



FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

**EL ARRENDAMIENTO DE OBRA EN
DERECHO ROMANO Y DERECHO
VIGENTE**

Autor: Laura Hernández Barandica.
Director: Florencio Segura.

Madrid
Junio 2014

Laura
Hernández
Barandica

EL ARRENDAMIENTO DE OBRA EN DERECHO ROMANO Y DERECHO VIGENTE



RESUMEN

El fenómeno jurídico, debido a su creciente complejidad y mutación en el tiempo, precisa para su comprensión un análisis exhaustivo desde diversos puntos de vista, teniendo en cuenta tanto el estudio de diferentes autores como la doctrina y jurisprudencia.

Por todo ello, centraré mi Trabajo de Fin de Grado en la investigación del contrato de arrendamiento de obra, analizando sus raíces hundidas en el Derecho Romano y llegando hasta su configuración en el Derecho Civil actual, donde se configura un contrato en el que el contratista se obliga, a cambio de un precio cierto, a la consecución de un resultado para el comitente.

Palabras clave: fenómeno jurídico, doctrina, jurisprudencia, arrendamiento de obra, derecho romano, derecho civil, contrato, resultado, precio cierto.

ABSTRACT

The juridical phenomenon, due to its complexity and change during the time, requires to be understood through an analysis from different points of view taking into account both the study of different authors as the doctrine and jurisprudence.

Therefore, I focus my Final Project Degree in investigating the work contract (lease of work), analysing their sunk roots in Roman law and reaching its configuration in the current civil law, where it is a contract in which the contractor undertakes, in exchange for a certain price, to achieve a result for the client.

Keywords: legal phenomenon, doctrine, law, work contract (lease of work), Roman law, civil law, contract, result, certain price.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil

LOE: Ley de Ordenación de la Edificación.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

S.A.: Sociedad Anónima.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

RESUMEN	3
ABSTRACT	3
LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
1. Introducción.....	7
1.1. Objetivos.....	7
1.2. Metodología.....	7
1.3. Estado de la cuestión	8
2. Antecedentes en Derecho Romano: <i>la locatio conductio</i>.	9
2.1. Locatio conductio operis.	12
3. Arrendamiento de obra en el Derecho Civil.	14
3.1. Concepto y denominación.	14
3.2. Regulación.	15
3.3. Caracteres.....	16
3.4. Naturaleza jurídica.....	19
3.4.1. ¿Contrato o arrendamiento?.....	19
3.5. Diferencias y similitudes con otros afines.....	21
3.5.1. Las diferencias entre arrendamiento de obra y contrato de suministro.	21
3.5.2. Las diferencias entre arrendamiento de obra y contrato de compraventa. ..	22
3.5.3. Las diferencias entre arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios.	23
3. 6. Elementos constitutivos.....	26
3.6.1. Elementos personales.	26
3.6.2. Elementos reales.	28
3.7. Derechos del empresario o contratista.....	30
3.7.1. Percibir el precio pactado.	30
3.7.2. Momento del pago.	32
3.7.3. Lugar del pago.	32
3.8. Obligaciones del empresario o contratista.	33
3.8.1. Entregar la obra.	33
3.9. Derechos y obligaciones del dueño o comitente.	44
3.9.1. Entrega.....	44

3.9.2. Aprobación y recepción.....	45
3.10. Extinción.....	47
3.10.1. Desistimiento.....	47
3.10.2. Fallecimiento e imposibilidad sobrevenida.....	48
4. Conclusiones.....	48
5. Bibliografía.....	51

1. Introducción.

1.1. Objetivos.

La justificación de este trabajo de Fin de Grado esta directamente relacionada con la conclusión de mis estudios académicos en la universidad, si bien existe una justificación personal en cuanto a la elección de la materia de Derecho Romano, ya que considero que el Derecho vigente puede ser excelentemente comprendido conociendo sus raíces, para poder saber de dónde venimos y a dónde vamos.

El presente trabajo de investigación académica tiene como objetivo analizar el estudio del contrato de arrendamiento de obra desde su origen en Derecho Romano hasta su configuración en el Derecho Civil actual, analizándolo desde la perspectiva de diferentes autores y teniendo en cuenta indiscutiblemente el papel de la doctrina y de la jurisprudencia.

1.2. Metodología.

En relación a la metodología utilizada, en primer lugar se han recopilado numerosos libros con información para poder evaluar un marco teórico definitivo, donde se puede observar como los conceptos en relación al contrato han ido modificándose e introduciendo novedades a lo largo del tiempo. Con este objetivo se han compilado revistas, artículos y páginas de Internet relacionadas con el objeto de estudio para poder llevar a cabo un análisis del mismo en profundidad. Además, es indiscutible el papel que juega en este aspecto la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, tratando de dilucidar o dar solución a determinados aspectos sobre los que ha surgido controversia.

Este trabajo se ha estructurado de la siguiente forma: en primer lugar, se hace referencia al contrato de obra, *la locatio conductio*, en el sistema contractual romano, para posteriormente profundizar en una segunda parte del trabajo su configuración en el derecho Civil actual, derecho vigente, donde se han ido analizando múltiples sentencias jurisprudenciales en confirmación de lo expuesto en el marco teórico.

En cuanto a las fuentes utilizadas se ha acudido principalmente a bases de datos en castellano, tales como Aranzadi, y otras fuentes tales como libros de texto y revistas, entre otros.

1.3. Estado de la cuestión

En las últimas décadas han tenido lugar una serie de cambios sociales, económicos, culturales y políticos que han afectado a la forma de ser, valores, visión de las distintas generaciones humanas, observándose cambios tanto a nivel teórico como a nivel jurisprudencial, donde las sentencias nos sirven para comprender mejor determinados aspectos o dilucidar aquellos que no han quedado demasiado claros.

Por ello, la aparición de nuevas situaciones unida a la necesidad de perfeccionar o analizar en mayor profundidad el arrendamiento hace necesario y útil este trabajo, tratando de estudiar las relaciones que afectan a ambas.

2. Antecedentes en Derecho Romano: *la locatio conductio*.

El contrato de obra que va a ser tratado con profundidad a lo largo de las siguientes páginas hunde sus raíces en el derecho romano clásico. Según el profesor Antonio Fernández de Buján¹ en la antigua Roma existía un conjunto de contratos predeterminados por ley que constituían un *numerus clausus*. En ellos no sólo era exigible el elemento subjetivo de la voluntad sino también un elemento objetivo consistente en la *causa civilis* que variaba en función del tipo de contrato. Estructura, el insigne profesor, los contratos típicos del derecho romano clásico siguiendo la cuatripartición de Gayo² de los modos de contraer obligaciones; por la entrega de la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escritura (*litteris*) y por consentimiento estricto (*consensu*).

Así, la tipicidad negocial clásica distingue cuatro tipos diferentes de contratos.

En primer lugar, los contratos reales son aquellos que requieren unido al consentimiento la entrega de la cosa para su perfeccionamiento. En esta categoría se englobarían el mutuo, el comodato, la prenda y el depósito.

En segundo lugar, en los contratos verbales se erige como elemento objetivo de los mismos la expresión de fórmulas verbales establecidas en la ley. El contrato de estipulación sería un exponente elemental de esta categoría.

En tercer lugar, los contratos literales exigían para su validez, además del elemento subjetivo de la voluntad presente en las categorías precedentes, la existencia de una forma escrita.

Por último, los contratos consensuales son aquellos que tan sólo exigen el consentimiento para su perfección, con indiferencia de la forma en que este sea expresado. La compraventa, el arrendamiento, el mandato y la sociedad aparecen en esta categoría.

Una vez establecida la clasificación de los contratos típicos clásicos, resulta relevante examinar más detenidamente el contrato consensual de arrendamiento (*locatio conductio*). Figura compleja y sofisticada, los actuales romanistas consideran tres modalidades diferentes en ella en función del objeto sobre el que recae: cosas (*Locatio conductio rei*), obras (*Locatio conductio operis*) o servicios (*Locatio conductio*

¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 6ª edic., Iustel, Madrid, 2013, p. 5.53.

² GAYO, *Instituciones*, 3.89.

operarum)³. No obstante, en el derecho romano no existían tres figuras jurídicas diferentes, sino una figura unitaria en la que quedaban comprendidas múltiples realidades que tenían en común la presencia del locator:

“es el que entrega la cosa a una determinada persona(en el caso de la *locatio rei* evidentemente,y en el caso de la *locatio operarum* porque los servicios prestados por otro hombre se consideraban como cosa material) y en el caso de la *locatio operis facienti* porque se entregaba una cosa corporal a otra persona para que ésta realizase sobre ella una determinada actividad(la transportase, la transformase en utilidad del locator)”⁴.

La *locatio conductio* procede etimológicamente de dos expresiones latinas *locare*, que significa colocar o poner a disposición de una persona una cosa; y *conducere* que expresa el utilizar algo. Por tanto se refería a la entrega de una cosa a alguien para su utilización aunque luego, como hemos expuesto, adquiriría diferentes modalidades.

Se trata un contrato consensual, bilateral, en virtud del cual una de las partes (*locator*) se obliga a poner a disposición de otra (*conductor*) una cosa para que la disfrute durante cierto tiempo debiendo restituirla una vez transcurrido el mismo, o bien a realizar una actividad a favor de otra o a realizar una obra en la cosa entregada; todo ello a cambio de una contraprestación o *merces*. En consecuencia, esta figura es el precedente de los actuales contratos de arrendamiento, arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra, calificados en la época medieval como *locatio rei*, *operarum* y *operis*.

El origen de esta institución no está claro, pero parece que surgió en la república y sobre todo tras la segunda guerra púnica debido a la gran expansión económica producida por las vastas conquistas territoriales. Precedentes pueden ser:

-El arrendamiento de animales (*locatio jumentum*) referido por Gayo 4.28⁵ (nota 2). “Por ley estableció la toma de prenda, por ejemplo, en virtud de la ley de las XII tablas....contra el que no paga el alquiler de una caballería, siempre que tal alquiler de hubiera destinado a un sacrificio de los dioses...”

-La clientela: Determinadas persona (clientes) prestaban servicio a un patrón a cambio de protección económica o jurídica, habitaciones o tierras en precario (nota 3)ⁱⁱ.

-La locación de olivares a cambio de un precio estableciendo el deber para el arrendatario de recoger la aceituna descrita por Catón el Censor en su tratado De Agricultura.

³ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Madrid, 2001, p. 381.

⁴ TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Editorial Edisofer, Zaragoza, 2002,p. 463.

⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*, Dykykson, Madrid, 2004, p. 267.

La *locatio conductio rei* es aquel negocio jurídico en el que el *locator* le cede al *conductor* el uso de una cosa a cambio del pago de una compensación. Por otro lado, la *locatio conductio operis* implica la promesa por parte del *conductor* de alcanzar un resultado determinado con su trabajo a cambio de una remuneración satisfecha por el *locator*. Por último, la *locatio conductio operarum* consiste en la prestación de servicios por parte del *locator* a cambio de una remuneración pagada por el *conductor*.

1. Sujetos: Locator y conductor. En la *locatio conductio rei* y en la *locatio conductio operarum* el *locator* es aquel que recibe la merced; en la *locatio operis* el que paga la remuneración. A pesar de ello el rasgo que define al *locator* es el de ser la persona que pone a disposición de otra bien una cosa o su trabajo (cobrando por tanto por ello) o una cosa para que se realice una obra en la misma y se le devuelva (y pagando por tanto).
2. Concurrencia de voluntades: Fernández de Buján⁶ dice que “aunque no hay duda en la doctrina de que se trata de un contrato consensual, se ha manifestado que en sus orígenes habría tenido una naturaleza real, iniciando como un precario a cambio de una renta, siendo necesaria la entrega de la cosa para su uso y goce temporal contra el pago de un canon, de manera que la obligación de pagar la renta surgiría a partir de la efectiva entrega de la cosa. Es de señalarse que esta consideración se refería solamente al origen de la institución, por lo que no toca su carácter de contrato consensual, claramente definido en las fuentes”.

El acuerdo de voluntades podía ser manifestado de cualquier modo, por tanto no requería de forma especial. Así D.19.2.2. por Gayo libro II

“La locación y conducción es similar a la compraventa y se rige por las mismas reglas de derecho. Así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio, también la locación y conducción se considera contraída si se conviene la merced”.

Bastaba por tanto el acuerdo sobre la entrega de una cosa o la realización de un trabajo a cambio de una merced.

3. La cosa o servicio objeto del contrato. Hay que distinguir entre sus distintas modalidades:

⁶ *Ibid.*, p. 274.

-Locatio conductio rei: La cosa podía ser mueble o inmueble. Debía ser no consumible, ya que había que devolverla al finalizar el arrendamiento.

-Locatio conductio operarum: Al ser el objeto del contrato un servicio o trabajo, debía delimitarse que tipo de actividad se realizaría, siendo relevante esta y no su resultado.

-Locatio conductio operis: Al realizarse una obra, lo esencial era el resultado de la misma y no el trabajo necesario para efectuarla.

4. El pago de merced o precio: Normalmente el pago de una cantidad de dinero. No obstante en los arrendamientos rústicos podía pagarse bien con una parte de los frutos de la cosecha, o en una entrega de productos con independencia de los resultados de dicha cosecha (por ejemplo una quinta parte de la cosecha o un quintal de trigo)

2.1. Locatio conductio operis.

Una vez comentado todo lo anterior, resulta relevante a los efectos del presente estudio tratar en mayor profundidad los orígenes de la figura del arrendamiento de obra; esto es, la *locatio conductio operis* ya citada. Como ya se ha dicho, se trata de un negocio jurídico en virtud del cual el *locator* entrega al *conductor* una cosa para que sobre ella realice una obra y la devuelva finalizada. Como contraprestación, el *locator* se compromete a pagar una compensación pecuniaria⁷. Por ello, el objeto del contrato no es el trabajo, sino por el contrario el producto finalizado del mismo. La operación del conductor podía ser muy variada: construir, fabricar, curar, reparar, hospedar, transportar y muchas otras.

- Obligaciones del *conductor*: La única obligación del *conductor* era poner a disposición del *locator* la obra terminada. Así las cosas, el primero no se encontraba sometido a las instrucciones del segundo de la misma forma que podía encargar los trabajos de transformación o creación de la cosa a un tercero. Solamente se le podía exigir la entrega de la cosa terminada según lo convenido.
- Obligaciones del *locator*: Por otro lado, el *locator* estaba obligado al pago de la *merces* acordada “a juicio de peritos o según los criterios de un *bonus vir*”⁸.

⁷ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 279.

⁸ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, ROMOTORA CULTURAL MALAGUEÑA, S. A., Málaga, 1999, p. 279.

- Responsabilidad del *conductor*: El *conductor* respondía, aunque la doctrina no es unánime en esto, hasta el límite de la custodia. Antonio Ortega Carrillo de Albornoz⁹ ilustra esto con el siguiente ejemplo:

si yo, por ejemplo, entrego a un orfebre una cantidad de oro para que me haga un anillo, y el oro era robado al orfebre, éste sería responsable de la pérdida y no podría exigir compensación alguna por su trabajo, ni en el caso que hubiese comenzado el anillo ni en el caso que lo hubiese terminado: *periculum est conductoris*¹⁰

⁹ *Ibid.*, p. 280.

¹⁰ Este principio implica que el riesgo por la pérdida o destrucción la soporta el *conductor*.

3. Arrendamiento de obra en el Derecho Civil.

3.1. Concepto y denominación.

Nuestro Código Civil, a tenor de los artículos 1544, 1583 y siguientes, define contrato de arrendamiento de obra como aquel negocio jurídico por el cual una de las partes (arrendador) se obliga respecto de otra (arrendatario) a ejecutar una obra, obteniendo a cambio un precio cierto. Podemos decir que nuestro CC considera el arrendamiento de obra como un tipo modalidad arrendaticia, donde el mismo deshecha los nombres de arrendatario y arrendador para conocerles como dueño o propietario y contratista, respectivamente.

Puig Peña¹¹ lo define como “aquel por cuya virtud una de las partes (*locator*, contratista o empresario) se obliga respecto de otra (*conductor*, capitalista, propietario o comitente) a la producción eficaz de un determinado resultado de trabajo (obra), a cambio de un precio cierto, que se calcula por la importancia del mismo”.

Por un lado, el Tribunal Supremo ha definido en múltiples ocasiones este negocio jurídico. En la sentencia de 24 de septiembre de 1984¹² precisamente lo define como

“aquel contrato en el que el profesional, mediante remuneración, 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”.

La característica esencial de este contrato, que lo diferencia principalmente del contrato de arrendamiento de servicios, reside en la obra concebida como un resultado, no en la propia actividad del arrendador.

En lo relativo a su denominación, el CC español parte del derecho romano donde recibe el nombre de “*locatio conductio operis*”. Consecuentemente, lo denomina como “Arrendamiento de obra”.

Por otro lado, Albácar López¹³ lo califica como “contrato de obra” o de “ejecución de obra”, lo que es acorde a la nota definatoria de este contrato, que es el resultado de la obra. Sin embargo, el Código Civil italiano o el suizo lo definen como “contrato de empresa”, lo cual no es del todo correcto ni desde un punto de vista jurídico ni desde el tráfico económico, pues podría llevar a confusiones.

¹¹ PEÑA, F. P., *Tratado de Derecho Civil Español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

¹² Sentencia de 24 septiembre 1984 del TS (RJ 1984\4303).

¹³ LÓPEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil*, cuarta ed., Vol.V, Madrid, 1995.

3.2. Regulación.

Nuestro ordenamiento jurídico regula este negocio jurídico con normas generales comprendidas en los artículos 1542 a 1545 del Código Civil, referidas tanto al arrendamiento de cosas, como de obras o de servicios.

Estas normas se completan con disposiciones específicas reguladas en los artículos 1588 a 1600 del propio Código, constituidas en la Sección 2ª del Capítulo III del Título V del Libro IV y que vienen recogidas con el nombre de “Las obras por ajuste o precio alzado”.

Al tratarse de una fuente de obligaciones, y en consecuencia de que estas mismas se derivan de la ley, contratos y cuasicontratos, habrá que tener en cuenta las disposiciones sobre las obligaciones recogidas en los artículos 1088 a 1213 del CC.

Por otro lado, al tratarse de un contrato, deberá atenerse a las normas generales aplicables a los contratos recogidas en los artículos 1254 a 1314 del CC.

Debido a que la mayoría de litigios ocasionados por este tipo de contratos se deben a cuestiones interpretativas, hay que prestar especial importancia a las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1289 del mismo texto. Entre dichos artículos es destacable el 1288 CC que reza “ La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato de deberá favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad”. El hecho de que este contrato no suele plasmarse normalmente en escritura pública aumenta su litigiosidad. Por su parte, Pastor Prieto¹⁴ realiza un análisis donde estudia la relación directa entre escritura pública y litigiosidad, concluyendo que la intervención del notariado facilita la disminución del número de pleitos.

A su vez serán también aplicables las disposiciones relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, contenidas en el Título preliminar del CC. Debido a la evidente evolución en el tiempo por parte de negocio jurídico, cobrará vital importancia el artículo 3 CC, estableciendo que la “realidad social del tiempo” y la equidad” deberán ser tenidos en cuenta por los tribunales.¹⁵

Por último, dada la escueta regulación legal que afecta a este tipo de contrato, será necesario acudir a la aplicación analógica de las leyes, respetando en cualquier caso los límites del artículo 4 del Código Civil.

¹⁴ PRIETO, S. P., *Intervención notarial y litigiosidad civil*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1995.

¹⁵ Véase la STS de 8 de noviembre de 1983, donde se concluye que en dicho supuesto de hecho estimar que los precios se elevaron es criterio de equidad impuesto por la buena fe y los usos (Artículo 1258 CC).

Sin embargo, las disposiciones contenidas en el CC han quedado en su mayor parte obsoletas al no adaptarse a las novedades, reformas y exigencias de la edificación. Consecuentemente, se promulgó la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que reemplaza los preceptos y disposiciones contradictorias a la misma.

Además, nuestro cuadro normativo se completará con las siguientes legislaciones:

- Ley 13/1995 de Contratos de Administraciones Públicas.
- Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.
- Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación.
- Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Por último, y antes de adentrarnos en materia, podemos afirmar que el contrato de arrendamiento de obra es un contrato de libertad de forma, pues no existen disposiciones preceptivas en cuanto a la misma, sino que se trata de un contrato consensual, el cual genera obligaciones recíprocas para las partes.

3.3. Caracteres.

El contrato de arrendamiento de obra viene definido por las siguientes notas:

- Se caracteriza por ser un contrato consensual, por lo que a tenor del artículo 1258 CC se perfecciona con el mero consentimiento, obligándose así al cumplimiento no sólo de lo pactado sino también lo relativo a las implicaciones derivadas de la buena fe, del uso y de la ley. Consecuentemente, no se exige ninguna solemnidad especial, si bien en determinados casos se exige la consecución de ciertos requisitos.¹⁶
- Se trata de un contrato bilateral y sinalagmático, pues se derivan obligaciones para ambas partes contractuales: el arrendador se obliga a la realización de la obra convenida mientras que el arrendatario se compromete a pagar un precio cierto por la misma.

Su condición sinalagmática supone que sea preceptiva la observancia de las disposiciones relativas a las obligaciones bilaterales y recíprocas. Esencialmente el artículo 1124CC, el cual consagra la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de inejecución. En este sentido, la STS de 19 de abril de 1982¹⁷ señala “el incumplimiento ha estado también de parte de la demandada, al no

¹⁶ En los casos de construcción de edificio, la licencia es considerada como un elemento formal del contrato.

¹⁷ Sentencia de 19 de abril de 1982 del TS (RJ 1982\1957).

hacer efectiva su obligación de pago”; “el impago de la obra comporta un auténtico y real incumplimiento de contrato, que, de acuerdo con el precepto del art. 1124 del CC; y de una reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, inhabilita a quien lo provocó para solicitar de la contraparte la resolución contractual, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios”.

- La condición de contrato conmutativo viene determinada por el intercambio entre la obra ejecutada por el arrendador (prestación de hacer y de dar) y el precio cierto por parte del arrendatario (prestación de dar). Dichas prestaciones se presumen equivalentes, de forma que vendrán determinadas por la voluntad de las partes y por el mercado, si bien, el artículo 1544 CC establece una serie de reglas para garantizar su equivalencia (el precio debe ser cierto).

Una vez acordado el contrato, este no puede ser modificado sino sólo por la concurrencia de las voluntades de arrendador y arrendatario.¹⁸

Consecuentemente, el precio tiene su soporte y fundamento en la irrevocabilidad del contrato establecida en el artículo 1256 CC que reza “ la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Sin embargo, el artículo 1594 CC establece una excepción a esta regla, únicamente aplicable cuando la voluntad de resolver el contrato procede del arrendatario. Dicho artículo establece “ el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”. La razón de ser de este precepto radica en la posibilidad por parte del propietario o comitente de no desear la obra, si bien se verá obligado a dejar intacto al comisionista.

Se puede afirmar que la jurisprudencia es unánime en este aspecto, estableciendo que en la indemnización propia del comisionista deberán ir incluidos tanto el lucro cesante como el daño emergente.

Además, como ya sabemos, éste último artículo resulta una excepción de la regla general establecida en el artículo 1256 CC, por lo que deberá interpretarse restrictivamente.

- Es un contrato nominado o típico, por lo que se encuentra contemplado y regulado por el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, ante la ausencia de

¹⁸ *Obligatio es iuris vinculum*, se basa en la concurrencia de las voluntades de dos partes, por lo que su modificación sólo podrá realizarse con la concurrencia de las mismas voluntades que lo crearon.

acuerdo de voluntades entre las partes, se encuentran regulados artículos dispositivos a los que poder acudir.

- En relación a su condición de contrato *intuitu personae*¹⁹, deberá estudiarse el caso concreto, y en cualquier caso, atenerse a los artículos 1281 y 1282 CC²⁰ relativos a la voluntad de las partes. Además, esto es consecuencia de la aplicación general del artículo 1161 CC “ En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”. Como hemos comentado antes, la obligación del contratista o arrendador es una prestación de hacer. Sin embargo, cabe aclarar que existen dos modalidades²¹:
 - Sin aportación de materiales por parte del arrendador.
 - Con aportación de materiales por parte del arrendador.
- Se trata de un contrato oneroso, ya que existen esfuerzos patrimoniales para ambas partes contratantes:
 - Arrendador o contratista: contribuye con su trabajo o industria, y en determinadas ocasiones el material. Además deberá retribuir a los trabajadores contratados por el mismo.
 - Arrendatario, dueño o propietario: el pago de un precio cierto.
- ¿ Se trata de un contrato traslativo de dominio? Se presentan ciertas dudas:
 - Cosa mueble: la propiedad de la cosa se transmite en el momento de la entrega.
 - Cosa inmueble: la transmisión de la propiedad se entiende con arreglo al artículo 358 CC relativo a accesión continua, el cual reza

¹⁹ Es decir, aquél donde las condiciones del arrendador o contratista son esenciales. La contraparte (arrendatario o propietario) es irrelevante y no debe tenerse en cuenta, puesto que la prestación que debe satisfacer (la entrega de un precio cierto), podría ser cumplida por cualquier persona.

²⁰ El artículo 1281 CC se fundamenta en la regla “*in claris non fit interpretatio*” o “ante la claridad no cabe interpretación” y establece “ si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la interpretación de los contratantes, se estará al sentido literal de las cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. Por su parte, el artículo 1282 CC reza “Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

²¹ El artículo 1588 CC dispone “Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.

“Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.”

3.4. Naturaleza jurídica.

3.4.1. ¿Contrato o arrendamiento?

Podemos observar dos corrientes que concluyen de forma distinta sobre la naturaleza jurídica del arrendamiento de obra. De este modo, una primera corriente afirma que se trata de un contrato de arrendamiento, mientras que la segunda lo define como una compraventa.

Autores, como Manresa y Navarro²², consideran este negocio jurídico como un arrendamiento, fundamentándose en un inicio en el Derecho Romano y posteriormente en el Código Civil.

El Derecho Romano, como se ha hecho referencia en el epígrafe destinado a su estudio y análisis, estableció tres tipos de arrendamiento de obra:

- *Locatio conductio rerum*: arrendamiento de cosas.
- *Locatio conductio operarum*: arrendamiento de servicios.
- *Locatio conductio operis*: arrendamiento de obra.

Posteriormente, el Código Civil recogió las tres modalidades en el título VI del Libro IV “De obligaciones y contratos”. Consecuentemente y debido a la denominación que el propio Código le otorga como arrendamiento, una corriente de autores lo considera como tal. Por ello, las disposiciones aplicables serían las propias del arrendamiento de obra recogidas en el CC (teniendo en cuenta también la normativa propia de las prestaciones de hacer y, en su caso, de dar).

Sin embargo, esta calificación no es tan clara en el caso de que haya aportación de materiales por parte del arrendador o contratista, ya que no es tan evidente explicar esa transmisión de la propiedad del arrendador o contratista al arrendatario o propietario. La consideración del contrato de arrendamiento de obra como un contrato de compraventa tiene su fundamento en este discernimiento.

Suponiendo que alguien encarga a un constructor la realización de un edificio, se supone que correrá a su cargo también el aprovisionamiento de los materiales

²² NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Reus, Madrid, 1969.

necesarios para su construcción. Al término, el arrendatario o comitente deseará adquirir la propiedad de ese edificio, mientras que el arrendador o contratista obtendrá un precio cierto por el mismo. Si traemos a colación el artículo 1445 CC que reza “por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente”, podemos afirmar que no existe ninguna diferencia de este contrato con uno de compraventa, salvo el hecho de que la cosa objeto del contrato (en el ejemplo anterior, el edificio) no tiene existencia en el momento del perfeccionamiento del contrato.²³

Finalmente y basándonos en la teoría del título y el modo²⁴ que rige en nuestro ordenamiento jurídico para la adquisición de la propiedad, el contrato de obra sería el título²⁵ y la entrega del objeto del contrato sería el modo²⁶, por lo que parece conveniente realizar una distinción entre cosas muebles e inmuebles.

Cosas muebles; resulta necesario distinguir dos supuestos:

- a) En primer lugar, si es el arrendatario, comitente o propietario quien aporta los materiales para la ejecución de la obra. En este caso, parece absurdo calificar el negocio jurídico como compraventa, puesto que el arrendador nunca habrá dejado de ser dueño de la materia y no parece coherente pensar que adquirirá la obra de tal modo. En este supuesto podría ser aplicable el derecho de retención previsto en el artículo 1600 CC que establece “El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague”. De este modo, el ordenamiento constituye un medio de garantía a favor del acreedor (arrendador), que podrá retener (mantener la posesión) de la cosa ajena²⁷ hasta que cobre el precio cierto acordado por las partes.

²³ Recordemos que el artículo 1271 CC nos dice “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que estén en comercio de los hombres, aun las futuras”.

²⁴ La doctrina parece unánime al establecer que este sistema dual es el que impera en nuestro ordenamiento. En base a la teoría del título y del modo, para que la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sea válida, no basta con el contrato (título), sino que es necesario un acto formal de entrega de la cosa objeto del mismo (modo).

²⁵ Como estamos ante un contrato consensual, el perfeccionamiento del contrato se produce con el mero acuerdo de voluntades, por lo que desde ese momento ambas partes quedan obligadas a realizar sus respectivas prestaciones.

²⁶ Debido al carácter supletorio del contrato de compraventa, aplicable así a todos los contratos traslativos de dominio, podemos acudir a los artículos 1462 a 1465 sobre “la entrega de la cosa vendida”, simplificando así el modo o acto formal de entrega.

²⁷ El derecho de retención existe únicamente sobre cosa ajena, pues no tiene sentido retener algo que es propio, aún cuando consista en prestaciones de hacer. En el caso de que sea el arrendador quien haya aportado los materiales, podrá negarse a entregar la obra, pero no alegando su derecho de retención, sino un incumplimiento del contrato por el arrendatario o comitente, fundamentándose en el artículo 1124 CC (condición resolutoria implícita o *exceptio non adimpleti contractus*).

- b) Si es el arrendador o comisionista quien aporta los materiales para la ejecución de la obra. En este caso, si que procedería calificarlo como un contrato de compraventa.

La importancia de determinar su naturaleza jurídica tiene como fundamento el determinar la normativa aplicable; de forma que resultarán aplicables las normas del arrendamiento o bien las disposiciones relativas al contrato de compraventa. Sin embargo, hay que tener presente que la normativa que regula el Código Civil en materia de arrendamiento de obra es bastante escueta, por lo que en numerosas ocasiones deberemos acudir a la regulación del contrato de compraventa. Además no se trata de disposiciones excluyentes sino compatibles, de forma que la única diferencia entre las dos sería en materia de riesgos.²⁸

Cosas inmuebles:

En este caso, debemos tener presente el concepto de accesión contenido en el Libro II “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”, abriendo una vía para la adquisición de la propiedad.

En base a los principios de *superficie solo cedit y accesorium sequitur principale*, cuando la ejecución de una obra se efectúa sobre el terreno del comitente, siendo éste propiedad del mismo, la obra pasa a ser de su propiedad, es decir, se va incorporando a la titularidad dominical del dueño del terreno los elementos que el contratista vaya añadiendo según vaya ejecutando la obra. Consecuentemente, el dueño adquiere por tanto la propiedad por la accesión continua y no por el carácter traslativo del contrato de obra.

3.5. Diferencias y similitudes con otros afines.

3.5.1. Las diferencias entre arrendamiento de obra y contrato de suministro.

Se trata de una figura únicamente regulada en el ámbito del derecho administrativo. Es un contrato por el cual una parte (suministrador o vendedor) se obliga a entregar una serie de bienes o productos en estipuladas condiciones a otra (suministrado o comprador), durante un tiempo y de forma periódica, a cambio de un precio cierto.

²⁸ La aplicación del artículo 1589 CC parece prioritaria a la del artículo 1452 CC, al tratarse de una norma especial. De este modo, será el arrendador o contratista quien deba sufrir la pérdida de los materiales en caso de la destrucción de la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad al recibirla. (artículo 1589 CC).

Consecuentemente, se trata de un contrato único y de tracto sucesivo, no de una serie de contratos de compraventa separados los unos de los otros, si bien al tratarse definitivamente de una venta, le serían aplicables las disposiciones relativas a la misma.

3.5.2. Las diferencias entre arrendamiento de obra y contrato de compraventa.

Como se ha hecho referencia anteriormente, la posible calificación de ese negocio jurídico como compraventa sólo se dará en aquellos casos en los que el arrendador o contratista es, a su vez, el que aporta el material para la ejecución de la misma.²⁹

En relación a los elementos personales las normas de capacidad son parecidas para arrendador /arrendatario y comprador /vendedor, esto es, deberán cumplir con las normas generales para contratar del CC (Artículo 1263 CC). En cuanto a los elementos formales, ambos negocios aplican el artículo 1278 CC que establece “ Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”.

Respecto a los elementos reales:

- Precio: en ambos casos deberá ser cierto (Artículos 1445 y 1544 CC).
- Objeto del contrato: en el contrato de arrendamiento de obra, la cosa no existe en el momento del perfeccionamiento del contrato, sino que sólo existe cuando el ejecutor de la obra la realiza. Sin embargo, en el contrato de compraventa, la cosa existe o suele existir cuando se perfecciona el contrato.³⁰ Es el propio Código el que admite en su artículo 1271 CC el que admite la compraventa de cosas futuras, si bien la adquisición de la propiedad por parte del comprador estará sometida a la entrega o *traditio*.

Por otro lado, en cuanto al contenido la diferencia esencial radica en el distinto carácter de las prestaciones, ya que la que debe llevar a cabo el arrendador difiere de la del vendedor. El arrendador deberá ejecutar la obra, transmitirla, y en el caso de cosa mueble, entregarla al arrendatario (obligación por tanto de hacer, y en su caso, de dar basada en los artículos 1544 y 1588 CC), mientras que el vendedor se limita a transmitir la posesión o propiedad de la cosa objeto de contrato (obligación de dar contenida en el artículo 1445 CC). Por ello, al contrato de obra se le aplican las normas de las

²⁹ Si los materiales los aporta el arrendatario, éste no deja de ser dueño de los mismos.

³⁰ Artículo 1258 CC “ los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

obligaciones de hacer, por lo que como se ha analizado antes, en ocasiones constituye un contrato de *intuitu personae*.

En cuanto a la duración³¹, el contrato de obra suele ser un contrato de duración donde además de fijar un resultado determinado también se encuentra regulado el proceso de obtención de dicho resultado. De esta forma, el arrendatario tiene el derecho a ir comprobando la obra, mientras que el arrendador o contratista podrá ir cobrando parte del precio conforme vaya alcanzando ciertos objetivos que se hayan marcado. Por el contrario, el contrato de compraventa suele realizarse en un solo momento, esto es, cuando se entrega la cosa y se paga el precio.

En cuanto a los riesgos y plazos para reclamar³² también existen diferencias. En la compraventa civil, a partir del momento de perfección del contrato el riesgo es el comprador quien debe soportar el riesgo, mientras que el arrendamiento de obra se asemeja a la compraventa mercantil, es del arrendador hasta la entrega o puesta a disposición de la objeto objeto del contrato al propietario. En cuanto a los plazos, Almuquera³³ establece “en la compraventa el plazo para reclamar por vicios es de seis meses (art. 1490 del Código Civil) o de treinta días (art. 342 del Código de Comercio), mientras que en el contrato de obra el plazo puede ser de quince años (art. 1964 del Código Civil) si se trata de un incumplimiento contractual o de uno, tres o diez años, dependiendo del tipo de defecto de que se trate (art. 17 de la LOE)”.

3.5.3. Las diferencias entre arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios.

Se puede definir arrendamiento de servicios como aquel contrato a través del cual el arrendador se compromete a prestar un determinado servicio al arrendatario, el cual estará obligado a pagarle un precio cierto.

La diferencia esencial entre ambos se puede apreciar en el contenido. Por un lado, en el contrato de obra la prestación a la que se encuentra obligado el arrendador consiste en alcanzar un resultado concreto, mientras que en el de servicios se trata de prestar un servicio, en definitiva, desarrollar una actividad. Por ello, en éste último, el arrendador no se obliga a la consecución de un resultado concreto, elemento indispensable en el contrato de obra, sino que se limita a la prestación de un servicio, de modo que desarrollando dicha actividad cumple con la prestación.

³¹ ALMOGUERA, J., *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Civitas, Madrid, 2012, p. 238.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

En relación a quién soporta los riesgos, en el contrato de arrendamiento de servicios recaen sobre el arrendatario, ya que el arrendador no está obligado a lograr un resultado concreto, sino que simplemente deberá llevar a cabo una actividad con la diligencia propia de la misma, mientras que en el contrato de ejecución de obra la consecución de dicho resultado es esencial, por lo que los riesgos recaen sobre el arrendador hasta dicho momento.

En cuanto al precio, en el arrendamiento de servicios dependerá del tiempo y cualificación profesional necesaria para llevar a cabo la actividad, mientras que en el contrato de obra estará determinado en función de la dificultad o importancia de su ejecución. Además, en este último sólo existirá derecho a percibir la retribución por parte del arrendador cuando se haya obtenido el resultado pactado, mientras que en el contrato de arrendamiento de servicios siempre existirá ese derecho, independientemente de la utilidad efectiva y real que proporcione al comitente.

La distinción entre contrato de obra y arrendamiento de servicios ha suscitado un gran debate doctrinal, donde la jurisprudencia se mantiene unánime afirmando las diferencias analizadas anteriormente.

Véase la STS de 9 de enero de 2006³⁴ en la que D^a Frida (comitente) interpone recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la que reclamaba una indemnización de daños y perjuicios contra Dinex Producciones SA y Harrobi SA (contratistas) a causa de la defectuosa ejecución de la obra.

Finalmente, el TS desestima el recurso de casación y absuelve a los demandados alegando “Se dice por dicho juzgador que la causa eficiente y determinante de las inundaciones no es la incorrecta ejecución de lo contratado con la parte demandada sino la no realización por la actora de las actuaciones sobre la cubierta imprescindibles para su adecuada reparación”. Además, enfatiza “impermeabilización que no se logró, pero no por la ineptitud del producto o por la mala ejecución de lo contratado sino por la imposibilidad de obtener el resultado dadas las condiciones de la cubierta”.

La STS de 8 de octubre de 2001³⁵ desestimó el recurso de casación interpuesto por “Montajes Eléctricos del Cantábrico, SL”, que demandó por juicio declarativo de menor cuantía a “Vigilancia Astur 93, SA, Compañía de Servicios de Seguridad” y a “MAPFRE Industrial, Sociedad Anónima de Seguros”.

³⁴ Sentencia de 9 enero 2006 del Tribunal Supremo (RJ 2006\132.)

³⁵ Sentencia de 8 octubre 2001 del Tribunal Supremo (RJ 2001\7548.)

Entre ambas se celebró un contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia del “Hotel Avilés”, durante el cual dicho hotel estaba sometido a obras de remodelación. Terceras personas ocasionaron un incendio en el inmueble, del que se derivaron numerosos daños, por lo que la cuestión litigiosa se centra en determinar si la actividad de control contratada ha sido deficitaria o no. Finalmente, el TS desestima el recurso indicando que “se desestima porque la decisión cuestionada ha seguido la línea jurisprudencial relativa a la obligación de arrendador para establecer 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”. Finalmente, establece además que “no media causalidad entre el resultado dañoso alegado y la irregularidad en el cumplimiento de la normativa de ordenación de las empresas de seguridad privada, y, sobre este particular, procede traer a colación la doctrina jurisprudencial relativa a que la presencia de una infracción administrativa no es bastante «per se» para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa”.

Por su parte, la STS de 14 de junio de 1989³⁶ fundamenta la demanda de “Limpiezas G. de Navarra, S.A.” contra “Seat, Sociedad Española de Automóviles de Turismo, S.A.” por discrepancias en la interpretación del contrato de limpieza. El TS establece que dicha interpretación, a falta de acuerdo entre las partes, corresponde al tribunal de instancia siempre que sus conclusiones no sean ilógicas o irracionales.

Asimismo, la STS de 3 de noviembre de 1983³⁷ establece en una demanda de un arquitecto contra su cliente por impago de honorarios la diferencia esencial entre el arrendamiento de obras y servicios. En el primer caso lo que se contrata es la obtención de un resultado, y en el segundo se trata de un trabajo o servicio, no su resultado. Así “de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este tribunal, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera 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 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”.

³⁶ Sentencia de 14 de junio de 1989 del Tribunal Supremo (RJ 1989/4633).

³⁷ Sentencia de 3 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo (RJ 1983/5953).

Finalmente, la STS de 6 mayo de 2004³⁸ vuelve a reiterar la diferencia entre arrendamiento de obra y servicios en consideración a la esencialidad de resultado o no; y con independencia de que el precio se fijara por el tiempo consumido en ejecutar el trabajo, ya que en este caso el contrato pretende un resultado (la descarga de una grúa).

3. 6. Elementos constitutivos.

3.6.1. Elementos personales.

Los sujetos, a los que se ha hecho referencia previamente en múltiples ocasiones, son arrendador y arrendatario:

- Arrendador/contratista/comisionista/empresario: persona física o jurídica que se obliga a ejecutar la obra y a entregarla.
- Arrendatario/ comitente/propietario: persona física o jurídica que, a cambio de un precio cierto, tiene derecho a recibir la obra ejecutada por el arrendador.

En cuanto a su capacidad, se les exige el artículo 1263 CC que establece que no pueden prestar consentimiento ni los menores no emancipados ni los incapacitados. Consiguientemente, se puede afirmar que se les exige la capacidad general para contratar, no pudiendo prestar consentimiento ni los menores no emancipados ni los incapacitados, sino que deberán estar asistidos por sus representantes legales.

- Por un lado, los padres ostentarán la representación legal de los hijos sobre los que ejerzan la patria potestad bien conjuntamente o individualmente a uno de ellos.

Si existiesen conflictos de intereses entre el padre y el hijo, correspondería al otro ostentar dicha representación, y en caso de que dicho conflicto afecte a ambos, se nombrará un defensor judicial.

En relación al contrato de obra, resulta especialmente relevante el análisis del artículo 166 CC que reza

“Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para

³⁸ Sentencia 6 mayo de 2004 del Tribunal Supremo (RJ 2004\2099).

repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”

En primer lugar debemos atenernos a la existencia de una transmisión de titularidad dominical, pues en el caso de que la obra se efectúe sobre una cosa que no sea propiedad del menor, éste último no efectúa transmisión alguna. Por ello, podemos afirmar que la regla actúa en el caso de que la obra se ejecute sobre un bien propiedad del menor.

En segundo lugar, el precepto es claro delimitando el ámbito material del mismo a establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.

Para que los padres puedan ostentar dicha representación precisarán de una causa de utilidad o necesidad, es decir dicha representación deberá estar motivada, siendo necesario recabar autorización judicial con la única excepción contenida al final de dicho artículo.

- El tutor: le corresponderá la representación legal del menor no emancipado y no sujeto a la patria potestad o al incapacitado en su sentencia de incapacitación.
- El defensor judicial: se encuentra regulado en el artículo 299 CC, el cual nombra a un tercero imparcial en caso de que exista conflicto de intereses entre el representante legal y el menor o incapacitado para la mejor defensa de los intereses de este último.
- El curador: no se trata de un representante legal en su totalidad, sino que se limitan a completar la capacidad de algunas personas en determinados actos.
- El defensor del desaparecido: concluirá los contratos representando al desaparecido si la demora en los mismos supone perjuicio grave.
- El cónyuge: en determinados casos podrá ostentar la representación de su cónyuge disminuido.

En caso de que una persona necesite de representación legal para la validez plena de sus actos y no actuase con la misma, o bien si éste último no actuase correctamente no parece en un principio implicar la nulidad absoluta del contrato, la cual sólo se dará en casos de falta de consentimiento como elemento esencial.

Para ambos casos se prevé la anulabilidad o nulidad relativa como solución, fundamentada en el artículo 293 CC.

3.6.2. Elementos reales.

Serán elementos reales aquellas cosas o servicios sobre los que recae el negocio jurídico contractual, en nuestro caso, la obra y el precio.

3.6.2.1. La obra.

Tal y como se hizo referencia anteriormente, el arrendador no se limita a ejecutar una determinada actividad, sino que se obliga a la obtención de un resultado concreto, *opus consumatum et perfectum*.

La obra de la que se trate el contrato deberá reunir una serie de características o elementos:

1. Obra posible: el artículo 1272 CC establece “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.” De este precepto se deriva la imposibilidad de que cosas o servicios imposibles sean objeto contractual, refiriéndose a imposibilidades tanto físicas como jurídicas.
2. Obra lícita: según el artículo 1271 del CC “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.”, es decir, quedarían fuera los objetos *extracomercium*.
3. Obra determinada en cuanto a su especie: se fundamenta en la irrevocabilidad unilateral del contrato, ya que si se permitiese que uno de los elementos del mismo sea indeterminado, cualquiera de las partes contractuales podrían impedir el cumplimiento, por ejemplo inadmitiendo las propuestas de la otra parte en el nuevo contrato. Por último y en este aspecto, deberá establecerse que la indeterminación de la cantidad no será impeditiva, siempre que sea posible determinarse sin necesidad de nuevo convenio entre las partes.

3.6.2.2. El precio.

El artículo 1544 CC afirma que las partes contratantes en un arrendamiento de obra se obligan a través de un precio cierto. Para comprender cuando nos encontramos ante el mismo, debemos atender a las disposiciones que regulan el contrato del compraventa, ya que ni en el contrato de obra, cosas ni servicios este ámbito se encuentra especificado.

Por un lado, podemos concebir ese precio como la deuda dineraria del arrendador, el cual se encuentra obligado a satisfacerla pecuniariamente.³⁹

En primer lugar, podría tratarse de una entrega de dinero la cual debería cumplir las disposiciones generales que se regulan en el CC, siendo el euro la moneda de curso legal existente en nuestro país.

Como segundo planteamiento el CC se refiere a cualquier signo que lo represente, refiriéndonos directamente al pago a través de títulos valores cuyo régimen jurídico se encuentra establecido en la Ley Cambiaria y del Cheque. Dicha ley resalta 3 figuras:

- Letra de cambio: título valor por el que su emisor o librador ordena al librado, deudor cambiario, a pagar una suma de dinero al tomador o al endosatario en el vencimiento.
- Cheque: orden de pago a la vista librada generalmente contra una entidad de crédito o banco el cual disponga de fondos propios del librador.
- Pagaré: se trata de un título valor que incluye una promesa de pago de una determinada cantidad de dinero por el firmante del mismo.

Con todo ello, se nos plantea la duda sobre si el precio puede consistir en algo diferente al dinero. La respuesta es, en todo caso afirmativa, puesto que en la práctica existen múltiples casos de ejecuciones de obra en donde la contraprestación del arrendatario consiste en la entrega de su solar al arrendador.

En el caso de que dicho precio sea considerado parte en dinero y parte en cosa, deberemos aplicar analógicamente el artículo 1446 CC⁴⁰, que nos conduce a dos alternativas:

- Considerarlo arrendamiento de obra.
- Considerarlo permuta.

En cualquier caso, solo afectaría a las obligaciones del que entrega el solar.

Por otro lado, debemos encontrarnos ante un precio cierto a tenor del artículo 1447 CC⁴¹ se establecen dos posibles alternativas para determinar la certeza del precio.

³⁹ El artículo 1445 CC establece “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.” De ahí se deriva la necesidad que dicha obligación revista carácter pecuniario.

⁴⁰ Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.

⁴¹ Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará

Por un lado, será precio cierto aquel que se de con referencia a cosa cierta: el dinero será cierto cuando se indique una cantidad exacta del mismo.⁴²

Por otro, cuando su determinación deba ser efectuada por una persona determinada, si bien su señalamiento no deberá dejarse a arbitrio de los contratantes, sino podrá efectuarla un tercero.⁴³ En el caso de que dicho individuo ajeno a los contratantes no quiera o pueda determinar el precio, el contrato será ineficaz. Sin embargo y excepcionalmente, en virtud del principio de conservación de negocio, podrá subsistir si las partes contratantes así lo establecen. En caso contrario, el contrato dejará de existir por ausencia de uno de sus elementos esenciales, el objeto.

Por otro lado, es importante resaltar tal y como establece la STS de 4 de septiembre de 1993⁴⁴, que en el arrendamiento de obra existe precio cierto aunque no se haya fijado de antemano. En este caso corresponderá su fijación al tribunal de instancia por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra.

3.7. Derechos del empresario o contratista

3.7.1. Percibir el precio pactado.

Como contraprestación a la obra ejecutada, el contratista tiene derecho al precio pactado, tal y como se establece en el artículo 1544 CC “ 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”.

Como hemos mencionado anteriormente, el precio podrá consistir en dinero o cualquier otra cosa, si bien éste debe ser cierto en base al artículo 1447 CC.⁴⁵

Lacruz⁴⁶ relativiza la exigencia de la certeza en el precio, afirmando que podrá realizarse tanto en el momento de celebración del contrato como con posterioridad por un tercero o a través de tasación judicial.

ineficaz el contrato.

⁴² Artículo 1449 CC “También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa, mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto.”

⁴³ Artículo 1449 CC.

⁴⁴ Sentencia de 4 de septiembre de 1993 del Tribunal Supremo (RJ 1993/6636).

⁴⁵ Artículo 1447 “Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato.”

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2000.

Coderch⁴⁷ establece que la indeterminación del precio en el contrato no es suficiente para su nulidad, sino que se determinará en atención a los usos o tasación pericial de la obra contratada.

En relación a las modalidades de determinación del precio, el mismo podrá ser fijado por piezas o por medida, por ajuste alzado (únicas reguladas por el Código Civil), por tiempo de trabajo o en base a lo estipulado en el contrato de administración.

El cuanto a su fijación por piezas o por medida, el artículo 1592 CC establece “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.”

Sin embargo, dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que concede la facultad, no la obligación, por parte del contratista para exigir el pago a través de entregas parciales, pudiendo pactarse contrariamente.

Por otro lado, la determinación del precio a tanto alzado se encuentra regulada en el artículo 1593 CC que reza

“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 con 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”.

En relación al aumento de obra en relación con el precio se pronuncia la STS de 10 de mayo de 1997⁴⁸, reiterando la prevalencia de los tribunales de Instancia en la interpretación de los contratos de arrendamiento de obra, siendo posible la variación del precio fijado inicialmente en caso de aumento o modificación del contrato inicial. Así “cuando hay aumento de obra por incremento de la construida o un mayor valor de lo ejecutado por superior calidad de los materiales empleados, el contratista, siempre que conste el consentimiento del comitente en cualquier forma, incluso tácita, tiene derecho al mayor precio, que puede ser concretado por las partes o pericialmente o por una simple diferencia de valor, puesto que el propio art. 1593 así lo permite, pero se ha aclarado que dicho precepto no contiene una norma imperativa o de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, que no implica una limitación legal a la voluntad contractual, constituyendo un simple complemento de la

⁴⁷ SALVADOR CODERCH, P., Comentario del Código Civil, 1993.

⁴⁸ Sentencia de 10 mayo del Tribunal Supremo (RJ 1997\3831).

misma, de manera que la fijación del mayor precio en el contrato de obra queda encomendada a la voluntad de los contratantes, pero, si no llegan a acuerdo alguno, es llano que corresponde su determinación a los Tribunales a los que se acude con tal pretensión, debiendo realizar su labor interpretativa en búsqueda de cuál fue el concurso de voluntades, extremo en el cual tiene singular importancia aquello en que estuvieron conformes y los informes de los Directores Técnicos de la obra”.

Esto es, según Coderch⁴⁹, un contrato definido como a riesgo y ventura del contratista, por lo que éste no podrá exigir nada ante el aumento de los jornales o materiales con los límites de las obligaciones en general. En consecuencia, el precio sólo será invariable cuando se haya determinado a tanto alzado, siendo vital y necesario el consentimiento de las partes.

3.7.2. Momento del pago.

Se encuentra regulado en los artículos 1599 y 1592 del Código Civil.⁵⁰ Del mismo se deduce, a falta de pacto, lo siguiente:

- Obras realizadas en cosa mueble: el precio se entrega simultáneamente a la entrega.⁵¹
- Obras realizadas en cosa inmueble: el precio se entrega con posterioridad a la entrega.

3.7.3. Lugar del pago.

Al no existir regulación específica al respecto, debemos acudir al artículo 1171 CC⁵² sobre la extinción de las obligaciones en general, o bien, a la regulación del contrato de compraventa recogido en el artículo 1500 CC, que dispone lo siguiente

“El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.”

⁴⁹ Op.cit.

⁵⁰ Artículo 1599 CC “Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega”.

Artículo 1592 CC “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.”

⁵¹ Esto se debe al derecho de retención que el legislador concede contenido en el artículo 1600 CC “El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague.”

⁵² Artículo 1171 CC “El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.”

Acción directa de los acreedores del contratista contra el dueño de la obra

En virtud del artículo 1597, aquellos que ponen trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño sino hasta el límite de la cantidad adeudada a aquél. Por tanto, sólo se aplica a las obras contratadas por precio alzado

Se trata de una excepción al principio de la relatividad de todo contrato articulado en el artículo 1257 mediante la cual los acreedores, que pueden ser incluso subcontratistas o los que les aportan materiales y trabajo a éstos, tienen acción directa contra el dueño y, en su caso, también contra el contratista de forma solidaria. Sin embargo, si el dueño demostrara que ya pagó al contratista, la pretensión de pago no podrá ejercerse contra tal dueño sino exclusivamente contra el contratista.

Derecho de retención

El artículo 1600 reza: “El que ha ejecutado una obra en cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague”. Así se configura el derecho de retención, no como un derecho real de prenda sino como la facultad que tiene el que ha ejecutado una obra en cosa mueble, de retener dicha cosa en prenda hasta que se efectúe el pago. Este derecho se refiere no a la construcción ex novo de una cosa sino a la reparación o alteración de aquella que se le ha entregado.

Privilegio del crédito por construcción, reparación o conservación

Según el artículo 1922.1º, los acreedores sobre el precio de cosa mueble cuentan con un crédito privilegiado que deberá ser satisfecho por el deudor con preferencia a otros acreedores. Por otro lado, en el caso de los bienes inmuebles, parece que la protección referida se aplica a los préstamos destinados a la refacción; esto es, a la construcción, reparación o conservación de un bien inmueble. De hecho el artículo 1923, configura como crédito privilegiado al refaccionario que recae tanto sobre bienes inmuebles inscritos o anotados en el registro de la propiedad como sobre los que no lo están.

3.8. Obligaciones del empresario o contratista.

3.8.1. Entregar la obra.

A cambio de recibir el precio como contraprestación, el contratista queda obligado a ejecutar una obra y a entregarla conforme a lo convenido en el contrato. Como se ha afirmado anteriormente dicha obligación es de resultado, por lo que el empresario deberá realizar la obra no únicamente limitándose a lo acordado, sino desplegando todo

aquello necesario para ejecutar lo convenido, se encuentre o no recogido en las estipulaciones contractuales. En otras palabras, el empresario queda obligado, además de lo pactado, por la buena fe, los usos, la ley, y la diligencia propia de un profesional, puesto que estos últimos deberán desempeñar sus funciones con la diligencia propia de su arte o profesión.

Sin embargo, esto no implica que el empresario pueda realizar actos de forma libre, es decir, basándose en su propia voluntad, sino que tiene un deber de informar al dueño de los inconvenientes que vaya encontrando en la ejecución de la obra. Consecuentemente, el contratista podrá negarse a realizar la obra si estima que con los medios de los que dispone no se va a obtener de ninguna forma el resultado convenido. Debe darse un verdadero incumplimiento, no un mero desajuste de lo pactado, pues sino habría desequilibrio entre las prestaciones.

Por otra parte, la obra podrá alterarse convencionalmente con posterioridad siempre que el comisionista informe al comitente y éste acepte expresa o tácitamente.

El contratista deberá entregar la obra en el plazo pactado. Si éste no estuviese convenido, nos remitiríamos al artículo 1128 CC

“Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.”

Dicho plazo también podrá alterarse ulteriormente de modo convencional, sin que se entienda derogado el anterior salvo que suponga un aumento de obra.

El cumplimiento del contratista con su deber de entrega es relevante en relación a los riesgos, especial y únicamente relevante en el caso de pérdida de la cosa no imputable a las partes, puesto que de lo contrario serían aplicables las normas de responsabilidad generales. Además, en base al artículo 1094 del CC corresponde al contratista conservar la cosa hasta su entrega.

Existen dos supuestos regulados en el Código Civil

Pérdida antes de la entrega:

- Artículo 1589 CC: “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.”

Por un lado, existe una corriente doctrinal que afirma que el contratista debe asumir el riesgo ya que es el autentico dueño mientras no transmita

la propiedad al comitente mediante la entrega de la obra. Por otro lado, la doctrina mayoritaria no considera admisible este argumento, considerando que el fundamento del artículo se halla en la propia naturaleza de la obligación asumida por el contratista. De este modo, al comprometerse a ejecutar una obra, siendo ésta una obligación de resultado, sólo tendrá derecho a cobrar si cumple con la misma, por lo que no lo haría si se produjese la destrucción de la cosa con anterioridad a su entrega.

Por otro lado, si el dueño o comitente hubiese incurrido en mora al recibir la cosa, se entiende que el contratista ha cumplido con su obligación y por tanto quedará liberado y con el derecho a recibir el precio pactado.

- Artículo 1590 CC: “El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.”

El Código remite a la misma solución que da al artículo precedente, si bien con independencia de la propiedad de los materiales.

De los preceptos anteriores se puede extraer la regla general. Sin embargo, cabe plantear la duda de si tras dicha pérdida, el contratista sigue obligado a cumplir con su obligación o ésta queda extinguida. La respuesta es absolutamente positiva, es decir, el contratista deberá ejecutar la obra siendo la única circunstancia que le exime la imposibilidad sobrevenida, bien por razones personales o razones objetivas.

Solución distinta da el CC al supuesto planteado en su artículo 1595 que reza

“Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio. Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad.”

Pérdida posterior a la entrega; el artículo 1591 del Código civil y la Ley de Ordenación de la Edificación:

Una vez que se produce la entrega de la edificación, la responsabilidad pasa al

comitente-propietario, salvo en el caso de vicios ocultos o en el específico de la ruina de la edificación. La responsabilidad por vicios ocultos se regula en el artículo 1484 CC

“El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”

y la de ruina tenía como única regulación el artículo 1591 CC que establece que

“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 concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del 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.”

Este precepto, claramente insuficiente dio lugar a numerosa doctrina jurisprudencial en defensa de los compradores de viviendas o locales. Y finalmente tuvo una regulación mas precisa en la ley 38/1999 de 5 de Noviembre de Ordenación de la edificación (en adelante LOE). Estudiaremos los distintos aspectos relativos a la responsabilidad de los agentes intervinientes de la edificación a la luz de ambos textos legales.

1º La naturaleza de la responsabilidad por la entrega.

a) Antes de la LOE

Nos encontramos con varias tesis doctrinales:

- La responsabilidad es de carácter contractual. Como el artículo 1591 CC se encuentra dentro de los preceptos que se dedican al contrato de arrendamiento de obra, la responsabilidad basada en ese precepto sólo pueden reclamarla los firmantes del contrato y no los terceros ajenos al mismo.

- La responsabilidad es de carácter extracontractual. El párrafo primero del artículo 1591 CC no hace referencia alguna al contrato a diferencia del párrafo segundo, siendo su finalidad proteger frente a la ruina del edificio sea quien sea el perjudicado, sin que sea necesario que esté vinculado por un contrato de obra con el agente responsable y sin que sea necesario acudir a una fingida subrogación para entender legitimados a los ulteriores propietarios.

- La responsabilidad es de carácter legal. La responsabilidad es de naturaleza legal. Queda establecida por la ley. Los técnicos ejecutores de la obra deben seguir las normas reguladoras de sus distintas profesiones. El legislador al redactar el artículo 1591 del código civil tuvo en cuenta el encadenamiento de vínculos entre los diferentes intervinientes en la edificación (arquitecto, promotor, contratista,...) por lo que la responsabilidad es legal. Esta es la

interpretación que últimamente había adoptado la jurisprudencia (Véase STS 29.12.1998 y 12.3.1999).

Respecto a la compatibilidad de la acción reconocida en el artículo 1591 del C.C. con otras de carácter contractual, es casi unánime la opinión de que es compatible con las acciones recogidas en los artículos 1101 y ss del CC.

b) Después de la LOE.

La LOE de ordenación de la edificación avala la tesis de que estamos ante una responsabilidad legal y además compatible con cualquier otra responsabilidad contractual. Así establece su artículo 17

1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3. El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.

3. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas.

5. Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista,

los mismos responderán solidariamente.

Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.

6. El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.

Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

7. El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.

Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.

Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.

8. Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

9. Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa.”

y su artículo 18

1. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

2. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra

ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

En cuanto a los daños no contemplados en la LOE que tengan su origen en el incumplimiento del contrato puede acudir al régimen general de las obligaciones y contratos. La cuestión surge en que si los daños contemplado en la LOE que surjan de un incumplimiento del contrato pueden reclamarse además de por las vías recogidas en la misma por la vía ordinaria. La doctrina mayoritaria piensa que si los daños se producen dentro del plazo de garantía establecido en la LOE, habrá que sujetarse a ella, ya que se produce una responsabilidad legal con la presunción de culpa de los agentes intervinientes en la edificación. Pero que si se producen después del plazo legal de garantía por un incumplimiento del contrato, debe poder ejercitarse la acción por incumplimiento, aunque sin ningún beneficio para el actor que deberá probar no solo el daño, sino también el incumplimiento del agente demandado y la relación de causalidad y sin que tenga lugar una presunción de solidaridad.

Y además como establece el propio apartado 9 del artículo 17 de la LOE las responsabilidades se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículo 1484 y siguientes del código civil y demás legislación aplicable a la compraventa.

Además, la LOE analiza el concepto de ruina y daño resarcible:

a) Antes de la LOE.

La jurisprudencia, para proteger al consumidor, ha ampliado los conceptos de ruina y daño resarcible. Así la ruina no se limita a la destrucción del edificio, sino también a aquellos deterioros que hacen temer la próxima ruina si no son inmediatamente subsanados y aquellos otros que sin causar ruina hacen inútil la edificación en todo o en parte para el fin que se destina. Y el daño resarcible no solo es el daño material producido en el edificio, sino entre otros también el daño moral, el daño a las persona, a otros bienes, los gastos de traslado, el alquiler de otra casa, etc.

b) Después de la LOE.

Los apartados 1.a y 1.b del artículo 17 ya no se refieren a ruina del edificio, sino a los daños causados en el mismo para atribuir la responsabilidad dimanante de los mismos.

También dicha ley hace mención al concepto de legitimación activa:

a) Antes de la LOE.

ADQUIRENTE Y SUBADQUIRENTE. La jurisprudencia ha reconocido legitimación activa tanto al dueño del inmueble como a los posteriores compradores, bien por entender que se producía una subrogación en sus obligaciones, o porque el artículo 1591 establecía una responsabilidad legal o extracontractual.

PROMOTOR: Aunque también se predica de el la legitimación pasiva, ha sido admitida su legitimación activa para reclamar ya que es el primer interesado en que la obra se realice correctamente y además su defectuosa ejecución puede dar lugar a su responsabilidad frente a terceros adquirentes. Aunque la reclamación respecto a los demás intervinientes de la edificación no le exonera de su responsabilidad.

PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. Admitida generalmente tanto del presidente como de cualquiera de los copropietarios.

TERCEROS NO PROPIETARIOS: En algunas ocasiones se ha reconocido la legitimación al titular de un derecho diferente al del dominio que le permite disfrutar de la construcción como al comodatario o al arrendatario, aunque en la práctica la acción se entiende como una acción de daños.

b) Después de la LOE.

El artículo 17 LOE en su apartado primero dispone "Sin perjuicio de sus.....hasta objeto de división.." Por tanto la legitimación activa se reconoce exclusivamente a los propietarios, ya sea promotor, adquirente o subadquirente.

Respecto a los terceros no propietarios, la doctrina mayoritaria considera que no podrán valerse de las acciones de la LOE sino únicamente del régimen normal de responsabilidad establecido en los artículos 1909 y ss del CC.

También se ha percibido un cambio en el concepto de legitimación pasiva:

a) Antes de la LOE.

El artículo 1591 del CC sólo consideraba como responsables de la ruina del edificio al contratista y al arquitecto. Sin embargo el tribunal supremo amplió el círculo de responsables al promotor, Arquitecto técnico, ingeniero técnico y otros técnicos y subcontratistas.

La responsabilidad de los agentes intervinientes de ha declarado como personal e individualizada, pero matizada por dos aspectos, la presunción de culpa y la solidaridad.

Presunción de culpa. Con el fin de proteger al consumidor, la jurisprudencia presume la responsabilidad de los agentes intervinientes que deberán probar que han obrado diligentemente para exonerarse de responsabilidad, bastando al demandante probar el hecho de la ruina.

Respecto a la solidaridad, la jurisprudencia se ha inclinado a afirmar que si hay varias personas responsables, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquellas ha participado en la causación del daño.

B/ Después LOE.

La LOE no ha hecho mas que plasmar la doctrina jurisprudencial anteriormente

señalada. Define quien son los agentes intervinientes en la edificación y la responsabilidad de los mismos (Artículo 17 LOE).

Respecto a la presunción de culpabilidad no la trata como tal sino que se limita a señalar que probado el daño serán responsables los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, salvo que se pruebe que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (Artículo 17.8 LOE).

En cuanto a la solidaridad, la LOE establece que la responsabilidad será solidaria cuando no pueda determinarse la responsabilidad individual o cuando determinada la de varios agentes no pueda establecerse el grado a que cada uno corresponde. (Artículo 17.2 y 3 LOE). Específicamente se recoge la responsabilidad solidaria de una serie de agentes cuando desarrollan las mismas funciones: el proyectista, el director de obra, el constructor y como máximo responsable en todo caso el promotor.

Por otro lado, en relación al plazo para el ejercicio de las acciones:

a) Antes de la LOE.

El artículo 1591 cc hace referencia a dos plazos, diez años en el párrafo primero y quince en el segundo. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha adoptado el criterio de que el precepto establece un plazo de garantía de diez años para poder ejercer la acción ex artículo 1591 CC y un plazo específico de prescripción de quince años si la responsabilidad es contractual. En otro caso el plazo de prescripción será el de un año si la responsabilidad es extracontractual.

b) Después de la LOE.

La LOE ha recogido el mismo criterio de establecer un plazo de garantía y otro de prescripción. Los de garantía dentro de los cuales tienen que manifestarse los daños serán de diez años para los daños estructurales, tres para lo que afecten a la habitabilidad y uno para los defectos de terminación (artículo 17 LOE).

El de prescripción de dos años, tanto para la acción directa como de regreso (artículo 18 LOE).

Por último y en relación con las garantías, cabe señalar como una de las grandes novedades de la LOE la obligatoriedad de concertar una serie de seguros para proteger a los adquirentes, cuyos periodos de duración coinciden con las responsabilidades que tratan de cubrir. Así señala el artículo 19 de la LOE

1. El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda, teniendo como referente a las siguientes garantías:

a) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que

afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

b) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

c) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

2. Los seguros de daños materiales reunirán las condiciones siguientes:

a) Tendrá la consideración de tomador del seguro el constructor en el supuesto a) del apartado 1 y el promotor, en los supuestos b) y c) del mismo apartado, y de asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

b) La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.

c) No será de aplicación la normativa reguladora de la cobertura de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes contenida en el artículo 4 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre.

3. Los seguros de caución reunirán las siguientes condiciones:

a) Las señaladas en los apartados 2.a) y 2.b) de este artículo. En relación con el apartado 2.a), los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo.

b) El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento.

c) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

4. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo.

5. El importe mínimo del capital asegurado será el siguiente:

a) El 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.a) de este artículo.

b) El 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.b) de este artículo.

c) El 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.c) de este artículo.

6. El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos.

7. El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías.

8. Para las garantías a que se refiere el apartado 1.a) de este artículo no serán admisibles cláusulas por las cuales se introduzcan franquicias o limitación alguna en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.

En el caso de que en el contrato de seguro a que se refieren los apartados 1.b) y 1.c) de este artículo se establezca una franquicia, ésta no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral.

9. Salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere esta Ley no cubrirán:

a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.

b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.

c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.

d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.

e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.

f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.

Y para mayor seguridad establece el artículo 20

1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

2. Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido.

3.9. Derechos y obligaciones del dueño o comitente.

El comitente tiene la obligación de pagar el precio convenido y el derecho a recibir la obra ejecutada. Además, tiene una facultad de examen sobre la misma, para estimar si se ajusta o no a lo pactado, sin que esto implique que pueda rechazarla arbitrariamente.

En lo relativo a este asunto, el CC no alude de forma directa a las figuras de entrega, aprobación y recepción de la obra por el dueño, sino que hace referencia a los mismos en los siguientes preceptos:

- Artículo 1590CC: “El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.”
- Artículo 1592 CC: “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.”
- Artículo 1598 CC: “Cuando se conviniere 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 éste decida.”
- Y finalmente, artículo 1599 CC “Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.”

Para proceder a su estudio, vamos a estructurarlo en tres partes: entrega, aprobación y recepción.

3.9.1. Entrega

Podemos definir la entrega como la puesta a disposición a favor del dueño de la obra realizada, que podrá consistir, según la naturaleza de la cosa, en una verdadera entrega física, o bien, en una simple notificación del término de su ejecución y puesta a disposición debido a que la propia naturaleza de la obra impide su entrega material.

De esta forma, será necesaria la entrega para liberar al deudor de su obligación.

En relación a la misma, la duda que se plantea es si la misma se configura como un modo para transmitir el dominio de la obra ejecutada. La respuesta a dicha pregunta es afirmativa en los casos en los que la obra permanece en las manos del contratista hasta su posterior entrega definitiva. En este caso, podríamos decir que dicha entrega constituye un modo, que junto al título, transmite la propiedad de lo ejecutado.

Sin embargo, en los casos en los que la cosa esta en manos del dueño desde un primer momento, la entrega no puede tener carácter de modo.

Es importante resaltar que es esta entrega la que determina el momento de consumación del contrato, la obligación del pago y la transmisión de los riesgos entre las partes contratantes.

3.9.2. Aprobación y recepción.

La aprobación consiste en la manifestación positiva del dueño, que afirma que la obra ejecutada se corresponde con la convenida en el contrato. La recepción supone la toma de posesión por parte del dueño de la obra realizada. Ambos conceptos deben darse simultáneamente en la práctica. El CC no contiene regulación en cuanto al tiempo del que dispone el acreedor para la verificación de la obra, por lo que deberá atenerse a lo pactado, a la buena fe o a los usos.

Como ya hemos afirmado en numerosas ocasiones, la obligación del contratista es de resultado, por lo que es natural que el comitente tenga una facultad para examinar si dicha obra realizada se corresponde con lo pactado. Una vez sometida a examen, se procede a su aprobación, y una vez aprobada la obra, la recepción es inmediata e imperativa, so pena de incurrir en las respectivas responsabilidades (mora del acreedor).

Existen distintos supuestos posibles de recepción:

- Recepción expresa, tácita o presunta:
 - o Expresa: el comitente manifiesta de forma verbal o escrita su aprobación y la recepción de la obra ejecutada por el comisionista.
 - o Tácita: el comitente no lo manifiesta expresamente, sino por actos concluyentes, como puede ser la utilización de la obra ejecutada. Podrán considerarse como tales el pago del precio sin reserva alguna o el silencio del comitente con el fin de que, tras la recepción profesional, el contratista lleve a cabo la recepción definitiva.
 - o Presunta: el comitente tampoco lleva a cabo actos concluyentes, sino que de los mismos se puede presumir su voluntad de recibir la obra.

En caso de silencio por parte del comitente, la LOE fija un plazo de 30 días a partir del cual si el mismo no se ha manifestado, se entenderá aprobada y recibida, por lo que en definitiva se consagra como una aceptación tácita de la obra.

- Recepción total, con reservas, parcial y rechazo:

- Rechazo: la LOE lo permite siempre y cuando la obra no esté terminada o no se ajuste a lo pactado, si bien en todo caso deberá estar motivada. Tras el rechazo, se concederá nuevo plazo para su recepción.
 - Total: entrega de la obra terminada y conforme a lo pactado, cuya recepción, según Villagómez Rodill⁵³, deberá figurar en acta que podrá formalizarse en documento privado o escritura pública.
 - Con reservas: la obra se encuentra sustancialmente acabada pero con desajustes menores, donde procede su recepción pero con la posibilidad de expresar reservas con sus consiguientes efectos.
 - Parcial: al estar inacabada la obra, no procede su entrega. La única excepción a esta regla es el supuesto de obra por piezas o medida del artículo 1592 CC, si bien la LOE establece que las fases deberán estar completas y terminadas y deberá haberse pactado previamente entre las partes contractuales.
- Recepción provisional o definitiva:
- Recepción definitiva: tras el plazo de 30 días que la LOE concede al comitente para evaluar la prestación, y salvo la posible recepción con reservas, procede la recepción definitiva.
 - Recepción provisional: puede pactarse su provisionalidad dando al dueño la posibilidad de retener parte del precio comprobando que el resultado de la obra ejecutada se corresponde con lo pactado contractualmente por las partes.

La recepción se recogerá en acta y tendrá múltiples consecuencias jurídicas, de entre las que resaltamos el tema de los vicios ocultos, ya que debido a la naturaleza del contrato de obra, estos sólo surgirán una vez pasado el tiempo. La doctrina mayoritaria entiende que debemos atenernos a las disposiciones generales de obligaciones y contratos.

En relación a la reclamación por defectos, la STS de 12 de julio⁵⁴ establece que para poder reclamar por defectos tras la conclusión de la obra es necesario manifestar la disconformidad con ella en el momento de la recepción. Así afirma literalmente que

⁵³RODIL, A. V., *La edificación en el siglo XXI. In Derecho de la edificación*, Editorial Bosch, Madrid, 2006.

⁵⁴ Sentencia de 12 julio de 2011 del Tribunal Supremo (RJ 2011\5111).

“establecido el hecho de la recepción de la obra sin reserva alguna , que no ha sido objeto de impugnación casacional en la vía adecuada, ha de estarse a la doctrina jurisprudencial - así, Sentencia de 29 noviembre 1991 (RJ 1991\8575)- expresiva de «que la aceptación al recibir las obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido ejecutada a satisfacción, pues lo contrato supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido del contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario”.

3.10. Extinción

El contrato de arrendamiento de obra podrá extinguirse por:

- Causas generales de extinción del contrato.
- Pérdida de la obra.
- Artículos 1594 y 1595 CC.
- Cumplimiento del mismo.

3.10.1. Desistimiento.

Se encuentra regulado en el artículo 1594 CC que reza “El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.”

En caso de que la ejecución de la obra resulte predominantemente perjudicial, se prevé la facultad del dueño para desistir, por su única voluntad, de su realización, indemnizando al contratista.

Esta obligación de indemnizar tiene como fundamento dejar indemne al contratista, abonándole sus gastos, trabajo y la utilidad que pudiese obtener de la obra, lo que es en definitiva, que el dueño deba cumplir con su obligación de pago, sin que ello ocasione el enriquecimiento injustificado de alguna de las partes.

Según Salvador Coderch⁵⁵ dicha facultad se concede únicamente al dueño, que deberá manifestar su voluntad al contratista sin necesidad de motivar su decisión.

Dicha declaración es libre y en tanto llegue al conocimiento del contratista se tornará eficaz, si bien se aconseja su realización vía notarial.

Al encontrarnos ante una facultad que el dueño puede utilizar libremente, no podrán aplicarse las cláusulas de incumplimiento contractual previstas para las partes.

⁵⁵ Opt. cit.

Según Fernando de la Cámara⁵⁶ una vez ejercitada dicha facultad el contrato queda resuelto sin posibilidad de revocación, pudiéndose celebrar un nuevo contrato diferente del anterior para terminar la obra paralizada.

Por otro lado, es relevante resaltar el concepto de ruina en el contrato de obra. Así, la STS de 30 de enero de 1997⁵⁷ delimita el objeto del arrendamiento de obra, la obligación del contratista y sobretodo el concepto de ruina, que no se refiere solo a la destrucción total de la obra sino también a la “ruina funcional”, que la haga inútil para el fin que le es propio o haga temer por la pérdida del inmueble.

3.10.2. Fallecimiento e imposibilidad sobrevenida.

Se encuentra regulado en el artículo 1595 CC

“Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio.

Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad.”

Si el contrato se ha celebrado en atención a las cualidades personales del contratista y este fallece, el contrato se extingue. Lacruz⁵⁸ resalta que dicho carácter debe ser personalísimo para poder fundamentar una causa de extinción, y no se presume sino que hay que demostrarlo.

4. Conclusiones.

Como se ha establecido anteriormente, el contrato de arrendamiento obra hunde profundamente sus raíces en el Derecho Romano, conocido generalmente como *locatio conductio*. Ésta última hace referencia a la entrega de una cosa a alguien para su utilización, si bien adquiriría luego distintas modalidades.

El contrato de arrendamiento de obra se conoce con el nombre de *locatio conductio operis*, la cual en definitiva se refería a un negocio jurídico en virtud del cual el *locator*

⁵⁶ DE LA CÁMARA. F., *Tratado práctico del derecho referente a la construcción ya la arquitectura, La planificación jurídica de la construcción*, Madrid, 1964.

⁵⁷ Sentencia de 30 de enero de 1997 del Tribunal Supremo (RJ 1997/845.)

⁵⁸ Opt. cit.

entrega al *conductor* una cosa para que realice una obra y la devuelva al término finalizada.

En derecho vigente, el contrato de obra en sus múltiples denominaciones, se define como aquel contrato en el que una de las partes (contratista) se compromete a la obtención de un resultado a favor de la otra parte (comitente), a cambio de recibir como contraprestación un precio cierto o remuneración. Cabe resaltar, como se ha explicado anteriormente, que la nota definitoria del arrendamiento de obra es un criterio de resultado, ya que el contratista se encuentra sometido a su consecución.

Podemos afirmar, por lo demás, que estamos ante un contrato consensual, oneroso, conmutativo y donde opera el principio de libertad de forma.

La obra objeto del contrato de obra debe ser posible, determinada y lícita, quedando los preceptos del Código Civil relativamente escuetos, ya que es indiscutible que el objeto del contrato todas las cosas y no sólo la construcción o lo relativo a la edificación.

El precio que dota de onerosidad al contrato debe ser cierto y en cuanto a las modalidades para su determinación del precio, el mismo podrá ser fijado por piezas o por medida, por ajuste alzado (únicas reguladas por el Código Civil), por tiempo de trabajo o en base a lo estipulado en el contrato de administración.

La obligación del contratista consiste en ejecutar la obra de acuerdo con los usos de su *lex artis*, es decir, conforme a su actividad o profesión, en el tiempo y según lo pactado en el contrato, pudiendo convenirse que suministre material o únicamente se limite a dar su trabajo o industria.

Por otro lado, la principal obligación del comitente consiste en el pago del precio cierto convenido en el contrato, obligación que deberá llevarse a cabo, en defecto de pacto, en el momento de la entrega.

El contrato se extinguirá por fallecimiento del contratista, imposibilidad sobrevenida o por el desistimiento unilateral del comitente.

Si bien, cabe realizar especial mención a la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, donde se hace especial hincapié en determinados aspectos relativos a edificaciones a efectos de la LOE. Sin embargo, todo aquello que no se pueda calificar como tal seguirá las disposiciones del CC y en todo aquello dispuesto

por la jurisprudencia de los tribunales.

En conclusión, el papel esencial que desempeñan las sentencias del Tribunal Supremo dota de coherencia y unanimidad a la a veces insuficiente o susceptible de diversas interpretaciones del contrato de arrendamiento de obra cuyas disposiciones se encuentran reguladas en el Código Civil.

5. Bibliografía.

ALMOGUERA, J., *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Civitas, Madrid, 2012.

DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Madrid, 2001.

DE LA CÁMARA. F., *Tratado práctico del derecho referente a la construcción ya la arquitectura, La planificación jurídica de la construcción*, Madrid, 1964.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 6ª edic., Iustel, Madrid, 2013.

GAYO, *Instituciones*, 3.89.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, ROMOTORA CULTURAL MALAGUEÑA, S. A, Málaga, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2000.

LÓPEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil*, cuarta ed., Vol.V, Madrid, 1995.

NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Reus, Madrid, 1969.

PRIETO, S. P., *Intervención notarial y litigiosidad civil*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1995.

SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, 1993.

RODIL, A. V., *La edificación en el siglo XXI. In Derecho de la edificación*, Editorial Bosch, Madrid, 2006.

TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Editorial Edisofer, Zaragoza, 2002.

MALAGUEÑA, S. A, Málaga, 1999.

Sentencia de 24 septiembre 1984 del TS (RJ 1984\4303).

Sentencia de 9 enero 2006 del Tribunal Supremo (RJ 2006\132.)

Sentencia de 8 octubre 2001 del Tribunal Supremo (RJ 2001\7548.)

Sentencia de 14 de junio de 1989 del Tribunal Supremo (RJ 1989/4633).

Sentencia de 3 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo (RJ 1983/5953).

Sentencia de 24 septiembre 1984 del TS (RJ 1984\4303).

Sentencia de 19 de abril de 1982 del TS (RJ 1982\1957).

Sentencia de 9 enero 2006 del Tribunal Supremo (RJ 2006\132.)

Sentencia de 8 octubre 2001 del Tribunal Supremo (RJ 2001\7548.)

Sentencia de 12 julio de 2011 del Tribunal Supremo (RJ 2011\5111).

Sentencia de 4 de septiembre de 1993 del Tribunal Supremo (RJ 1993/6636).

Sentencia de 10 mayo del Tribunal Supremo (RJ 1997\3831).

Sentencia de 30 de enero de 1997 del Tribunal Supremo (RJ 1997/845.)
