*, las modificaciones impuestas por exigencias técnicas y, por último, las que sugiere el respeto de derechos de terceros.

### **6. 3. Una regla desvirtuada: la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus* al contrato de ejecución de obra**

Alterada, de esta manera, la exigencia de la autorización, ha podido decirse, con razón, que la *regla de la invariabilidad* devino más verbal que real<sup>348</sup>, y ello ha encontrado confirmación en una postura adoptada por la jurisprudencia en relación a la norma objeto de comentario, la que se ha caracterizado por su laxitud a la hora de interpretar las situaciones en las cuales es posible modificar el precio ajustado alzadamente, llegando incluso a desvirtuarla en cuanto a la finalidad que se perseguía al establecerla.

De este modo, dicha línea jurisprudencial<sup>349</sup> considera que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a los supuestos de obras no presupuestadas que representan un incremento real, cambio o

---

<sup>348</sup> Así, SALVADOR CODERCH: *Comentario al Código civil*, sub art. 1593, cit., p. 1.200.

<sup>349</sup> Entre otras, STS de 31 de marzo de 1982 [RJ 1982\1553]; 8 de enero de 1985 [RJ 1985\165]; 28 de febrero de 1986 [RJ 1986\938]; 15 de marzo de 1990 [RJ 1990\1698]; 10 de junio de 1992 [RJ 1992\5117]; 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6104]; 16 de febrero de 1995 [RJ 1995\854]; 18 de abril de 1995 [RJ 1995\5117]; 28 de marzo de 1996 [RJ 1996\2199]; 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108]; 26 de junio de 1998 [RJ 1998\5016]; 2 de julio de 1998 [RJ 1998\5209]; 18 de enero de 2000 [RJ 2000\138]; 27 de enero de 2000 [RJ 2000\64] y 23 de enero de 2001 [RJ 2001\1680].

adición al proyecto primitivo (aumento de obra), cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente, recibéndolas y aceptándolas con independencia de que sea, a la plena satisfacción del comitente.

Según esta particular visión, las obras que suponen aumento de las originalmente proyectadas no están incluidas en el contrato celebrado, por lo que, en relación a tales obras, no podrá alegarse una interpretación errónea del art. 1593 Cc. Presentándose esta circunstancia, es decir un aumento por obras no presupuestadas, no procede otra solución que el incremento de precios que supone dicho aumento.

Así, existiendo aumento de obra, se reconoce un derecho del contratista al pago de la obra realmente ejecutada, *siempre que no se trate de simples mejoras fuera del proyecto, sino de trabajos necesarios y verificados de acuerdo con las instrucciones de la dirección facultativa*<sup>350</sup>. Esta tesis se sustenta en el derecho del contratista a percibir el precio del trabajo complementario realizado, evitándose, de este modo, el enriquecimiento injusto de la propiedad<sup>351</sup>.

Pese al principio de invariabilidad del precio de la obra, como hemos indicado con anterioridad, se discute si es o no viable la aplicación de la

---

<sup>350</sup> STS de 10 de junio de 1992 [RJ 1992\5117], 16 de febrero de 1995 [RJ 1995\854], 18 de abril de 1995 [RJ 1995\5117], 28 de marzo de 1996 [RJ 1996\2199], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108], 26 de junio de 1998 [RJ 1998\5016], 2 de julio de 1998 [RJ 1998\5209], 12 de enero de 1999 [RJ 1999\134], 23 de enero de 2001 [RJ 2001\1680].

<sup>351</sup> La STS de 5 de diciembre de 1980 [RJ 1980\4736] dispone: "el enriquecimiento injusto requiere de la inexistencia de causa del desplazamiento patrimonial, pues no se enriquece torticeramente quien adquiere en virtud de un legítimo derecho, debiendo existir un mal enriquecimiento y un verdadero empobrecimiento".

*cláusula rebus sic stantibus*<sup>352</sup> al contrato de ejecución de obra, ante un cambio desorbitado y extraordinario de las circunstancias inicialmente previstas al tiempo de su celebración, con el objeto de *restablecer la economía interna del contrato*<sup>353</sup>.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo, en lo que a la cláusula en estudio se refiere, han desplegado un significativo papel a la hora de concretar dicha solución jurídica al desequilibrio de las prestaciones. Así, la Sentencia de 6 de junio de 1959<sup>354</sup> se refería a dicha cláusula de la forma que sigue:

*“Frente al principio tradicional clásico pacta sunt servanda y la no revisión de las obligaciones, en que se basa toda la*

---

<sup>352</sup> Sobre la *cláusula rebus sic stantibus* vid., **SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz**: *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la Cláusula rebus sic stantibus (sentencias del Tribunal Supremo)*, Edit. Tecnos, Madrid, 1990.

<sup>353</sup> Como sostiene **CADARSO PALAU, Juan**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, 1995, p. 67, para quien el conflicto o tensión entre la regla de inmodificabilidad de lo pactado (*pacta sunt servanda*) y las exigencias de revisión como consecuencia de alteraciones sobrevenidas, se manifiesta de manera especial y más acusada que en otros tipos contractuales en el contrato de obra, sobre todo, en el de ejecución de obra inmobiliaria. Puesto que la prestación del contratista se configura como una prestación de resultado, se puede afirmar que el contrato de obra debe ejecutarse a su riesgo y ventura. No le basta con poner unos medios o con observar una diligencia; si no hay resultado, no hay cumplimiento. Cuando el precio a cargo del comitente se estipula con carácter fijo o alzado, el riesgo del contratista también es, a menos que se estipulen mecanismos convencionales de corrección o reajuste, un riesgo económico. Y ello no significa, a primera vista, singularidad alguna respecto de lo que se deduce de la regla general de la eficacia vinculante del contrato (arts. 1091 y 1256 del Código civil español) que obliga a cumplir precisamente al tenor de lo pactado; en el mismo sentido, **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis**: “Las variaciones del contrato de obra y en las obras contratadas”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 147; y **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, T. II, sub art. 1593, cit., p. 1201, quien considera que la regla contenida en el art. 1593 Cc. no impide la aplicación de la doctrina general sobre la *cláusula rebus sic stantibus*.

<sup>354</sup> [Ar 3026].

*legislación española desde el Ordenamiento de Alcalá, ha obrado la moderna doctrina haciendo aplicación de la cláusula rebus sic stantibus”.*

Asimismo, la STS de 9 de julio de 1984<sup>355</sup> afirma:

*“La solución adoptada (aplicación de la cláusula rebus sic stantibus) supone tan sólo el aceptar, como razonable, una forma nueva de ejercicio de la prestación acomodada a las exigencias actuales, ésta debe ser asumida por el beneficiario para impedir un desequilibrio en el contrato e impedir un enriquecimiento injustificado”.*

La STS de 6 de octubre de 1987<sup>356</sup> señala:

*“Tanto la aplicación implícita de la cláusula rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus, como la de la teoría más subjetiva de la quiebra o desaparición de la base del negocio, como la de la equivalencia de las prestaciones o de la equidad (...) no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido por el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, de forma continuada, haya de producirse”.*

Como se observa, la doctrina del Tribunal Supremo no ha excluido la posibilidad de llegar a la revisión de los contratos por causa de alteración de las circunstancias cuando ello sea indispensable para evitar un

---

<sup>355</sup> [RJ 1984\3803].

<sup>356</sup> [Ar. 6720].

resultado notoriamente injusto. A tal efecto, deben concurrir los siguientes requisitos<sup>357</sup>:

- a). Que se trate de una alteración verdaderamente extraordinaria de las circunstancias apreciada mediante la comparación de las circunstancias vigentes en el momento de la celebración del contrato con las imperantes al momento de su cumplimiento.
- b). Que esa alteración produzca una desproporción o desequilibrio de gran importancia entre las prestaciones recíprocas de las partes, hasta el punto de desnaturalizar el carácter conmutativo del contrato.
- c). Que tal alteración extraordinaria de las circunstancias y el alcance de sus efectos no hayan podido ser previstas por los contratantes.
- d). Que las consecuencias anómalas resultantes no puedan quedar subsanadas por los medios previstos y regulados por el Código.
- e). Que quien alegue la cláusula *rebus sic stantibus* tenga buena fe y carezca de culpa.

Concurriendo dichas circunstancias, es posible proceder a la revisión del contenido del contrato, sin decretar su rescisión o resolución, excepto en los casos excepcionales en que no sea posible restablecer el equilibrio jurídico de otra forma, en los que la finalidad o resultado que con el contrato se quiere alcanzar se ha frustrado por lo que los Tribunales podrán decretar la ineficacia del contrato por desaparición de su fin u objetivo<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> Como exigen, entre otras, las SSTs de 9 de mayo de 1983 [RJ 1983\2679], 27 de junio de 1984 [RJ 1984\3438] y 19 de abril de 1985 [RJ 1985\1805].

<sup>358</sup> Así, LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., p. 356.

Podría estimarse que, en principio, el art. 1593 Cc. no excluye la aplicación, en las circunstancias extraordinarias en las que procede, de la *teoría de la base del negocio*, y por tanto, tampoco impide, en ellas, la revisión del precio del contrato.

Es lógico que el principio *pacta sunt servanda* no pueda llevarse a extremos absolutos, incompatibles con la buena fe que debe presidir el cumplimiento y ejecución de los contratos, máxime cuando la rigidez del citado principio puede traer consigo la pérdida del equilibrio de las prestaciones contractuales afectando, en su propia base, al contrato.

De este modo, la regla general de revisión del contrato por alteración sustancial, extraordinaria e imprevisible de las circunstancias, se aplica igualmente a los de obra, aun si hay ajuste a precio alzado, cuando se produce una elevación de salarios o materiales de tal magnitud que excede todas las posibles expectativas y previsiones de las partes, alterando el equilibrio de las prestaciones entre ellas y perturbando la economía natural del contrato.

La jurisprudencia y la doctrina españolas invocan, en estos casos, ya la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, ya la alteración de la base del negocio, ya la destrucción de la equivalencia, o los restantes tópicos que justifican la revisión y que alcanzan, igualmente, a los contratos de ejecución de obra a precio alzado<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> Como afirma **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus (sentencias del Tribunal Supremo)*, cit., p. 30.

**VII. "...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..."**

El principio de invariabilidad del precio al que hacíamos referencia con anterioridad, tiene, no obstante, una clara excepción en la parte final del artículo para el caso de que se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que haya dado su autorización el propietario<sup>360</sup>.

Por regla general, el proyecto sólo puede variarse por la voluntad acorde de ambas partes. Sin embargo, es frecuente que el dueño se reserve en el contrato la facultad de modificar la obra dentro de ciertos límites, y de igual forma, al contratista le sea permitido exigir la modificación de un proyecto que se revele técnicamente imposible. Lo que queda claro, no obstante, es que, en ningún caso, la modificación puede ser unilateral.

Efectivamente, en el supuesto que contempla la última parte del art. 1593 Cc., si se ha modificado la obra con autorización, es decir, por acuerdo del dueño de la misma, el contratista podrá pedir aumento del precio pactado, quedando, con ello, vedada la modificación arbitraria por el contratista sin que lo consienta el dueño de la obra o comitente<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> Como señala **DIEZ-PICAZO**: "Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas", cit., p. 147, este hecho (la autorización del propietario para proceder a un aumento en las obras) permite, en definitiva, reconducir el caso a un contrato modificativo o, si se prefiere, a una novación. Asimismo, considera que las especiales características del contrato de obra, con prestaciones esencialmente complejas imponen, por la propia naturaleza de este contrato, la necesidad de las variaciones; en el mismo sentido, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción*, cit., p. 204; **MULLERAT BALMAÑA**: "Los sistemas de fijación del precio en el contrato de construcción de inmuebles según el Código civil", cit., pp. 705-706.

<sup>361</sup> De esta opinión, **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1693.



## 7. 1. El art. 1593 Cc. es una norma dispositiva

Ante todo, conviene advertir, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia<sup>362</sup> y la doctrina<sup>363</sup>, que el art. 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 art. 1255 Cc.

De este modo, la eficacia dispositiva de la norma permite que los contratantes convengan un régimen regulador de las revisiones de precios (si bien su prohibición expresa es práctica usual en los contratos de ejecución de obras a ajuste alzado)<sup>364</sup> y de la posibilidad de modificaciones en la obra y su repercusión en el precio.

Sin embargo, también es posible, en virtud de la naturaleza de la norma, que aun cuando las partes hayan estipulado un aumento de obra con el

---

<sup>362</sup> Entre otras, STS de 4 abril 1981 [RJ 1981\1480]; 8 de enero de 1985 [RJ 1985\165], 2 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6196], 28 de febrero de 1986 [RJ 1986\938], 23 noviembre 1987 [RJ 1987\8643], 18 octubre 1989 [RJ 1989\6934], 10 junio 1992 [RJ 1992\5117], 21 julio 1993 [RJ 1993\6104], 24 mayo 1994 [RJ 1994\3738], 16 febrero 1995 [RJ 1995\854], 18 abril 1995 [RJ 1995\3420], 28 marzo 1996 [RJ 1996\2199], 13 de julio de 1997 [RJ 1997\4650], 25 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8400], 26 de junio de 1998 [RJ 1998\5016], 31 de octubre de 1998 [RJ 1998\8165] y 12 de enero de 1999 [RJ 1999\134].

<sup>363</sup> Entre otros, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1200, **ALBACAR LOPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1635, **CADARSO PALAU**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, cit., p. 71; **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998", cit., p. 317 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1834.

<sup>364</sup> Así, **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998", cit., p. 317.

correspondiente incremento de precio, posteriormente dicho aumento se lleve a cabo, sin que lo haga el precio a integrar<sup>365</sup>.

## 7. 2. La relatividad del *precio alzado*

Hemos querido iniciar este epígrafe haciendo referencia a la relatividad del concepto de *precio alzado*, como elemento deformador de la regla de invariabilidad del art. 1593 Cc.

Ciertamente, aun cuando se ha afirmado<sup>366</sup> de manera insistente que el art. 1593 Cc. debe ser interpretado restrictivamente, y que lo allí dispuesto es únicamente aplicable a contratos de obra con precio ajustado alzadamente (y no procede, en absoluto, tratándose de precios fijados por unidad de medida, por administración, o en atención a presupuestos meramente orientativos), pensamos que dicha afirmación no es absolutamente cierta.

Dicho esto, creemos que el verdadero sentido del art. 1593 Cc. es hacer constar en forma clara y precisa que las partes quisieron fijar un precio invariable de forma definitiva, más que el hecho de que el pago se haría al momento de cumplir la obligación, como lo presupone en esencia la modalidad de contrato de ejecución de obra a suma alzada. Es decir, el

---

<sup>365</sup> De esta forma **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1834.

<sup>366</sup> Entre otros, **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 1201, cuando señala "el inciso final del artículo restringe la posibilidad de pedir el aumento del precio en caso de cambio en el plano que produzca, a su vez, aumento de obra siempre que todo ello haya sido autorizado por el comitente"; **VIVAS TESÓN**: "El aumento de obra ex art. 1593 del Código civil, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998", cit., p. 317, **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., pp. 185 y 186 y **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Ob.*, cit., p. 1834.

aspecto que motiva a las partes a suscribir este tipo de contratos, es saber que el precio se mantendrá invariable durante todo el contrato.

Aun así, un importante sector de la doctrina española reconoce cierta relatividad indispensable al concepto de precio alzado, ya sea, porque es posible que se fije un precio global y cerrado referido a la totalidad de la obra, y dicho monto incluya alguna referencia a otra modalidad de pago distinta<sup>367</sup>, o, porque, se distingan entre las modalidades de contrato a ajuste alzado *absoluto* y *relativo*<sup>368</sup>.

En el primero de los casos, es decir, en aquellos en los que no obstante haberse convenido por ajuste alzado, con un precio íntegro y fijo, el presupuesto incluya un desglose por partidas y una referencia a precios unitarios, el ajuste alzado no transforma su naturaleza convirtiéndose en una modalidad de pago distinta<sup>369</sup>.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en Sentencia de 8 de marzo de 1989<sup>370</sup>, estableció lo que sigue:

*"...es preciso advertir cómo la argumentación del recurrente en este motivo consiste esencialmente en que el importe del*

---

<sup>367</sup> Así, **CADARSO PALAU**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, cit., p. 74.

<sup>368</sup> De esta opinión, **DE LA CAMARA MINGO**: *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, cit., p. 561; **GARCÍA CONESA**: *Derecho de la construcción: adaptado a la normativa vigente a diciembre 1995*, cit., p. 146, señala, que en la modalidad de ajuste alzado *relativo*, los contratos otorgan al propietario la facultad de delegar modificaciones o trabajos suplementarios, o se trata de contratos en los que el aumento de los precios está previsto para casos expresamente determinados. Quienes apoyan esta tesis, sostienen que en estos casos, como en tantos otros más o menos parecidos, la noción del *precio alzado* dentro de su relatividad, permanece inmutable.

<sup>369</sup> Como señala, **CADARSO PALAU**: *Ob.*, cit., p. 74.

<sup>370</sup> [RJ 1989\2024].

*desfase producido entre el precio pactado y el coste real debe, en todo caso, ser abonado por el dueño de la obra, y no soportado por el contratista, por tener origen en errores del arquitecto que confeccionó el presupuesto. Así planteada la cuestión, ha de resolverse del modo como lo hizo el Tribunal «a quo», señalando que el Proyecto de pabellón industrial contiene, en realidad, la fijación de un precio alzado para la obra, aunque el mismo figure desglosado en distintas partidas, pues no ofrece duda que se contempla «la obra como un conjunto» a realizar por el precio indicado, siendo irrelevante que se consignen partidas como «Movimiento de tierras» «Hormigones», «Albañilería», «Carpintería», «Electricidad», etc., cuyo único significado es el de explicar y justificar el «quantum» en definitiva señalado como importe total del precio».*

De acuerdo a lo expresado en la Sentencia, hay ajuste alzado, aunque éste figure desglosado en distintas partidas, si no ofrece duda que se contempla la obra como un conjunto. Para determinarlo en cada caso, se requerirá, como es lógico, de una labor de interpretación que deberá precisar, si los precios unitarios están considerados con el único objetivo de "suministrar un dato orientado o indicativo, o bien si lo orientativo es el precio global consignado"<sup>371</sup>.

El concepto de precio alzado también se torna relativo, cuando se concierta con la modalidad de precios unitarios, ya que de dicha combinación surgen los conceptos de *precio alzado absoluto*, que es cuando el precio pactado lo es con carácter fijo, global y cerrado, sin que haya referencia alguna a los precios unitarios, o existiendo dicha relación

---

<sup>371</sup> Así, **CADARSO PALAU**: *El riesgo económico: el principio de invariabilidad del precio y las modificaciones o variaciones del coste de la obra, contratos de servicios y de obra*, cit., p. 74.

ésta solo sea orientativa, y, de *precio alzado relativo*, que es aquel en el que al mismo tiempo de establecer un precio global y cerrado, se incluyen cláusulas previendo posibles modificaciones o aumentos a los que, en su caso, se aplicará una valoración según precios unitarios que se dejan preestablecidos.

En un sentido opuesto, se encuentran quienes postulan la idea de mantener el valor absoluto de la noción de contrato a precio alzado, en donde la voluntad del propietario de no gastar más de una cantidad fija y determinada quede expresamente indicada en el contrato, y sea absolutamente válido, por lo tanto, rechazar toda expensa suplementaria bajo cualquier pretexto que la justifique<sup>372</sup>.

Así, el contrato a precio alzado no debe dejar la posibilidad de que se presente ningún gasto suplementario ni debe contener reservas de ninguna especie, ya que el principio de invariabilidad en el precio de una obra convenida por ajuste alzado no tiene utilidad en la hipótesis de que se acuerden variaciones mediante trabajos adicionales que originen un aumento de obra.

Sin embargo, la jurisprudencia del Máximo Tribunal navega en sentido contrario. En efecto, como veremos, son múltiples las sentencias<sup>373</sup> que

---

<sup>372</sup> Entre otros, **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., p. 223, quien afirma: "aun cuando el precio no venga determinado en una cifra global, si la obra, por su naturaleza o por la voluntad de las partes, tiene unas dimensiones o número invariables y el precio de cada unidad de medida o número es único y determinado, habrá que llegar a la conclusión de que la obra se ha encargado por ajuste alzado, con las consecuencias que de ello se derivan" y **MARTÍNEZ MÁ**S: *La terminación, entrega...*, cit., p. 170, quien sostiene: "si el contrato contiene cláusulas que alteran o desnaturalizan el precio alzado, o el precio se determina aproximadamente con carácter orientativo sobre el importe de las obras a realizar o por unidad de medida o por administración, no es aplicable el artículo 1593 Cc."

<sup>373</sup> En este sentido, STS de 26 de diciembre de 1979 [RJ 1979\4454], 23 de febrero de 1981 [RJ 1981\602], 31 de marzo de 1982 [RJ 1982\1553], 8 de enero de 1985 [RJ 1985\165], 3 de diciembre 1985 [RJ 1985\6201], 28 de febrero de 1986 [RJ 1986\938], 14 de julio de 1986 [RJ 1986\4508], 23 de noviembre de

dan lugar, muchas veces de manera injustificada, a la pretendida alza de precios por aumento en las obras, para ello, sólo se exige la concurrencia de las circunstancias que señalamos a continuación y que analizaremos por separado:

- a). La autorización del dueño de la obra para tales innovaciones en la prestación del contratista.
- b). El *ius variandi* o facultad del comitente de ordenar cambios en la prestación del contratista o del arquitecto.

### 7. 2. 1. El cambio autorizado a la luz de la jurisprudencia

El primero de los supuestos, es decir, la autorización del comitente a los aumentos de obra realizados por el arquitecto o el contratista, es un

---

1987 [RJ 1987\8643], 27 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8695], 25 de enero de 1989 [RJ 1989\126], 16 de mayo de 1989 [RJ 1989\3766], 16 de mayo de 1989 [RJ 1989\3769], 18 de octubre de 1989\6934], 15 de marzo de 1990 [RJ 1990\1698], 3 de julio de 1990 [RJ 1990\5769], 8 de febrero de 1991 [RJ 1991\1158], 23 de marzo de 1992 [RJ 1992\2222], 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6104], 29 de noviembre de 1994 [RJ 1994\7025], 16 de febrero de 1995 [RJ 1995\854], 18 de abril de 1995 [RJ 1995\3420], 19 de octubre de 1995 [RJ 1995\7524], 28 de marzo de 1996 [RJ 1996\2199], 23 de julio de 1996 [RJ 1996\5568], 29 de julio de 1996 [RJ 1996\6407], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108], 7 de mayo de 1997 [RJ 1997\3873], 10 de mayo de 1997 [RJ 1997\3831], 13 de junio de 1997 [RJ 1997\4650], 25 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8400], 16 de marzo de 1998 [RJ 1998\1570], 20 de marzo de 1998 [RJ 1998\1710], 26 de junio de 1998 [RJ 1998\5016], 2 de julio de 1998 [RJ 1998\5209], 6 de julio de 1998 [RJ 1998\5215], 31 de octubre de 1998 [RJ 1998\8165], 12 de enero de 1999 [RJ 1999\134], 6 de abril de 1999 [RJ 1999\2657], 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8300], 26 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8435], 18 de enero de 2000 [RJ 2000\138], 27 de enero de 2000 [RJ 2000\64] y 21 de junio de 2000 [RJ 2000\5297].

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor: SAP Madrid (Secc.10ª) de 19 enero 1998 [AC 1998\7134], Zaragoza (Secc. 4ª) de 19 enero 1999 [AC 1999\114], Córdoba (Secc. 2ª) de 30 septiembre 1999 [AC 1999\1840], Lleida (Secc. 2ª) de 20 octubre 1999 [AC 1999\2064], León (Secc. 2ª) de 3 febrero 1999 [AC 1999\6133], León (Secc. 2ª) de 27 mayo 1999 [AC 1999\6913], Córdoba (Secc. 2ª) de 9 mayo 2000 [AC 2000\1957], Córdoba (Secc. 2ª) de 7 julio 2000 [AC 2000\2513], Córdoba (Secc. 2ª) de 7 abril 2000 [AC 2000\3605] y Cáceres (Secc. 1ª) de 13 enero 2000 [AC 2000\4120].

componente acerca del cual el art. 1593 Cc. no reclama su prueba en forma determinada<sup>374</sup>; no se exige autorización por escrito, ni, mucho menos, cambio de plano o proyecto<sup>375</sup>.

Se entiende que hay autorización porque el contratista realiza obras necesarias para la ejecución de la obra sin reparos, rechazo o protesta del comitente, pudiendo valer una autorización puramente genérica, verbal o tácita, como cuando el comitente simplemente consiente en el aumento de precio, recibiendo y aceptando la obra, o cuando se hace alteraciones a la obra que son constatadas y consentidas por el comitente, como por ejemplo, cuando visita, con frecuencia, la obra sin formular oposición alguna a los cambios que se llevan a cabo<sup>376</sup>.

De esta forma, el término *autorización* ha de concebirse en un sentido amplio equivalente a *consentimiento*, por lo que no es preciso que se

---

<sup>374</sup> Sobre este punto, opina **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 190: "la carga de la prueba de la existencia del aumento de obra y, consiguientemente, de los tres requisitos antes expuestos (autorización, plano convenido, y ajuste alzado) corresponde al constructor, por aplicación del principio general proclamado en el art 1214 Cc., en cuanto a que establece que incumbe la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento".

<sup>375</sup> Así, **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**: *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1835.

<sup>376</sup> Reiterada jurisprudencia señala que la autorización del dueño, no precisa constancia escrita ni en forma determinada (STS 8 de octubre de 1989 [RJ 1989\6934]), ni que se manifieste a través de documentos (STS 26 de diciembre de 1979 [RJ 1979\4454]), siendo suficiente la autorización verbal (STS 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6104]), la autorización tácita (STS 10 de junio de 1992 [RJ 1992\51117]), pudiendo presumirse su autorización por no haberse opuesto a las mismas (STS 2 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6196]), o por no haber protestado cuando el contratista las ha llevado a cabo por necesidad urgente (STS 21 de junio de 1982 [RJ 1982\3435]), o haberse realizado a vista y paciencia del comitente que, por ejemplo, visita con frecuencia la obra sin formular oposición alguna a las obras no previstas (STS 24 de abril de 1989 [RJ 1989\3258]), del hecho de pagar más de lo convenido (STS 31 de marzo de 1982 [RJ 1982\1553]), etc.

presente en forma expresa y por escrito, sino que basta con que aquélla sea verbal, tácita o presunta<sup>377</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sido, en este sentido, bastante clara, y, desde la Sentencia de 7 de diciembre de 1959 se inició por el Máximo Tribunal una orientación exegética del precepto, que sigue manteniéndose como pilar básico para la interpretación del art. 1593 Cc.

Dicha exégesis se basa en un elemento que indiscutiblemente es Derecho necesario, cual es "*que exista autorización del dueño*". La mencionada orientación del Supremo, radica en una más amplia a la vez que flexible interpretación de cómo puede ser entendida la concesión de dicha autorización, habida cuenta de que el art. 1593 Cc. nada especifica a estos efectos<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> Como expone **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 186.

<sup>378</sup> Entre otras, STS de 7 de diciembre de 1959 [RJ 1959\4491], 25 de noviembre de 1966 [RJ 1966\4996], 31 de enero de 1967 [RJ 1967\254], 28 de febrero de 1975 [RJ 1975\822], 20 de junio de 1975 [RJ 1975\2520], 4 de abril de 1981 [RJ 1981\1489], 31 de marzo de 1982 [RJ 1982\1553], 8 de enero de 1985 [RJ 1985\165], 2 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6196], 28 de febrero de 1986 [RJ 1986\938], 14 de julio de 1986 [RJ 1986\4508], 14 de febrero de 1987 [RJ 1987\695], 23 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8643], 25 enero de 1989 [RJ 1989\126], 16 de mayo de 1989 [RJ 1989\3766], 18 de octubre de 1989 [RJ 1989\6934], 15 de marzo de 1990 [RJ 1990\1698], 3 de julio de 1990 [RJ 1990\5769], 23 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9021], 10 junio de 1992 [RJ 1992\5117], 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6104], 11 de octubre de 1994 [RJ 1994\7479], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108], 26 de junio de 1998 [RJ 1998\5016], 6 de julio de 1998 [RJ 1998\5215], 31 de octubre de 1998 [RJ 1998\8165], 6 de abril de 1999 [RJ 1999\2657], 26 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8435]. Por último, de escasa antigüedad, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 [RJ 2001\xxx], que señala: "*...en el presente caso, si existió autorización, y no hay duda de que se produjo una novación modificativa del contrato de obra originario, ya que el pago de las certificaciones no pueden tener sólo el significado de acto de cumplimiento de una obligación, pues al pagar voluntariamente durante nueve certificaciones una cantidad que supera en más de 50 millones de pesetas el presupuesto de la obra sin ningún tipo de reclamación durante tanto tiempo, es racional y no arbitrario deducir, que se ha consentido en el aumento de la misma*".



En fecha reciente, destacamos en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 octubre 1999<sup>379</sup>, que hace una interesante elucidación del sentido y alcance de la autorización establecida en el art. 1593 Cc.

En el litigio enunciado, la “Sociedad Cooperativa Limitada Edificación, Decoración y Construcciones (Edeycos)”, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía, en reclamación de cantidad contra don Vicente B. S., por medio de la cual se alegaba la infracción del art. 1593 del Cc. en relación con los arts. 1258 y 1278 del mismo Cuerpo Legal.

El recurrente fundamentaba su demanda en una cláusula del contrato de obra, según la cual *para hacer algún cambio en el plano se necesitaría una autorización escrita del dueño de la obra*. Al no existir ninguna comunicación gráfica a este respecto, el comitente estimaba que el aumento de obra debía asumirlo el contratista por incumplimiento contractual.

Sobre la argumentación del demandado, el Máximo Tribunal se pronunciaba señalando que éste carecía de consistencia. Para el Tribunal Supremo no puede sustentarse una pretendida infracción del art. 1593 Cc., ya que en este precepto se habla de *un plano convenido* con el propietario, y en el sistema espiritualista que impera en el Ordenamiento español de la contratación, los convenios no requieren ninguna formalidad, bastando para perfeccionarlos (como regla general) con el consentimiento mutuo de los contratantes.

Agregaba el Tribunal que, además, en la parte final del art. 1593 Cc. se faculta expresamente al constructor para pedir aumento de precio si se hacen cambios en el plano que produzcan aumento de obra *“siempre que*

---

<sup>379</sup> [RJ 1999\7424].

*hubiera dado su autorización el propietario*", y el Código civil no exige para ello la constancia escrita del permiso.

Finalmente, la Sala sentenciadora se pronunció a favor de la suficiencia de la autorización verbal probada fehacientemente, ya que en los autos quedó acreditada la conformidad del comitente, en cuyo nombre se actuaba con poder suficiente, sin haber objetado las modificaciones realizadas con el consiguiente incremento de la construcción, "admitidas las autorizaciones no solemnes, enfatizar en la falta de consentimiento por escrito constituye una exigencia *contra legem*", termina agregando categóricamente el Tribunal sentenciador.

En este orden de cosas, la jurisprudencia también ha señalado de manera reiterada que el problema de si las obras que sustentan el aumento de precio están o no autorizadas por el dueño es cuestión de hecho de libre determinación del juzgador de instancia<sup>380</sup>.

Por último, se ha afirmado<sup>381</sup>, que la redacción del Código civil es bastante clara en orden a señalar, que lo que queda proscrito, es la modificación arbitraria del contratista sin que concurra ningún tipo de consentimiento por parte del dueño de la obra o comitente. Cuestión ésta, ampliamente discutible, toda vez que, a nuestro juicio, dicha arbitrariedad

---

<sup>380</sup> Así lo ha apuntado el Tribunal Supremo al afirmar: "*la realidad del aumento de obra y el hecho de la autorización del mismo por el comitente o dueño de la obra es una cuestión de hecho de determinación de tribunal de instancia*", como consta en las siguientes Sentencias; 31 de marzo de 1982 [RJ 1982\1553], 8 de enero de 1985 [RJ 1985\165], 28 de febrero de 1986 [RJ 1986\938], 7 de octubre de 1986 [RJ 1986\5332], 25 de enero de 1989 [RJ 1989\126], 8 de marzo de 1989 [RJ 1989\2024], 24 de abril de 1989 [RJ 1989\3258], 15 de marzo de 1990 [RJ 1990\1698], 23 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9021], 10 de junio de 1992 [RJ 1992\5117], 2 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8566], 27 de enero de 1995 [RJ 1995\173], 23 de julio de 1996 [RJ 1996\5568] y 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8300].

<sup>381</sup> De esta forma, **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1693.

se presenta en todos los casos en los que se presume, infiere o deduce la voluntad del comitente, de los actos u omisiones que pudo haber realizado frente al contratista o algunos de sus empleados.

### 7. 2. 2. El *ius variandi*

El *ius variandi* es la facultad del comitente de establecer variaciones en la prestación del contratista o del arquitecto, y se explica, en primer lugar, porque, al amparo del principio de autonomía de la voluntad proclamado en el art. 1255 Cc., es posible que en el propio contrato se prevea una estipulación de esta índole, por la cual se faculte al comitente para variar la prestación con los requisitos, las fórmulas y los efectos que expresamente se hayan pactado<sup>382</sup>.

Y en segundo lugar, por la propia naturaleza del contrato de obra, que, a diferencia del criterio establecido para los contratos en el art. 1258 Cc., admite que el dueño de la obra pueda introducir, al menos en cierta medida, cambios en la realización de la obra, que es lo que, en definitiva, contempla el art. 1593 Cc., de igual forma como se puede desistir de la obra, aun comenzada, previa indemnización de los gastos al contratista, como contempla el art. 1594 Cc.<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Ob., cit.*, p. 1693.

<sup>383</sup> Como señala SALVADOR CODERCH: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1201: "el *ius variandi* del comitente se justifica por las mismas razones que la facultad legal de desistimiento de la obra del art. 1594 Cc. El comitente es, literalmente, el dueño de la obra y si puede desistir de ella, aun comenzada podrá también exigir la introducción, al menos en cierta medida, de cambios en su realización"; y DIEZ-PICAZO: *Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas*, cit., pp. 148 y 149, quien señala: "la estipulación del *ius variandi* a favor del dueño de la obra es lícita y justa y está amparada por el art. 1255 Cc."

En aplicación del *ius variandi* no se causa ningún perjuicio al arquitecto o contratista, pues se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra, es decir, obtiene los mismos beneficios que si el derecho a que nos referimos no se ejerciera, y, al mismo tiempo, en el caso del art. 1593 Cc., evita que la obra deje de ser útil y necesaria para el comitente<sup>384</sup>.

Sin embargo, es importante aclarar que el *ius variandi* del comitente no tiene alcance absoluto, sino que sólo podrá ejercitarse dentro de los límites de la contractualidad de la relación. Así, si las prestaciones adicionales eran necesarias para la ejecución de la obra encargada, habrá que distinguir según se convinieran con o sin plano o proyecto (*obras mayores y obras menores*)<sup>385</sup>.

En el primer caso, es decir si las prestaciones eran necesarias, el contratista deberá ejecutarlas, a menos que se encuentren fuera del ámbito de su actividad profesional, no pudiendo demandar el aumento de precio al comitente si el proyecto fue encomendado por él, pero podrá recaer en el proyectista el mayor coste sobre el precio previsto o presupuestado en el proyecto constructivo.

De esta forma lo señala el art. 10.2 b) de la LOE, que establece que el proyectista tiene la obligación de redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato.

---

<sup>384</sup> Lo exponen **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 277: "la introducción de modificaciones y de variaciones deben encontrarse en función de lo que los administradores llaman "la fin du service", esto es la mejor ejecución de la obra".

<sup>385</sup> De esta forma **DIEZ-PICAZO**: *Ob., cit.*, p. 149, cuando afirma: "sin embargo, el ejercicio del *ius variandi*, debe aparecer convenientemente limitado, en atención a la necesaria protección del interés de la otra parte contratante y del principio general, que continúa rigiendo en el Derecho civil de la inmutabilidad del contrato o del *contractus-lex*".

Si se trata de obras menores para cuya ejecución no medió proyecto, el contratista tiene la obligación de realizar las prestaciones adicionales que sean necesarias para la ejecución de la obra, sin derecho a aumento del precio, pues, como perito debía haber advertido las deficiencias técnicas que son necesarias corregir para la correcta ejecución de la prestación.

Por el contrario, si las prestaciones adicionales ordenadas por el comitente no eran necesarias para la ejecución de la obra, sino simplemente útiles o de mera conveniencia para el dueño de la obra, el *ius variandi* estará limitado por la imposibilidad de exigir que se realice una obra distinta (*aliud opus*) de la inicialmente contratada, y por un límite estrictamente cuantitativo que, como máximo y por analogía a lo dispuesto en el art. 149 LCAP de 16 de junio de 2000<sup>386</sup>, será el 20 por 100 del precio pactado<sup>387</sup>.

Recapitulando, en este sentido, se postula<sup>388</sup> una interpretación restrictiva de las cláusulas de *ius variandi*, añadiendo que su ejercicio debe quedar sujeto a ciertos límites y moderaciones, con base a:

- a). La imposibilidad de que en virtud del *ius variandi* se llegue a un *aliud opus*.

---

<sup>386</sup> Que dispone en la Sección 2ª, denominada "De la resolución del contrato de obras". Artículo 149. Causas de resolución.

e) *Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.*

<sup>387</sup> De esta forma **DIEZ-PICAZO**: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 150; **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1202; **O'CALLAGHAN MUÑOZ**: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1836; **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales), adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 276 y 277.

<sup>388</sup> Así, **DIEZ-PICAZO**: *Ob., cit.*, p. 149.

b). La introducción de modificaciones y de variaciones debe encontrarse en función de la mejor ejecución de la obra.

c). La existencia de un límite cuantitativo en la ampliación o en la reducción de cantidades.

En todo caso, el ejercicio del *ius variandi* supone una fijación actual del precio de la prestación adicional, sin que el aumento del coste tenga por qué calcularse sobre los precios inicialmente presupuestados, lo que requeriría pacto expreso en este sentido, pues otra interpretación sería contraria a lo exigido por los arts. 1287 y 1289 Cc.<sup>389</sup>.

Por último, las variaciones en el proyecto que superen la prestación adicional supondrán, como es lógico, una nueva estipulación contractual<sup>390</sup>.

### **7. 5. Un supuesto olvidado: las reducciones de obra**

Como sabemos, el fundamento del art. 1593 Cc. es suministrar al comitente que ha contratado la ejecución de una obra a suma alzada una protección jurídica, frente a las eventuales arbitrariedades del contratista, cuando éste demanda una elevación del precio en atención a la realización de obras adicionales, no autorizadas por el comitente.

---

<sup>389</sup> En este sentido, STS de 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7108] y en la doctrina **SALVADOR CODERCH**: *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 1202.

<sup>390</sup> Así, **SALVADOR CODERCH**: *Ob., cit.*, p. 1202.

En este sentido, el principio de invariabilidad del precio del art. 1593 Cc. carece de aplicación, si es el comitente quien, en cuidado a sus exclusivas utilidades, decide la eliminación de algunas labores<sup>391</sup>.

El art. 1593 Cc. guarda silencio respecto de las disminuciones del volumen de obra como consecuencia de trabajos suprimidos por el comitente. Sobre el particular, entendemos que, tratándose de reducciones, de igual forma, el contratista tiene que aceptar aquellas rebajas que no excedan la cuota señalada para el aumento si es que se ha fijado, con la consecuente reducción proporcional de su estipendio y sin derecho a otra compensación o indemnización<sup>392</sup>.

Y ello, porque si las disminuciones de la obra superan el porcentaje establecido, el arquitecto o contratista puede equiparar la decisión del comitente a un desistimiento parcial, obteniendo el pago de la obra efectuada y el lucro de la parte que ha dejado de elaborar<sup>393</sup>.

En este caso, y por aplicación del art. 1594 Cc., el precio experimentará una disminución proporcional a la parte de los trabajos suprimidos, y el constructor tendrá derecho a una indemnización de todos sus gastos, trabajo y utilidad por razón de la parte de obra suprimida.

---

<sup>391</sup> De esta forma **SÁNCHEZ CALERO**: *El contrato de obra, su cumplimiento*, cit., p. 238.

<sup>392</sup> **ALBÁCAR LÓPEZ**: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1638: "aun cuando el art. 1593 no prevé sino las variaciones en el plano de la obra que comporten un aumento en el volumen o costo de la misma, entiende una parte de la doctrina que, por razones de equidad, y en aquellos supuestos en que, en lugar de un incremento se produzca una disminución del volumen o costo de la misma, habrá de proceder una aminoración proporcional de su precio".

<sup>393</sup> Así, **DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ**: *Derecho de la construcción: (aspectos administrativos, civiles y penales)*, adaptado a la *Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 277; **MARTÍNEZ MAS**: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, cit., p. 191 y **SÁNCHEZ CALERO**: *Ob.*, cit., p. 238.

## VIII. Apéndice: el aumento de obra en el contrato de ejecución de obra pública a ajuste alzado

Sólo con la idea de redondear lo que ya hemos ido apuntando en forma particular sobre el contrato de ejecución de obra pública, nos gustaría relevar los siguientes aspectos en relación a dicho contrato.

Muchas veces se ha remarcado en la doctrina<sup>394</sup> que el desarrollo del contrato administrativo de ejecución de obra se realiza en un ámbito totalmente disímil al señalado, para dicha figura, en el ámbito del Derecho Privado.

Otros, sin embargo, han afirmado<sup>395</sup> que la figura del contrato administrativo de obra pública no es sino una expresión de las modalidades que en el seno de una misma realidad jurídica, aporta la Administración. Así existiría una sola realidad jurídica cardinal, que sería la contratación, manifestada, de diversas formas, o a través de diversos sujetos, uno de los cuales sería la Administración.

En este orden de ideas, en la figura del contrato administrativo se puede ver resumido el entero problema del Derecho Administrativo, cual es, la aplicación, en su terreno, de las instituciones provenientes del Derecho Civil<sup>396</sup>.

En efecto, si se analiza el régimen jurídico aplicable al contrato administrativo, vemos cómo en éste se involucra, justamente, una de las

---

<sup>394</sup> De esta opinión, **HORGUÉ BAENA, Concepción**: *La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 15.

<sup>395</sup> Véase, por todos, **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**: "La figura del contrato administrativo", en *R.A.P.*, núm. 42, 1963, pp. 99 y ss.

<sup>396</sup> Así, **GARCÍA DE ENTERRÍA**: *Ob., cit.*, p. 110.



instituciones más fuertemente arraigadas en el Derecho Privado, como lo es, la establecida en el art. 1556 Cc. que dispone “*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”, y la altera considerablemente.

Es precisamente en el contrato administrativo donde expresamente se faculta a una de las partes, la Administración, para modificar unilateralmente las condiciones de validez y cumplimiento del contrato, haciendo aplicación de la figura, por todos conocida, del *ius variandi*.

La facultad de modificación de la que la Administración goza, distancia notoriamente a dicha modalidad contractual de su símil privado. Pero, resulta muy interesante tratarlo en esta parte del trabajo, debido a la relevancia que dicho tipo contractual tiene en el quehacer cotidiano de la Administración, así como por las relaciones existentes entre ésta y la contratación privada, principalmente en lo relativo al tema que nos convoca, el aumento de la obra.

Partiremos señalando que la nueva ley que regula los contratos de la Administración es el Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 21 de junio de 2000.

Esta nueva normativa, al igual que su antecesora, contiene un sistema objetivo por el que las variaciones periódicas de los precios de la mano de obra y de los materiales se fijan por un órgano oficial y se aplican a través de fórmulas que relacionan los precios vigentes en el momento de la adjudicación con los del momento de la ejecución de la obra, pero respetando determinados máximos en los que no resulta oportuno que se produzca dicha actualización<sup>397</sup>.

---

<sup>397</sup> Como afirman DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ: *Derecho de la construcción...*, cit., p. 55.

En definitiva, en materia administrativa el examen de los precios se presenta como una contingencia que nace únicamente de su estipulación expresa en el contrato<sup>398</sup>, como hemos dicho anteriormente, y aún así, la revisión de un contrato de obra pública no siempre se aplica en forma automática<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> Arts. 103.1 y 104 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio.

<sup>399</sup> La STS de 30 de enero de 1995 [RJ 1995\] dispone: *“La revisión de precios en el contrato administrativo de obras es un sistema establecido en aras del principio de equilibrio financiero, para compensar los desajustes que en este aspecto causa la realidad sobre-económica con su falta de estabilidad; habiendo insistido la jurisprudencia, primero, sobre su carácter excepcional, en cuanto pugna con una serie de principios básicos de la contratación administrativa como son el riesgo y ventura, el del precio cierto y el de inmutabilidad del contrato ex lege, y, segundo, sobre la exigencia de estimar las estipulaciones que contengan la revisión con espíritu restrictivo, excluyendo interpretaciones analógicas o ampliaciones no previstas expresa y categóricamente...”*.

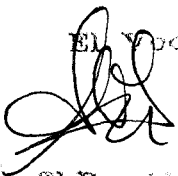
# UNIVERSIDAD DE SEVILLA

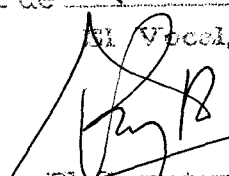
Reunido el Tribunal integrado por los abajo firmantes en el día de la fecha, para juzgar la Tesis Doctoral de D. LAURA ALBORNOZ POLLMANN

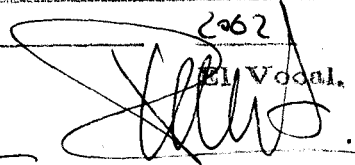
titulada El aumento de obra en la legislación y en la jurisprudencia española y chilena

acordó otorgarle la calificación de probablemente muy buena con honores

Sevilla, 16 de Mayo

El Vocal,  
  
El Presidente

El Vocal,  
  
El Secretario.

2002  
  
El Vocal,  
El Doctorado.





