

#### IV) EL CONCEPTO DE EJECUCION DE OBRA EN EL CODIGO CIVIL.

Analizadas las diversas acepciones que el ordenamiento civil concede al término "obra" procede, a continuación, determinar el significado de la expresión "ejecución de obra" utilizada reiteradamente por el Código Civil en la regulación del contrato de "arrendamiento de obras o servicios".

Al abordar la cuestión de la terminología adecuada para significar estos contratos, proponíamos la denominación de contrato de ejecución de obra para hacer referencia al contrato en virtud del cual una parte se obliga a ejecutar una obra a cambio de un precio cierto (art. 1.544 C.C.). Rechazábamos, allí, la denominación de contrato de obra porque, como se vió, se trata de un contrato de actividad, pues tiene por objeto, no la obra considerada en sí misma (resultado de una actividad), sino el proceso de producción (ejecución) de la obra, esto es, la creación de un nuevo objeto de derecho. De ahí la importancia de determinar el alcance de la expresión "ejecución de obra" en aras de delimitar el objeto de este contrato.

El estudio de este tema parte del análisis de los artículos 1.583 a 1.603 del C.C., y plantea especiales problemas en la delimitación del objeto de este contrato frente al objeto de la compraventa de cosa futura. A esta última cuestión dedicamos, también, un apartado, porque entendemos que su solución puede aportar algunos datos importantes para determinar el sentido de la expresión analizada.

## 1) La obra en el arrendamiento de obras y servicios.

En los artículos que el Código dedica a regular el arrendamiento de obras y servicios -1.583 a 1.603-, el término "obra" aparece utilizado en las dos acepciones anteriormente expuestas.

El artículo 1.583 del C.C., ubicado en sede del servicio de criados y trabajadores asalariados, establece que "puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada...". En nuestra opinión, cuando el legislador habla de los servicios que se prestan para una obra determinada hace referencia a los servicios que se concretan en la realización de una determinada actividad o trabajo, y no a los servicios dirigidos a la creación de una cosa, bien entendido que la actividad o trabajo al que nos referíamos puede concluir con la consecución de una obra. En este sentido entendemos que se contratan servicios para una obra determinada, tanto si se contrata los servicios de un albañil para la construcción de una pared, como si se contrata los servicios del mismo para proceder a desembarazar de ruinas un edificio. En este precepto el término "obra" se utiliza en la segunda de las acepciones comentadas; significa trabajo o actividad, y cumple una función instrumental dirigida a fijar la duración del contrato que se extingue automáticamente al ejecutarse la obra<sup>251</sup>.

Por el contrario, el término "obra", en todas las ocasiones en que aparece en los preceptos dedicados a regular las obras por ajuste o precio alzado significa cosa hecha o producida por un agente. Así:

El artículo 1.588 establece "puede contratarse la ejecución

---

<sup>251</sup> En el mismo sentido SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; "Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra", en *Anuario de Derecho Civil*, 1.964, pág. 32.

de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que suministre el material". De esta letra se deduce que la obra es el resultado de un proceso productivo -trabajo o industria- dedicado a transformar unos materiales.

Idéntica conclusión se extrae de la lectura del artículo 1.589 que dispone que "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", y del artículo 1.590 que establece: "el que se obliga a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de ser 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". La obra aparece aquí como el resultado de un proceso productivo, basado en la transformación de unos materiales, que se concreta en una cosa susceptible de ser transmitida; es la creación de un objeto independiente del trabajo. El mismo significado tiene en los artículos 1.592 a 1.600 del Código Civil, en donde se reitera la idea de la entrega de la obra.

Estos preceptos hablan de ejecución de obras materiales, principalmente, de las obras representadas por bienes inmuebles, aunque el artículo 1.600 hace una referencia expresa a la "obra en cosa mueble". Existe la duda de si admiten la posibilidad de la ejecución de una obra inmaterial, pues no hacen ninguna referencia a este tipo de obras. La mayoría de la doctrina defiende que la obra puede consistir en una cosa inmaterial siempre que tenga una cierta entidad objetiva<sup>252</sup>. Nosotros compartimos esta opinión porque entendemos que no debe distinguirse donde el Código no distingue. Abunda en esta

---

<sup>252</sup> Así, CASTAN, *Ob. Cit.*, pág. 458; PUIG PEÑA, *Ob. Cit.*, pág. 838; ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, pág. 220; y ESPIN, *Ob. Cit.*, pág. 553, entre otros.

interpretación el hecho de que el Código califique de "obra" la cosa resultante de una actividad literaria, científica o artística, que es, en definitiva, una cosa inmaterial.

## 2) La ejecución de una obra.

El término "obra" se utiliza en los preceptos del Código Civil dedicados a regular las obras por ajuste o precio alzado - artículos 1.588 a 1.600- en la primera de las acepciones expuestas en este capítulo. En nuestra opinión, resulta aplicable la definición, dada anteriormente, según la cual es obra la cosa corporal obtenida a través de la especificación de unos materiales, o incorporal, resultante de un proceso productivo, actividad o trabajo, susceptible de ser identificada con independencia del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con autonomía propia.

Partiendo de esta base, la ejecución de una obra deberá entenderse como la creación de una cosa, corporal o incorporal, susceptible de ser identificada con independencia del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con autonomía propia, fruto de la puesta en práctica de una determinada actividad encaminada a ello.

Así pues, la ejecución de una obra se caracteriza por:

1) ser un trabajo, una actividad, o un hacer que crea una cosa *ex novo*. De modo que no todo trabajo o actividad comporta la ejecución de una obra, sino sólo aquel que -se concrete o no en la transformación de materiales: obra material u obra inmaterial- culmina con el resultado de la creación de una cosa



que es un nuevo objeto de derecho<sup>253</sup>.

2) la cosa creada o producida puede ser corporal -mueble o inmueble- o incorporal. En principio ninguno de estos tipos de cosa puede excluirse, pues de ella sólo se requiere que tenga cierta entidad objetiva y goce de autonomía propia<sup>254</sup>.

3) la cosa creada o producida debe tener identidad propia. Es decir, debe poder ser identificada con independencia de las cosas a las que pueda quedar incorporada y gozar de autonomía. Debe consistir, en definitiva, en un nuevo objeto de derecho<sup>255</sup>.

De ahí que quepa afirmar que aunque la regulación que ofrece el Código de las ejecuciones de obras queda limitada a las obras por ajuste o precio alzado, la ejecución de obra, a la que se

---

<sup>253</sup> SCAEVOLA [*Ob. Cit.*, pág. 434] afirma que "si el servicio se reduce a la mera prestación personal el arrendamiento es de servicios, mientras que si el servicio personal se combina con la transformación u ordenación de materiales, propios del dueño o suministrados por el mismo artífice, en orden a la producción de una cosa que pasa a ser del arrendatario, entonces el arrendamiento es de obra".

<sup>254</sup> En este sentido LACRUZ [*Ob. Cit.*, pág. 277] afirma que la ejecución de una obra comprende además de la prestación puramente material, la prestación intelectual con cierta existencia objetiva: un proyecto de arquitecto, el dictamen de un jurista, etc.

<sup>255</sup> En esta línea, LACRUZ [*Ob. Cit.*, pág. 309] afirma que "lo determinante (en la diferenciación de los contratos de obras y de servicios) debe ser, en mi opinión, no si el servicio desemboca en la producción de una cosa (resultado) sino si la actividad desarrollada por el contratante se relaciona con incumbencias personales del arrendador y su circunstancia, presentando en el primer caso un aspecto preponderantemente de servicio, aunque se resuelva en la extracción de una muela o en levantar el plano de una finca. Quizá, más que la dogmática, vale entonces, para saber si todavía nos hallamos en el campo de los servicios o hemos hecho tránsito al de la contrata, la apreciación vulgar que, distingue sobre todo si el resultado conjunto puede calificarse o no como una obra con independencia del cliente: si yo encargo una silla o una prótesis dental, lo producido presenta, aun en este segundo caso, suficiente autonomía como para poder calificarlo de obra, lo que no sucede si encargo que me corten el pelo."

refiere el artículo 1.544 del Código, incluye, además, la producción de una cosa remunerada en función al tiempo empleado en ella -modalidad del contrato carente de regulación-.

### 3) Distinción entre el contrato de ejecución de obra y la compraventa de cosa futura.

El artículo 1.544 establece que por el contrato de ejecución de obra una de las partes se obliga a realizar una obra a la otra por precio cierto. Pero lo cierto es que la parte que ejecuta la obra tiene además la obligación de entregarla realizada a la otra parte<sup>256</sup> -de ahí el derecho de retención de quien ejecuta una obra en cosa mueble regulado en el art. 1.600 C.C.- y, la presencia de esta obligación de dar, comporta, a menudo, problemas en orden a la diferenciación entre el contrato de ejecución de obra y la compraventa de cosa futura.

La calificación del contrato como de compraventa o de ejecución de obra es trascendental en múltiples aspectos<sup>257</sup>. Así:

1.- En sede de riesgos. Si se trata de una compraventa regirá el artículo 1.452 C.C. que -excepción hecha de las cosas fungibles- los impone al comprador, mientras que, conforme al artículo 1.589 C.C., 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 mora en la recepción.

---

<sup>256</sup> SALVADOR CODERCH ["Comentario al artículo 1.588" en *Comentario del Código Civil, Ob. Cit.*, pág. 1.178] afirma que "en el contrato de obra la prestación del contratista consiste en hacer (realizar o ejecutar una obra) y dar (entregarla por partes o una vez realizada del todo)".

<sup>257</sup> NAVARRO PEREZ, José Luis, *La compraventa civil. Antecedentes, cometario doctrinal, jurisprudencia y formularios*, Granada, 1.993, págs. 85-86.

2.- El *ius poenitendi* admitido por el artículo 1.594 C.C. para el contrato de ejecución de obra, en favor del arrendatario, sólo cabe en supuestos excepcionales para el comprador conforme el artículo 1.454 C.C.

3.- El artículo 1.597 C.C. otorga acción directa a los obreros y proveedores de materiales contra el dueño de la obra, mientras que ésta no se da, en el supuesto de venta, contra el comprador por ir contra la seguridad del tráfico jurídico.

4.- En el caso de venta, la capacidad de los contratantes puede resultar afectada por las prohibiciones del artículo 1.459 C.C., que no son aplicables al contrato de ejecución de obra.

5.- Según el artículo 1.466 C.C., el impago del comprador libera de entrega al vendedor de la entrega de la cosa, mientras que según el artículo 1.600 C.C. otorga un derecho de retención en los contratos de ejecución de obra.

6.- Por último, los retractos susceptibles de ejercitar en las compraventas, resultan imposibles en los contratos de ejecución de obra.

La doctrina distingue dos tipos de compraventa de cosa futura. En la *emptio rei speratae* se conviene que se pagará el precio si la cosa o bienes objeto del contrato llega, efectivamente, a tener existencia en los términos previstos o calidad pactada. Por el contrario, en la *emptio spei* el comprador debe pagar el precio en todo caso, esto es, llegue o no a tener existencia real y jurídica la cosa vendida<sup>258</sup>. En el primer caso sólo hay precio si llega a existir la cosa, en el segundo, en cambio, existe siempre, porque lo que se compra es, en verdad, la mera esperanza de que la cosa llegue a existir.

---

<sup>258</sup> En el mismo sentido RIVERO, *Ob. Cit.*, pág. 23.

La existencia de la cosa funciona, así, como una condición suspensiva en la *emptio rei speratae*, pues su cumplimiento dota de eficacia a este contrato, mientras que la frustración de la condición provoca su ineficacia<sup>259</sup>.

La *emptio spei*, por el contrario, es eficaz con independencia de que la cosa llegue o no a existir<sup>260</sup>. Se caracteriza por ser un contrato aleatorio en el que el riesgo de la existencia o no existencia de la cosa corre a cargo del comprador<sup>261</sup>.

Pues bien, a pesar de esta fundamental e importante diferencia, ambos supuestos coinciden en no obligar al vendedor a procurar la existencia de la cosa. Esto es, la compraventa de cosa futura se caracteriza, bien por quedar sometida a la condición de la existencia de la cosa futura, bien por atribuir al comprador el riesgo de su posible existencia (alea), pero no obliga al vendedor a procurar que la cosa exista: el vendedor únicamente se obliga a dar la cosa futura -si ésta llega a existir-.

Por el contrario, el contrato de ejecución de obra persigue la realización de un trabajo en orden a producir una cosa para el comitente. La obligación principal del contratista es, pues, una obligación de hacer, a la que normalmente se une una obligación de dar (la entrega de la cosa hecha), mientras que el vendedor únicamente está ligado por una obligación de dar.

---

<sup>259</sup> En este sentido ROGEL VIDE, Carlos; *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1.975, pág. 266.

<sup>260</sup> La doctrina discute si la *emptio spei* es en realidad una compraventa o es un contrato atípico. *Vid.* en este punto, RIVERO, *Ob. Cit.*, pág. 23.

<sup>261</sup> ROGEL VIDE [*Ob. Cit.*, pág. 267] afirma que en la *emptio spei* existe una "condición" que "incide sólo sobre la sinalagmaticidad y no permite el funcionamiento de la misma, suspendiendo en primer lugar y haciendo imposible después la sola prestación condicionada".

Partiendo de la distinción obligación de hacer/ obligación de dar puede afirmarse que en el contrato de ejecución de obra, el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra entendida en el sentido de procurar que la cosa exista o llegue a existir (debe una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva), mientras que en la compraventa de cosa futura, el vendedor únicamente se halla obligado a entregar una cosa en el supuesto que ésta llegue a existir (con independencia de quien intervenga en su creación o quien procure su existencia, que puede ser el mismo vendedor o un tercero completamente ajeno a la relación contractual)<sup>262</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de distinguir los contratos de ejecución de obra y compraventa de cosa futura y con ello han contribuido a delimitar el concepto de ejecución de obra.

Ha existido y existe práctica unanimidad al considerar que el contrato por el cual una parte se obliga a realizar una obra con materiales suministrados por la otra parte, que hace el encargo, es un contrato de ejecución de obra, porque se está en presencia de una obligación de hacer -crear una cosa nueva a partir de la transformación de las materias suministradas-. La discusión se centra, aún actualmente, en resolver si también en el caso en que el que suministra el trabajo suministra además la materia, se trata de un contrato de ejecución de obra. Es decir, si en este caso la obligación principal es una obligación de hacer o una obligación de dar.

---

<sup>262</sup> En sentido similar DE CASTRO Y BRAVO ["El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática", en *Anuario de Derecho Civil*, 1.976, págs. 1.152-1.153] afirma que "la compraventa de cosa esperada ha podido con propiedad ser considerada como sometida a condición. En cambio, las compras de cosas a separar (minerales, árboles, &) y los de las cosas a construir (máquinas, pisos, &) no quedan sujetas a condición, la obligación de separar y la obligación de construir son obligaciones puras, incondicionadas por sí mismas (excepto pacto especial que las someta a una verdadera condición) del llamado vendedor".

El Código Civil español sigue, también en este tema, el precedente constituido por el Proyecto de 1.851<sup>263</sup> y el Código Civil francés<sup>264</sup> y dispone en el artículo 1.588 que "puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material."

A partir de este precepto, la doctrina española se divide, como la francesa, fundamentalmente, entre aquellos que entienden que el contrato en virtud del cual la parte que suministra el trabajo, suministra además la materia es una compraventa<sup>265</sup>; aquellos que estiman que se trata de un contrato de ejecución de obra<sup>266</sup>; y aquellos que sostienen que este contrato goza de un carácter mixto de compraventa y ejecución de obra<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> El artículo 1.529 del Proyecto de Código Civil de 1.851 señala: "Puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también provea el material".

<sup>264</sup> El artículo 1.787 del Código Civil francés dice: "Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière".

<sup>265</sup> Ver por todos TRAVIESAS [Ob. Cit., pág. 42] que afirma que cuando el que pone el trabajo pone también el material con el que ha de hacerse la obra, la obligación capital es un *dare* y no un *facere*, y consiguientemente habrá una compraventa. Que el artículo 1.588 del Código Civil diga que puede convenirse en que suministre también el material el mismo que ha de ejecutar una obra, añade, significa que hay un *dare* acompañado de un *facere*. La ley no dice que, en este caso, el *facere* sea elemento fundamental, y el *dare* no. Lo que quieren los contratantes es que una persona entregue a la otra una cosa determinada, mediante un *facere*, a cambio de un precio determinado, y en esto hay una compraventa (art. 1.445 C.C.).

<sup>266</sup> CLEMENTE DE DIEGO [Ob. Cit., págs. 323-324] afirma que en los términos del artículo 1.588 hay sólo arrendamiento, pues que el que ejecute la obra ponga además el material se indica como una forma de convenir este contrato.

<sup>267</sup> En este sentido NAVARRO PEREZ, Ob. Cit., pág. 84; y FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, "La compraventa de cosa futura", en *El contrato de compraventa*, Madrid, 1.993, pág. 94.

No faltan, sin embargo, posiciones discrepantes, como la defendida por SCAEVOLA que encuadra la prestación de servicios y la ejecución de obra dentro del contrato de compraventa<sup>268</sup>.

Cuestión distinta es la posibilidad de que compraventa y ejecución de obra configuren un contrato complejo<sup>269</sup>, supuesto que acontece cuando forman parte de una misma operación económica la edificación y la compraventa de un inmueble. Así, cuando la venta de un edificio o de los diversos pisos que lo componen va inmediatamente precedida de su construcción, de modo que ha sido precisa la celebración de varios contratos: uno de ejecución de

---

<sup>268</sup> SCAEVOLA [*Ob. Cit.*, págs. 332 a 334] afirma: "el espíritu analítico moderno nos hace ver que el servicio y el trabajo (actividad sin producción y actividad productoria) no son una forma esencial del contrato locatorio, sino una forma independizada, una segmentación del contrato de compraventa. El trabajo no entra en la producción como fuerza cooperativa, con todas las consecuencias anexas a la cooperación, o sea con derecho a lo producido; no, las leyes civiles miran en el trabajo únicamente un elemento patrimonial, algo que es nuestro, que depende de la voluntad de concederlo o negarlo; en suma, una prestación valorable y cambiante. Desde este punto de vista limitadísimo, la prestación de nuestro esfuerzo muscular o mental a una segunda persona no constituye sino una variedad del contrato esencial de cambio, y decimos esencial porque el cambio es al derecho como la cantidad a las matemáticas y la fuerza a la dinámica, la unidad fundamental de donde por sucesivas agresiones dimanen todos los organismos básicos contractuales... Para que haya verdadero arrendamiento es preciso que exista cosa material, mueble o inmueble cosa que después de disfrutada por el arrendatario durante cierto tiempo revierta al dueño. Lo que no puede concebirse es un arrendamiento en el que el propio objeto del contrato, o se consume y desaparece por el hecho mismo de la prestación, o se resuelve en la producción de una cosa que pasa a ser propiedad del "arrendatario"."

<sup>269</sup> En este sentido es conveniente distinguir los contratos mixtos de la unión de contratos o contratos complejos. En los primeros existe un único contrato; mientras que en los segundos, existen dos o más convenios. La doctrina mayoritaria sostiene, en este punto, que la principal diferencia entre estas figuras reside en sede de la causa contractual. Donde hay una única causa, aunque sea compleja, existe unidad contractual; mientras que, por el contrario, siempre que hay pluralidad de causas existe pluralidad de contratos. *Vid.* sobre este tema, JORDANO BAREA, Juan Bautista, "Contratos mixtos y unión de contratos" en *Anuario de Derecho Civil*, 1.951, págs. 328 y ss; y LOPEZ FRIAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1.994.

obra, y otro de compraventa: porque de lo que se trata es de construir para después vender<sup>270</sup>. El estudio de tales contratos complejos escapa de los límites de este trabajo.

Actualmente, la mayoría de la doctrina sostiene que el criterio decisivo en la distinción entre el contrato de ejecución de obra y la compraventa de cosa futura, es el de la intención o voluntad de las partes.

Así, algunos autores estiman que hay venta si el industrial trabaja sobre planos propios y según su iniciativa, y contrato de ejecución de obra cuando realiza la obra según como le ha sido encargada<sup>271</sup>. Otros ponen el acento en la trascendencia que pueda tener para el cliente el proceso productivo de la cosa y la cualificación del producto<sup>272</sup>. Todo ello supone, en definitiva, indicios para establecer la voluntad de las partes dirigida, ya a la mera transmisión de una cosa, ya a la realización de un trabajo en orden a producir una cosa para un

---

<sup>270</sup> LOPEZ FRIAS, *Ob. Cit.*, págs. 175 y ss.

<sup>271</sup> En este sentido CLEMENTE DE DIEGO [*Ob. Cit.*, págs. 323-324] señala: "A la verdad que el criterio decisivo en este punto será la voluntad e intención de las partes; y si éstas miraron al celebrar el contrato solamente un objeto por entregar en día determinado, sin considerar para nada el trabajo de una de las partes, el contrato será de venta; pero cuando una de las partes aceptó el encargo de ejecutar la obra sobre la base de un diseño o modelo, es decir, cuando las partes miraron al trabajo que personalmente o por medio de otro había de poner una de ellas en la obra, entonces habrá locación de obra".

<sup>272</sup> Sobre este punto DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS [*Sistema de Derecho Civil*, V.II, *Ob. Cit.*, pág. 434] afirman: "Ante todo se impone la interpretación de la voluntad de los contratantes. Si han dado especial importancia al proceso productivo de la cosa, al trabajo a realizar, sobre la materia objeto de aquel proceso, no hay duda de que será la de contrato de obra la calificación más adecuada. Cuando se busca la capacidad o habilidad de un artífice sería absurdo pretender que el comitente se ha dirigido a él con el fin de adquirir unos materiales simplemente." En sentido similar FERRANDIZ, *Ob. Cit.*, pág. 93; y ROGEL VIDE, Carlos, *Ob. Cit.*, Bolonia, 1.975, pág. 295.



comitente<sup>273</sup>.

BADENES<sup>274</sup> enumera, sin pretensión de exhaustividad, diversos factores a los que puede atenderse para interpretar la voluntad de las partes. Son los siguientes:

a) En la mayoría de los casos en que el empresario o contratista es comerciante o fabricante de los bienes que haya de entregarse en virtud del contrato habrá compraventa.

b) Es una presunción en favor del contrato de ejecución de obra que la obra se realice conforme a un plan especial para el caso concreto.

c) Si el contrato se concreta con un sujeto hábil para la producción de determinados resultados o la construcción de ciertos objetos, se establece una presunción de que el contrato celebrado lo ha sido *intuitu personae*, y por tanto, de que es de ejecución de obra.

d) Es una presunción favorable al contrato de compraventa el que los objetos a suministrar tengan el carácter de fungibles.

e) Se presume el contrato de ejecución de obra cuando el productor asume la responsabilidad del resultado<sup>275</sup>.

A los criterios hasta aquí enumerados puede añadirse otro

---

<sup>273</sup> En este sentido LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, T.II, V.III, *Ob. Cit.*, pág. 273.

<sup>274</sup> BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, T.I, Barcelona, 1.979, pág. 94.

<sup>275</sup> En nuestra opinión, este factor es cuanto menos discutible. Ciertamente, como quedó dicho en páginas anteriores y reiteraremos más adelante, por nuestra parte entendemos que el contratista, si bien asume, a falta de pacto en contrario, los riesgos de la pérdida de la cosa anterior a su entrega, no se compromete, por regla general, a la obtención de un resultado, y, por tanto, no asume la responsabilidad de tal resultado.

que funciona, al igual que los anteriores, como un indicio de la voluntad de las partes contratantes. Es el que hace referencia a la consideración del proceso productivo en la fijación del precio del contrato: cuando para ello las partes atienden, además de al valor de la cosa que será transmitida, al montante de la actividad necesaria para su consecución, están, en verdad, fijando la retribución en función del trabajo que la relación contractual atribuye a una de las partes, y su voluntad es la de contratar una ejecución de obra (prevalece el hacer sobre el dar). Por el contrario, cuando atienden únicamente al valor de la cosa, con independencia del montante de la actividad necesaria para su creación/fabricación, celebran una compraventa (prevalece el dar sobre el hacer). La determinación del precio funciona en este caso, como ocurre en la distinción entre la compraventa y la permuta según el artículo 1.446 del C.C., como un elemento que permite distinguir dos tipos contractuales.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la distinción de estos contratos en numerosas ocasiones -ofrecemos a continuación una muestra de algunas de las sentencias más recientes-, en todas ellas utiliza algunos de los factores hasta aquí enumerados para interpretar la voluntad de las partes en aras de calificar el contrato por ellas celebrado como de compraventa o de ejecución de obra. Así puede observarse en las siguientes sentencias:

En la Sentencia de 21 de enero de 1.980<sup>276</sup> se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato por el que se encarga la fabricación de unas cintas transportadoras por precio prefijado. Del precio pactado se adeuda la cantidad de 549.476 pesetas que es objeto de reclamación de cantidad. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda condenó a la entidad demandada Bodegas Monte Viejo, S.L., a pagar al actor la suma de 211.811 pesetas más intereses legales. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó en parte

---

<sup>276</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1.980, R.A.J. nº 24.

condenando a la demandada a que abonara al actor toda la suma adeudada más el interés legal, y la cantidad de 150.000 pesetas como importe de los trabajos de instalación convenidos y efectuados por el actor. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En este caso el Tribunal afirma: "basta leer el contrato aportado a autos y en particular su cláusula 5ª en que el montaje de las cintas transportadoras se deja a la voluntad del comprador para concluir que se trata de un simple contrato de compraventa sin que el hecho de que las cintas sean fabricadas por el vendedor pueda producir el efecto de cambiar su naturaleza jurídica puesto que tal razonamiento conduciría al absurdo de que ningún fabricante podría vender sus productos ya que todos ellos o su mayoría están formados por distintas piezas y por ello todos los contratos serían de arrendamiento de obra con aporte de materiales".

La Sentencia de 25 de abril de 1.980<sup>277</sup> resuelve el caso planteado a partir de los siguientes hechos: la entidad Casa y Jardín, S.L. encarga a Taylor Española, S.A. el suministro de una serie de "elementos para la más adecuada dotación de establecimientos mercantiles, tales como bandejas, espejos, rótulos, urnas, escaparates, etc.", y su efectiva entrega resulta probada por un precio indiscutido de 2.599.164 pesetas de las cuales sólo se han satisfecho 1.705.122, con lo que se adeudan 894.042 pesetas que son objeto de reclamación de cantidad. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia condenando a la demandada a pagar a la actora la suma adeudada más los intereses legales de dicha cantidad computados desde la fecha del emplazamiento para contestar la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

La recurrente alegaba violación de los artículos 1.588 y

---

<sup>277</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1.980, R.A.J. nº 1561.

1.598 del Código Civil, vulnerados al calificar como compraventa el contrato celebrado, pues a su entender se trataba de un contrato de ejecución de obra. La calificación del contrato como de ejecución de obra comportaría la aplicación del artículo 1.598, que es lo que se persigue, según el cual la parte que hace el encargo se reserva la aprobación de los elementos suministrados.

El Tribunal Supremo entiende la impugnación improsperable: "no se oculta que sin necesidad de pasar revista a las diversas posiciones doctrinales acerca de la distinción en las zonas dudosas entre el contrato de compraventa y el de locación de obra, hay casos como el presente en los cuales ya se atiende al criterio subjetivo de la intención de los contratantes, contemplando el producto del trabajo o *res facta* como un *dare* y prescindiendo del proceso de fabricación, ya se utilice el criterio objetivo de la prevalencia del valor de la materia, unido al de la fungibilidad de la cosa producida en serie periódica y profesionalmente por quien las elabora, con toda evidencia se ofrece un contrato de compraventa, aunque el pedido al fabricante se haga fijando a las cosas determinadas características de forma y dimensiones con lo que la única nota singular será la que comporte matizar la obligación del vendedor como entrega de cosa futura".

En Sentencia de 19 de mayo de 1.982<sup>278</sup>, el Tribunal Supremo opta por calificar el contrato de mixto de venta y arrendamiento de obra. Los hechos son los siguientes: D. Antonio G.A. y D. Manuel G.A. (demandantes) encargan a la entidad "Sociedad para la Distribución Racional de Aparatos Industriales, S.A." (demandada) el suministro, instalación y montaje de unos hornos de fusión.

Se discute en casación si el contrato celebrado es un contrato de venta, como alega la parte recurrente que pretende

---

<sup>278</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1.982, R.A.J. n° 2581.

la aplicación del plazo de prescripción de tres años que establece el artículo 1.967.4 del Código Civil, o si se trata de un contrato mixto tal como habían resuelto las instancias anteriores, por lo que el plazo de prescripción sería de quince años según dispone el artículo 1.964.2 del mismo Código.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y concluye que "el contrato originario..., los certificados de recepción de trece de los hornos suministrados, así como el presupuesto y memoria de condiciones acompañados con el contrato de referencia... constituyendo el punto central sobre el que giró la discusión fueron tenidos en cuenta, examinados e interpretados por el Juzgador, sin que por sí solos demuestren lo contrario de lo apreciado por éste, antes bien lo confirman pues en ellos se habla de "venta e instalación" e incluso en algunos de los certificados de recepción, aparecen notas de que "hay que reponer el revestimiento refractario" o "falta hacer la instalación y prueba", muestras bien elocuentes de cuanto se está exponiendo".

La Sentencia de 7 de julio de 1.982<sup>279</sup> plantea un supuesto de encargo de un dispositivo complejo que el fabricante debía instalar en lugar determinado, para el servicio de una planta industrial de hornos de fusión, por precio de 1.802.315 pesetas. Del precio pactado se había pagado únicamente la cantidad de 353.461 pesetas cuando la falta de las autorizaciones administrativas necesarias provoca una demora en el proceso de la instalación. C.E.C. Ibérica, S.A. llevó a cabo el correspondiente requerimiento notarial para que se pusiera en funcionamiento el centro de vaporización. A este requerimiento, la parte suministradora contesta exigiendo el pago del resto del precio y ofreciendo poner en funcionamiento la instalación en el plazo de un mes siguiente al pago. La reclamación de la cantidad adeudada se reitera y finalmente se interpone demanda de reclamación de cantidad.

---

<sup>279</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1.982, R.A.J. n° 4220.

El Juzgado de 1ª Instancia condena a la demandada a pagar la cantidad debida y a la demandante a que ponga en funcionamiento el centro de vaporización. La Audiencia confirma la sentencia. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

La recurrente alega la violación de los artículos 1.445 y 1.481 del Código Civil, cuya vulneración se halla representada, a su entender, por no haberse calificado el contrato objeto de la *litis* como compraventa. Entiende esta parte que, al tratarse de una compraventa, sería de aplicación el plazo de prescripción de la acción de tres años establecido en el artículo 1.967 -que es lo que se pretende-, y no el genérico de quince años para las acciones personales, establecido en el artículo 1.964.

El Tribunal Supremo afirma que "no cabe desconocer que este contrato incorpora en la modalidad considerada de obra con suministro de materiales, algunos caracteres propios de la compraventa, siquiera sea de cosa futura, pero manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto por ello a normas específicas; siendo decisivo en el caso propuesto a la interpretación el dato de que lo convenido no fue la entrega de diversos objetos inertes (depósito, compresor, vaporizador), sino la de estos materiales debidamente instalados en lugar determinado y según un proyecto".

Nos referiremos, por último a la Sentencia de 16 de septiembre de 1.985<sup>280</sup> que resuelve el siguiente supuesto: D. Jorge D.B. se comprometió a entregar -previa su fabricación- diversos materiales para el embalaje de plásticos que, en cumplimiento de lo pactado, suministró a la plena y entera satisfacción de la empresa Abayker, S.A. que hizo el encargo. Del precio fijado en 853.055 pesetas sólo fue abonada la cantidad de 250.000 pesetas. El resto fue objeto de reclamación de cantidad.

---

<sup>280</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1.985, R.A.J. n.º 4264.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El Tribunal Supremo afirma que en el pacto celebrado por las partes se observa una "muestra característica de una obligación de hacer no autónoma, sino simplemente previa para vender que constituye la prestación principal del vendedor que se compromete a entregar un objeto cierto y determinado, que no puede confundirse con el contrato de obra... en que el hacer es el objetivo y la obligación no ya principal, sino única, que requiere, en supuestos como el aquí contemplado, la entrega por el propietario, de la materia prima para su transformación por el contratista; nada de lo cual se demostró que concurriese en este caso."<sup>281</sup>

#### 4) El Objeto del contrato de ejecución de obra.

Teniendo en cuenta la definición de objeto del contrato como la realidad social o materia sobre la que recae el consentimiento<sup>282</sup>, el objeto del contrato de ejecución de obra

---

<sup>281</sup> El razonamiento de esta sentencia, en la parte que se refiere a la distinción en función al suministro de materiales es inaceptable en tanto refleja una distinción entre el contrato de compraventa y el contrato de ejecución de obra -basada en el suministro de los materiales- que aunque fue históricamente válida, actualmente debe ser rechazada.

<sup>282</sup> En este sentido DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1.985, pág. 192; y GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Comentario al artículo 1.271 del Código Civil" *Ob. Cit.*. En sentido similar DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON [*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, T.I, V.I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4ª ed., Madrid, 1.993, pág. 202] afirma que el objeto del contrato es "el bien como aquella realidad susceptible de utilidad y de interés (comportamiento de las personas en cuanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico, servicios)".

quedará representado por la ejecución de una obra y el precio cierto (art. 1.544 C.C.).

En líneas anteriores definíamos la ejecución de obra como la creación de una cosa corporal o incorporal, susceptible de ser identificada del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con plena autonomía propia, fruto de la puesta en práctica de una determinada actividad encaminada a ella.

La obligación del comitente de ejecutar la obra configura este contrato como un contrato de actividad en el que la obligación principal de una de las partes es una obligación de hacer. A esta obligación de hacer le corresponde una contraprestación cuyo montante se calculará teniendo en cuenta fundamentalmente el valor de la actividad necesaria para la consecución de la obra/resultado.

La principal característica del contrato de ejecución de obra, y la que permite distinguirlo de otros contratos de actividad, es la de originar una obligación de hacer dirigida a la creación de un nuevo objeto de derecho (una cosa *ex novo*). En este sentido puede afirmarse que el contratista se obliga a ceder al comitente el resultado de su actividad.

Precisamente la exigencia de la creación de una cosa nueva comporta que a la obligación de hacer (actividad) se añada, normalmente, la obligación de dar la cosa creada. Pero lo cierto es que la obligación de dar se instrumentaliza, aquí, para conseguir el exacto cumplimiento de la obligación de hacer (el contratista hace una obra para la otra parte). La obligación principal del contratista es una obligación de hacer (crear) una cosa *ex novo*, y de ahí que la existencia, o no, de esta cosa futura (consecución o no del resultado perseguido con la actividad) tenga incidencia en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre en la compraventa



de cosa futura, donde la existencia de la cosa se configura como una condición suspensiva (*emptio rei speratae*) que afecta a la eficacia del contrato, o como un elemento aleatorio (*emptio spei*) que atribuye el riesgo de la existencia de la cosa al comprador, y donde el vendedor no queda obligado a procurar la cosa futura, en el contrato de ejecución de obra; su existencia, o no, incide en la responsabilidad del deudor: cuando la cosa no llega a existir por una causa imputable al deudor, éste responde de los daños y perjuicios que haya ocasionado el incumplimiento al acreedor (art. 1.101 C.C.)<sup>283</sup>.

Así, pues, entendemos que debe rechazarse la tesis, sostenida por algunos autores, que defiende que el objeto del contrato de ejecución de obra queda representado por la obra y el precio<sup>284</sup>, porque esta conduce a la identificación de los objetos de los contratos de compraventa y de ejecución de obra. En ambos casos, el objeto lo constituiría la cosa y el precio.

Tomando como base las consideraciones realizadas hasta el momento en torno al contrato de ejecución de obra, proponemos a continuación la siguiente definición: contrato en cuya virtud una parte se obliga a crear una cosa corporal, obtenida a través de la especificación de unos materiales, o incorporeal, susceptible de ser identificada con independencia del resto de las cosas a las que pueda quedar incorporada y con autonomía propia, y a entregarla a la otra parte a cambio de un precio cierto.

---

<sup>283</sup> Conviene, en este punto, recordar la distinción entre riesgos y responsabilidad [Vid., págs. 108 y ss] y, concretamente, insistir, de nuevo, en la idea de que los artículos 1.589 y 1.590 del C.C. hacen referencia a estos y no a aquella.

<sup>284</sup> En este sentido ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, *Ob. Cit.*, pág. 59; LACRUZ, *Elementos...*, T.II, V.III, *Ob. Cit.*, pág. 277; Y YZQUIERDO TOLSADA, *Ob. Cit.*, págs. 47-48, entre otros.

V.- AMBITO DE APLICACION DE LOS PRECEPTOS DEL CODIGO CIVIL RELATIVOS AL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA.

Los preceptos del Código Civil regulan directamente todos los contratos de ejecución de obra por ajuste a precio alzado<sup>285</sup>, salvo los que por sus características se hallan sujetos a normas especiales, en los que son de aplicación subsidiaria.

En este caso se encuentran determinados contratos de ejecución de obra de naturaleza mercantil entre los que destacaremos el contrato de creación publicitaria, el contrato de construcción de buques y de aeronaves, y algunas modalidades del contrato de *engineering*.

También existen contratos de ejecución de obra de naturaleza laboral, sujetos a esta normativa especial. A esta afirmación nos conduce el análisis de la cuestión relativa a la delimitación de las normativas civil y laboral, y su aplicación a los contratos que tienen por objeto la realización de una obra a cambio de un precio cierto. En este caso es necesario determinar el criterio diferenciador que permite decidir cuál de estas normativas es aplicable a cada supuesto concreto.

La normativa administrativa dispone que en lo que ésta no prevea, en la regulación de los contratos administrativos, serán de aplicación las normas de Derecho privado. De ahí que deba cuestionarse si hace, en el supuesto concreto de la regulación del contrato administrativo de obra, una remisión a las normas del contrato de ejecución de obra contenidas en el Código Civil.

---

<sup>285</sup> Los contratos en virtud de los cuales una parte se obliga a ejecutar una obra a cambio de una remuneración fijada de forma distinta, carecen de regulación en el Código, aunque también deben ser calificados de arrendamientos de obra o servicios a tenor de la definición del art. 1.544. No obstante, en la mayoría de los casos será aplicable por analogía la regulación establecida para las obras por ajuste a precio alzado.