

Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Granada

RESUMEN

Entre las diversas cuestiones que pueden tener interés en un estudio de Derecho comparado sobre el contrato de obra en los ordenamientos jurídicos alemán y español, podemos señalar la responsabilidad por vicios o defectos en la obra. A diferencia de nuestro Derecho, en Alemania existe, desde la promulgación del BGB, un específico sistema de responsabilidad por vicios o defectos en cualquier obra (§§ 633 y ss.). Este sistema ha sido mejorado mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002.

El Derecho español, por el contrario, sólo tiene un régimen específico previsto para la ruina de edificios (antes el art. 1591 CC, ahora el art. 17 LOE). La falta de una regulación específica para los vicios o defectos en las demás obras suscita numerosos problemas en el orden dogmático y práctico. Las divergencias que se aprecian entre los dos ordenamientos jurídicos no es, ni mucho menos, un obstáculo para un acercamiento de ambos, sino, al contrario, permite abrir un diálogo que puede ser de interés para ambas culturas jurídicas. Precisamente por el hecho de que en Alemania hay un sistema de responsabilidad específico para todas las obras, el modelo que articula puede ser de interés para nosotros que tenemos que buscar las soluciones fuera de la regulación del contrato de obra.

Nuestro estudio, centrado sobre todo en el Derecho español, con alguna incursión en el Derecho alemán, va a tener como ejes centrales el concepto de vicio o defecto, la recepción de la obra y las soluciones legales y jurisprudenciales en caso de vicio o defecto en la obra.

PALABRAS CLAVE

Contrato de obra; construcción; cumplimiento defectuoso; responsabilidad por vicios o defectos; recepción de la obra; acciones; garantías; protección de los consumidores.

ABSTRACT

Among the various issues that may be interesting in a study of comparative law on contracts for work in German and Spanish legal systems, we can especially point at the responsibility for errors or defects in the work. Unlike in our law, in Germany there exists a specific system of liability for vices or defects in any work (§ § 633 y ss.) since the enactment of the BGB. This system has been improved by the Law of Modernisation of the Law of Obligations of 2002.

Spanish law, by contrast, has only one specific regime for the ruin of buildings (prior art. 1591 Civil Code, now article 17 LOE). The lack of specific regulation for faults or defects in other works raises many problems in the order both dogmatic ones and practical ones. The differences as they exist between the two legal systems is not an obstacle to a rapprochement between the two systems, but on the contrary, opens a dialogue that may be of interest to both legal cultures. Precisely because of the fact that Germany has a specific responsibility for all works, the model might be of interest to us as we must look for solutions outside the regulation of contract work.

Our study, which focused primarily on Spanish law, with some insight into German law, will focus on the concept of vice or defect, the reception of the work and the legal and jurisprudential solutions in case of vice or defect in the work.

KEYWORDS

Liability for latent defects; liability for lack of conformity; system of remedies; damages

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El concepto de vicios o defectos en el contrato de obra:* 1. No existe un único concepto de vicios o defectos. 2. Los vicios o defectos ocultos en la compraventa. 3. Remisión a la compraventa. 4. Los vicios o defectos en los contratos con consumidores: 4.1 La protección general de los consumidores ante defectos o deterioros. 4.2 Los vicios o defectos en la compraventa de bienes de consumo. 5. Los vicios o defectos en la construcción de edificios. 6. Recapitulación.—III. *La recepción de la obra:* 1. La recepción de la obra en el Código civil. El significado de la recepción de la obra. 2. La recepción de la obra en la LOE. Puesta a disposición y aprobación de la obra por el promotor. 3. La recepción de la obra en el frustrado Proyecto de Ley de Regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994. 4. Efectos generales de la recepción de la obra. 5. Efectos de la recepción de la obra según su tipología. 6. El Rechazo de la obra. 7. Recapitulación.—IV. *Los diversos sistemas de responsabilidad y garantías por defectos o vicios en el contrato de obra:*

1. Planteamiento. 2. El régimen general de la responsabilidad contractual. 3. El forzado recurso a las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos. 4. La responsabilidad y las garantías en la construcción inmobiliaria: 4.1 Una breve referencia a la responsabilidad decenal *ex* artículo 1591 CC. 4.2 La responsabilidad del constructor en la LOE. 5. La responsabilidad y las garantías en el contrato de obra de «consumo» por vicios o defectos. 5.1 La responsabilidad y las garantías *ex* artículo 21.1 TRLGDCU. 5.2 Breve referencia a la instalación de un producto en conexión con un contrato de venta de bienes de consumo *ex* artículo 116.2 TRLGDCU. 5.3 Brevísima incursión en el sistema de responsabilidad y de garantías por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo según los artículos 118 y ss. TRLGDCU. 6. El sistema de responsabilidad y de garantías en el contrato de obra según el fracasado Proyecto de Ley de Modificación de la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994. 7. Recapitulación.—V. *La necesidad de un sistema de responsabilidad por vicios o defectos en el contrato de obra*: 1. Planteamiento. 2. Un nuevo enfoque. 3. Algunas propuestas concretas: 3.1 La utilidad de un solo concepto: vicio o defecto. 3.2 La elaboración de un catálogo de vicios en la obra. 3.3 El vicio jurídico en la obra. 3.4 La recepción de la obra: una definición básica. 3.5 El principio de conformidad contractual y su traslación al contrato de obra. 3.6 El principal efecto de la recepción de la obra: un sistema de responsabilidad y de garantías específico. 3.7 Algunas claves de un sistema de responsabilidad y de garantías específico. 3.8 La autoejecución.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas cuestiones que pueden tener interés en un estudio de Derecho comparado sobre el contrato de obra en los ordenamientos jurídicos alemán y español, podemos señalar la responsabilidad por vicios o defectos en la obra. A diferencia de nuestro Derecho, en Alemania existe, desde la promulgación del BGB, un específico sistema de responsabilidad por vicios o defectos en cualquier obra (§§ 633 y ss.). Este sistema ha sido mejorado mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002.

El Derecho español, por el contrario, sólo tiene un régimen específico previsto para la ruina de edificios (antes el art. 1591 CC, ahora el art. 17 LOE). La falta de una regulación específica para los vicios o defectos en las demás obras suscita numerosos problemas en el orden dogmático y práctico. Las divergencias que se aprecian entre los dos ordenamientos jurídicos no es, ni mucho menos, un obstáculo para un acercamiento de ambos, sino, al contrario, permite abrir un diálogo que puede ser de interés para ambas culturas jurídicas. Precisamente por el hecho de que en Alemania hay un sistema de

responsabilidad específico para todas las obras, el modelo que articula puede ser de interés para nosotros que tenemos que buscar las soluciones fuera de la regulación del contrato de obra.

Nuestro estudio, centrado sobre todo en el Derecho español, con alguna incursión en el Derecho alemán, va a tener como ejes centrales el concepto de vicio o defecto, la recepción de la obra y las soluciones legales y jurisprudenciales en caso de vicio o defecto en la obra.

En primer lugar, queremos examinar lo que se entiende por vicios o defectos, cuya existencia constituye el presupuesto de un régimen específico de protección del comitente. Veremos que no existe un concepto uniforme de lo que se entiende por vicios materiales. Y nos es totalmente desconocido el concepto de vicios jurídicos en el contrato de obra. La coexistencia de diversos conceptos de vicios o defectos condiciona, en gran medida, el sistema de responsabilidad que sea de aplicación al caso concreto.

En segundo lugar, un régimen de responsabilidad específico está justificado a partir de la recepción de la obra. En nuestro Derecho, a diferencia del Derecho alemán, no está tan claramente perfilada la recepción de la obra como el momento determinante del cual se derivan efectos jurídicos específicos que afectan al régimen de responsabilidad y a las garantías. Por eso, se va a examinar este acto fundamental de la fase dinámica del contrato de obra.

Y, en tercer lugar, nos centraremos en los diversos regímenes de responsabilidad que sean de aplicación para cuando una obra que se recibe resulta viciada o defectuosa. La diversidad de respuestas que da nuestro ordenamiento jurídico en esta materia es más un obstáculo que una ventaja para la protección de los intereses del comitente.

El estudio de estos tres temas nos permite comprender la necesidad que tiene nuestro ordenamiento jurídico de una regulación nueva del contrato de obra y de unas normas específicas de protección por vicios o defectos, en la que puede ser una buena referencia la regulación alemana.

II. EL CONCEPTO DE VICIOS O DEFECTOS EN EL CONTRATO DE OBRA

1. NO EXISTE UN ÚNICO CONCEPTO DE VICIOS O DEFECTOS

En el lenguaje jurídico se utiliza mucho más la palabra vicio que la palabra defecto. Aunque el término defecto puede tener un significado más amplio que el término vicio, es común utilizar ambos de

forma indistinta. Una obra que no está bien hecha es una obra defectuosa, pero también se dice que es una obra que tiene vicios. La palabra vicio tiene quizá un significado más intrínseco que la palabra defecto cuando la obra no está bien ejecutada. La palabra defecto, por el contrario, está más relacionada con la no funcionalidad del objeto (la cosa que se vende, la obra que se realiza).

El Código civil no utiliza en sede del contrato de obra más que una vez la palabra vicio, concretamente en el artículo 1591, que se ocupa de los vicios de la construcción. Sorprende la ausencia de una norma general para los vicios o defectos en la obra. No tenemos una norma general como el § 633 BGB que, en su versión antigua, se refiere al vicio de cualquier contrato de obra, que se describe como la falta de unas de las cualidades prometidas en la obra o que tiene un defecto en la obra que le quita o disminuye el valor o la utilidad para el uso corriente o presupuesto en el contrato. En la versión moderna del § 633, se introduce la distinción entre vicios materiales y vicios jurídicos. Se describe en términos semejantes cuando no hay un vicio material en el apartado segundo, y se explica también cuando no hay un vicio jurídico, diciendo el apartado segundo que *La obra está libre de vicios jurídicos si un tercero no puede hacer valer frente al comitente derecho alguno sobre la obra o únicamente los derechos que derivan del contrato*. En el BGB, la ausencia de vicios materiales y jurídicos se describe en términos amplios.

En el Proyecto de Ley de modificación de la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994 aparecen a lo largo del texto los términos vicios o defectos (art. 1594), vicios manifiestos (art. 1591) y vicios de la construcción (art. 1599). Aunque no lo dice, es evidente que el Proyecto de Ley se refiere exclusivamente a los vicios o defectos materiales. Por otra parte, no dice lo que se entiende por vicios o defectos. Sólo en la obra de edificios se dice lo que es ruina: *Hay ruina cuando el edificio o la obra se pierde o resulta inútil para su destino*¹. No obstante, el artículo 1594 se refiere a los vicios causados por mala calidad de los materiales (suministrados por el propio comitente) y a los vicios o defectos que hagan la cosa inadecuada para su uso normal o convenido o resulten de imposible corrección (en tales casos, el comitente puede optar directamente por la resolución del contrato de obra).

¹ Ninguna reflexión merece esta ausencia de una definición –descriptiva– por parte de E. CORDERO LOBATO, en «Notas al Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra», *RDP*, 1995, pp. 875 y ss.

En el ordenamiento jurídico actual, por el contrario, para saber lo que se entiende por vicios o defectos en la obra tenemos que acudir a los diversos regímenes de responsabilidad que sean de aplicación al contrato de obra. Está, por un lado, la responsabilidad por vicios en la construcción *ex* artículos 1591 CC y 17 LOE. Por otro, la responsabilidad por vicios o defectos de la compraventa *ex* artículos 1484 y ss. CC a los que se recurre en ocasiones para proteger al comitente. En su caso, podrían ser también de aplicación, por analogía *legis*, el artículo 114 TRLGDCU. Para los vicios jurídicos se debe estar a los artículos 1474 y ss. CC. Estos preceptos prevén diversos sistemas pensados para supuestos concretos (la responsabilidad por vicios en la construcción) y para supuestos distintos al contrato de obra (vicios o defectos de la cosa vendida). Y, como marco jurídico básico, siempre se puede tener en cuenta el régimen general de la responsabilidad contractual *ex* artículos 1101 y ss. CC, incluso cuando ha tenido lugar la recepción de la obra.

2. LOS VICIOS O DEFECTOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA

Existe una cierta similitud entre la compraventa y el contrato de obra. La entrega de una cosa a cambio de un precio son elementos esenciales de uno y otro contrato. La cosa que se vende debe haberse elaborado previamente, si bien lo que se vende es la cosa en sí misma conforme con el contrato de compraventa. En el contrato de obra lo que se entrega es la obra ejecutada conforme con lo acordado por el contratista y el comitente. La afinidad del contrato de obra con la compraventa es, en este punto, aún mayor cuando el contratista aporta materiales. En la evolución del contrato de obra se aprecia una aproximación cada vez mayor a la compraventa, en particular en cuanto a las garantías por vicios o defectos. La Reforma alemana de 2002 tiene presente esta proximidad, en particular en la responsabilidad contractual por vicios o defectos (*cf.* § 651 BGB²).

Al margen de la invocación del artículo 1553 CC, que remite a las normas de saneamiento de la compraventa cuando la cosa arrendada tiene algún vicio o defecto, remisión que puede invocarse para el contrato de obra³, son pocos los casos judiciales en los que se ha aplicado la normativa de saneamiento por vicios o defectos ocultos.

² Vean el estudio específico de C. BUSCH sobre el § 651 BGB en este número, pp.189 y ss.

³ Así, expresamente, L. DíEZ-PICAZO, «Ley de Edificación y Código civil», ADC, 2000, p. 7.

3. REMISIÓN A LA COMPRAVENTA

Es en la sede de la compraventa donde hay una regulación específica de los vicios o defectos, a cuyo régimen jurídico se podría acudir –por remisión del artículo 1553 CC– para proteger al comitente a falta de una normativa específica. El saneamiento del CC está pensado para la venta de cosa específica, por lo que las soluciones que ofrece cuando existen vicios o defectos pueden trasladarse al contrato de obra, el cual, por su propia naturaleza, tiene un objeto específico, a no ser que la obra sea realizada en cadena.

Una de las obligaciones del vendedor es el saneamiento de la cosa objeto de la venta (art. 1461 CC). No es una obligación derivada del incumplimiento del contrato de compraventa por la entrega de una cosa defectuosa, sino una obligación impuesta por el legislador al vendedor para proteger al comprador⁴. La satisfacción del comprador se produce con la entrega de la cosa vendida. Una vez entregada, si la misma no satisface al comprador, el Código civil regula un sistema de saneamiento (arts. 1474 y ss. CC), distinguiendo entre el saneamiento en caso de evicción (vicios jurídicos), el saneamiento por defectos (vicios materiales) y el saneamiento por gravámenes ocultos de la cosa vendida (vicios jurídicos). Para el artículo 1475 CC, *tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo parte de la cosa comprada*⁵. El artículo 1484 CC se ocupa de los vicios materiales, distinguiendo entre defectos ocultos, defectos manifiestos y defectos que pudieron detectarse fácilmente por el comprador por razón de su oficio o profesión. Sólo por los defectos ocultos responde el vendedor. Aunque el artículo 1484, cuando se refiere a los defectos ocultos, nos habla de cosa impropia para el uso a que se destina la cosa vendida o de expectativas del comprador que no se ven satisfechas por la disminución del uso a causa de los defectos, es requisito, en cualquier caso, que haya un defecto oculto. Lógicamente el defecto oculto ha de tener una cierta gravedad. Así lo viene exigiendo la jurisprudencia desde siempre (*ad exemplum* STS de 31 de enero de 1970 –RJA 370–). No obstante, cabe precisar que la gravedad es

⁴ Debe señalarse que en la doctrina española siempre ha sido muy vivo el debate en torno a si las acciones edilicias tienen su basamento en el incumplimiento o en el cumplimiento defectuoso o responden a un sistema especial de protección. *Vid.* la exposición doctrinal de N. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, prólogo A. M. MORALES MORENO, Madrid, 1996, pp. 138 y ss.

⁵ Por todos, R. DURÁN RIVACOBIA, *Evicción y saneamiento*, prólogo de A. de FUENMAYOR Y CHAMPÍN, Cizur Menor (Navarra), 2002.

una exigencia para cuando se hace valer la acción redhibitoria. Sin embargo, no es nada claro cuándo un defecto es oculto. Es la jurisprudencia la que ofrece algunos criterios⁶. Son defectos ocultos, *deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultan la utilidad de lo adquirido* (SSTS de 17 de febrero de 1994 –RJA 1621–, 28 de febrero de 1997 –RJA 1322– y 16 de noviembre de 2000 –RJA 9598–). El término defecto se relaciona con algo que ésta mal. No obstante, el defecto oculto tiene normalmente un carácter funcional. Hay defecto si la cosa no es útil al comprador o no es idónea o no reúne las calidades exigidas. Pero el concepto defecto tiene en el Código civil un significado más reducido que en el Derecho alemán, dado que no es defecto en sede del artículo 1484 CC la entrega de una cosa distinta o de menor cantidad (*cf.* § 633.2, párrafo último, BGB). El problema es que nuestra jurisprudencia no ha podido establecer criterios precisos y determinantes de diferenciación entre prestación defectuosa y entrega de cosa distinta de la debida (*aliud pro alio*)⁷. Esta falta de criterios ha dado lugar a una jurisprudencia insegura que no beneficia en nada al comprador. En cuanto a que el defecto ha de ser oculto y grave no deja de ser algo circunstancial, debiéndose estar a cada caso particular, lo que también explica que haya una jurisprudencia muy casuística.

La exigencia de que el vicio o defecto sea oculto ha perdido su razón de ser en una sociedad donde las obras tienen un alto nivel técnico. Incluso para un profesional es difícil percatarse de la existencia de vicios o defectos tanto en obras muebles como en obras inmuebles e inmateriales. Lo determinante no debe ser que exista un vicio o un defecto oculto, sino que lo que se entrega al comprador no es conforme con el contrato o con lo que él esperaba.

Por otra parte, el saneamiento *ex* artículos 1484 y ss. CC es de aplicación a los vicios o defectos que son aparentes, que no se deben identificar con los vicios o defectos manifiestos, que son los que podían haberse conocido por el comprador por razón de su oficio o profesión.

Los mismos criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales del defecto o vicio en la compraventa, jurisprudenciales y doctrinales del defecto o vicio en la compraventa son aplicables al contrato de obra. La invocación de las acciones de saneamiento por el comitente requiere la acreditación de que la obra que se denuncia tiene un vicio o un defecto oculto y grave. El comitente se va a encontrar con los mismos problemas que el comprador: tiene que probar que hay

⁶ Por todos, M.^a P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dir. M. Pasquau Liaño, coords. K. J. ALBIEZ DOHRMANN y A. LÓPEZ FRÍAS, t. III, ed. 2.^a, Granada, 2009. p. 3028.

⁷ *Vid.* la obra anterior, pp. 3023-3026.

propriadamente un defecto que permite el saneamiento, que es oculto y grave, lo cual va a depender muchas veces de circunstancias concretas (complejidad de la obra, conocimientos técnicos del comitente...). Si su defensa se deriva hacia el incumplimiento del contrato, porque la obra no se ajusta a lo estipulado, entonces ya no se trata de un supuesto de saneamiento, sino de un incumplimiento, cuyos requisitos son bien diferentes al saneamiento. Una diferencia sustancial con la compraventa es que en el contrato de obra el riesgo es siempre para el constructor hasta la recepción de la obra. En la compraventa, por el contrario, el riesgo es para el vendedor o el comprador según la cosa sea genérica o específica, con la particularidad de que cuando sea específica el comprador asume el riesgo desde el momento de la celebración de la compraventa. Otra singularidad importante en el contrato de obra es que la responsabilidad por defectos puede recaer, según los casos, también en el comitente.

En realidad, es escasa la jurisprudencia que resuelve supuestos judiciales de obras defectuosas con base en la normas del saneamiento *ex* artículos 1484 y ss. CC. Las obras de edificios tienen su marco legal específico en los artículos 1591 CC y 17 LOE. Sólo cuando se trata de vicios que no tienen cabida en estos marcos legales específicos, se recurre, en alguna ocasión, a las normas de saneamiento de los artículos 1484 y ss. Donde pueden tener un mayor interés estos preceptos es en el contrato de obra mueble y en el contrato de obra inmaterial. En dos resoluciones que tienen por objeto obras mobiliarias encargadas por el comitente ninguna reflexión especial se hace sobre los requisitos específicos del saneamiento. En la STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386), se aprecia que la obra textil es una manufactura de mala calidad, no siendo apta para su adaptación o norma de comercio. En ningún momento se discute que hay un defecto o vicio oculto. La falta de calidad se podía haber llevado también al incumplimiento contractual. Por eso, como dice la jurisprudencia, la aplicación de un sistema u otro, depende de las acciones que se ejerciten. Igualmente queda relegada la cuestión de si hubo defectos ocultos o no en la construcción de una maquinaria, que después fue arrendada, en la STS de 23 de abril de 1999 (RJA 2591), que, además, matiza que no es de aplicación el artículo 1591 CC.

Si ya no es muy apropiado el requisito del vicio o defecto oculto en la compraventa, menos lo es aún en el contrato de obra, donde la obra alcanza normalmente niveles técnicos altos. También en sede del contrato de obra, lo verdaderamente importante es que la obra ejecutada sea conforme con lo pactado, con lo esperado por el comitente o según los usos de la construcción (preferentemente los usos técnicos).

4. LOS VICIOS O DEFECTOS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

4.1 La protección general de los consumidores ante defectos o deterioros

La LGDCU, en su redacción originaria, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre y el actual Texto Refundido, prevén un sistema de garantías a favor del comprador. Aun cuando el antiguo artículo 11.1 y el moderno artículo 21 son normas generales, se puede afirmar que recogen unas reglas básicas de protección para los casos de defectos y deterioros en los contratos con consumidores. Es verdad que se habla en términos muy generales de productos y servicios. Cuando hay un defecto o un deterioro, el consumidor –dice la norma– puede hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el artículo 11.3.a) concedía al consumidor una garantía consistente en *la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados*. Este derecho, la reparación del producto, supuso en su momento una verdadera novedad por no estar contemplado en el régimen del saneamiento de la compraventa. Este nuevo derecho de reparación estaba pensado para la compraventa, pero que también se podía invocar en un contrato de obra. El artículo 11.3.b) establecía que *en los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular tendrá derecho a la satisfacción del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado*. Este precepto contemplaba otro nuevo derecho, cual es el derecho de sustitución de la cosa, que no es, sin embargo, opcional. Estas normas constituyeron un adelanto de lo que iba a ser después la protección del consumidor/comprador a nivel comunitario. Aunque el artículo 11.1 (versión 1984 y 2006) se refiere a contratos en general, es obvio que estaba pensado particularmente para los contratos de venta de bienes de consumo, aunque nada impedía su aplicación a otros contratos como el contrato de obra.

No se podía desconectar el artículo 11 con los artículos 25 y ss. LGDCU, que regulaban un sistema general de garantías y responsabilidades a favor del consumidor.

En el TRLGDCU, el artículo 21.1 dice igualmente que el consumidor puede reclamar las garantías en caso de defecto o deterioro.

Entre las garantías, se concede al consumidor, como en la norma antigua, la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Sin embargo, se suprime toda referencia a las demás acciones y garantías previstas en el antiguo artículo 11.3.a) y b). Y, al mismo tiempo, se añade un párrafo nuevo en el artículo 21.1 –el último– que está pensado exclusivamente para la venta de bienes de consumo: *La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el Título V del Libro II.* Este Título – arts. 114 y ss.– contempla ahora la opción del comprador de pedir la reparación o la sustitución de la cosa vendida y entregada.

Sobre la distinción que hace el nuevo texto legal entre incumplimiento y cumplimiento defectuoso nos pronunciaremos más adelante. Ahora mismo, nos interesa subrayar que tanto la LGDCU como su Texto Refundido no se refieren a vicios o defectos ocultos, sino a defectos o deterioros. El defecto o deterioro ha de referirse a calidades o a niveles de prestación según ambos textos. La doctrina defiende un concepto amplio y global del defecto o deterioro, identificándolo con la falta de conformidad. Ya en 1990, Rubio Garrido decía que es *communis opinio* el propugnar un concepto de vicio formalizado, definido por la buena fe objetiva, que desdibuja las clásicas distinciones –nunca nítidas– entre vicios, faltas de calidades y *aliud pro alio*, y las sustituye por la idea globalizadora de la «no conformidad» o de la infracción de la «expectativa legalmente esperable por el comprador»⁸. Algunos de los problemas que suscitó el artículo 11 con la Ley 23/2003, insertada ahora en los artículos 114 y ss. TRLGDCU, han sido resueltos, pero subsisten para los demás contratos de consumo. Se discute si existen diferencias entre vicios y falta de calidades, si el entonces artículo 11 y ahora artículo 21 sólo cubre vicios o falta de calidades leves, mientras que los vicios o defectos graves se deben llevar al artículo 1124 CC o al artículo 1484 CC y demás normas concordantes⁹ (siempre que las normas de saneamiento son aplicables, como, p. e., al contrato de obra). Se trata más de una cuestión de interpretación legal que otra cosa, dado que, efectivamente, la LGDCU no tenía voluntad de sustituir los sistemas tradicionales de responsabilidad contractual por un sistema nuevo. Este debate

⁸ Palabras de T. RUBIO GARRIDO, «La garantía» del artículo 11 LCU, *ADC*, 1990, p. 895.

⁹ RUBIO GARRIDO lo discute, sobre todo con A. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 896. PARRA LUCÁN, en el artículo 11 la falta de calidad puede constituir, en su caso, un vicio, pero no cualquier vicio es una falta de calidad, «Garantía del artículo 11 LGDCU», *ADC*, 1988, p. 530. Por otra parte, para esta autora, el artículo 11 comprende también los vicios aparentes (p. 534).

afectaba de alguna manera a los contratos con consumidores que no fuesen venta de bienes de consumo. La concurrencia de diferentes conceptos de defecto, los diversos planteamientos en torno a las consecuencias jurídicas por falta de idoneidad o falta de calidades y las diversas acciones que entonces tenía el consumidor para defenderse pusieron de manifiesto lo insatisfactorio que era en aquel momento nuestro sistema.

En la actualidad, este debate carece del interés debido sobre todo a la mutilación del artículo 11 LGDCU por el artículo 21 TRLGDCU, en el que desaparecen los derechos de reparación y de sustitución. Con ello, el artículo 21 ha perdido bastante de relevancia práctica¹⁰, si bien es verdad que nunca se hizo uso del antiguo artículo 11¹¹. El comitente-consumidor puede encontrar, en todo caso, una protección en las normas generales *ex* artículos 128-134.

Al margen de estas consideraciones legales, cabe preguntarse, no obstante, si el contrato de obra en el que aparece un usuario/consumidor puede equipararse a otros contratos, como la venta de bienes de consumo. Conviene diferenciar claramente entre contratos de obra estandarizados y de obras personalizadas, es decir, obras de producción industrial y concreta. En las obras personalizadas, el desequilibrio es, normalmente, menor que en otros contratos con consumidores. En todo caso, donde hay que buscar más la protección es a través del control de las condiciones generales y de las cláusulas no negociadas en contratos individuales, en concreto las que limiten la responsabilidad del empresario por defectos o vicios en la obra.

4.2 Los vicios o defectos en la compraventa de bienes de consumo

Que sepamos, en la doctrina española apenas se ha planteado la posible aplicación de las normas de la venta de bienes de consumo al contrato de obra de cosa mueble en el que el comitente tiene la condición de consumidor/usuario¹². Al igual que se puede recurrir a las normas de saneamiento de la compraventa, se puede, por qué

¹⁰ Vid. J. M. BUSTO LAGO, en la obra colectiva *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra, 2009), p. 298.

¹¹ Por las razones que sean, no ha tenido ninguna aplicación jurisprudencial. A. PARRA LUCÁN lo achaca a la formulación tan vaga del artículo 11, «Comentario al artículo 21», en *Comentarios a la Normas de Protección de los Consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, Majadahonda (Madrid), 2011, p. 289.

¹² En el apartado dedicado a los contratos a los que se aplica la normativa especial (entonces la Ley de 2003), M.^ª T. ÁLVAREZ MORENO, en la obra colectiva dirigida por S. DÍAZ ALABART, *Garantía en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2006, es partidaria de su aplicación (p. 38), pero no profundiza en las posibles consecuencias jurídicas.

no, acudir a los artículos 114 y ss. TRLGDCU, cuyo régimen de garantías tiene por principio general la conformidad del comprador con la cosa vendida y entregada. El vendedor es responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Cuándo hay conformidad, viene determinado en el artículo 116 del citado texto legal. Cuatro son los principales criterios de conformidad: la identificación del objeto del contrato, la funcionalidad objetiva y subjetiva del bien adquirido y la calidad y prestaciones habituales del bien¹³. La falta de conformidad supone que existe un defecto o un vicio, entendido en sentido amplio. Salvando las distancias del contrato de obra entre empresario y consumidor/usuario y el contrato de venta de bienes de consumo, el principio de conformidad y las reglas de conformidad de la compraventa se pueden trasladar a aquél. No olvidemos, por otra parte, que el contrato de instalación –que es un contrato de obra– cuando está vinculado a un contrato de venta de un bien de consumo, está sujeto a las mismas reglas de conformidad. El artículo 116.2 se refiere a la incorrecta instalación. Su significado es amplio, debiéndose estar a lo que es incorrecto desde el punto de vista razonable conforme con los usos o las exigencias de la buena fe¹⁴.

Una de las notas comunes de la venta de bienes de consumo y el contrato de obra es que hasta el momento de la entrega (caso de la venta) y el de la recepción (caso de la obra), el riesgo de lo que se entrega lo asume el vendedor y el contratista.

La Reforma alemana de 2002 hace coincidir el defecto o vicio material de la obra con el de la entrega de la cosa vendida y entregada, pudiendo apreciarse similitudes entre los §§ 633.2 y el § 434 BGB. Igualmente, se establece una similitud entre los §§ 633.3 y 435 BGB, que tienen por objeto los vicios jurídicos. Ha de precisarse que aunque la Directiva sirvió de revulsivo para una gran reforma de la compraventa, ésta se inspiró en el contrato de obra, que sirvió de referencia para abordar los problemas del cumplimiento defectuoso por vicios. La cuestión que hemos suscitado en el Derecho español no tiene sentido en el ordenamiento jurídico alemán por cuanto el régimen de los vicios en el contrato de obra se rige por reglas que son casi idénticas a la compraventa, en la que no se hace distinción, a estos efectos, entre la compraventa en general y la venta de bienes de consumo (ello no obsta a que existan normas especiales para esta otra venta en la que el comprador es un consumidor –*cfr.* §§ 474 y ss. BGB–).

¹³ *Vid.*, por todos, J. AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*, Granada, 2006, pp. 268 y ss.

¹⁴ AVILÉS GARCÍA, nota anterior, p. 301.

Es obvio que en nuestro Derecho no se puede equiparar la falta de conformidad con el saneamiento por los vicios o defectos ocultos, puesto que responden a sistemas distintos¹⁵. El nuevo sistema (introducido por la forzosa transposición de la Directiva 1999/44/CE) si no sustituye, al menos moderniza el sistema de saneamiento por vicios o defectos ocultos, en el que desaparecen los vicios ocultos como requisito de las acciones de saneamiento; además, el nuevo sistema comprende cualquier anomalía de calidades de cierta importancia –eso sí esenciales– y en el que tiene también cabida la figura *aliud pro alio*. Me parecen muy acertadas las palabras de Rubio Garrido, pronunciadas mucho antes, cuando afirma que la imposición de un nivel mínimo inderogable de calidad e idoneidad determina una cierta erosión del criterio tradicional del carácter oculto del vicio y una ampliación del ámbito de protección dispensable al consumidor¹⁶. Nuestro sistema está aún lejos del sistema alemán que ha optado, con carácter general, por el criterio de la *Be-schaffungsvereinbarung*, equivalente al principio de conformidad. Si se quiere proteger más al comitente, con independencia de que sea usuario, profesional o particular, haría falta, primeramente, una revisión de nuestro sistema y la elaboración de propuestas más en la línea de la falta de conformidad, como principio rector del contrato de obra.

5. LOS VICIOS O DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS

En la actualidad, el concepto de vicio o defecto en la construcción de edificios es más claro en el artículo 17 LOE que en el artículo 1591 CC. Si bien el concepto de vicio de la construcción del artículo 1591 CC está circunscrito al vicio propiamente ruinógenos, la jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de ruina hasta tal punto que es ruina cualquier imperfección o defecto relevante en la construcción. Ello ha permitido un considerable ensanchamiento jurisprudencial del concepto de ruina. Esta progresiva ampliación ha provocado que el tradicionalmente llamado sistema de responsabilidad decenal se hiciera omnipresente, desplazando las normas generales de responsabilidad contractual¹⁷ y las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos (si bien la jurisprudencia ha cuidado en subrayar sus diferencias

¹⁵ Una clara exposición se puede encontrar en la obra de N. FENOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 32 y ss.

¹⁶ Pronunciadas en 1990, *op. cit.*, p. 897.

¹⁷ Denunciado por R. BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO en su comentario de la STS de 9 de mayo de 1983, *CCJC*, 1983, p. 598.

–p. e., STS de 4 de marzo de 1998 –RJA 1039–). La ruina puede ser total o parcial, presente o futura, física, técnica o funcional¹⁸. La jurisprudencia elaborada en sede del artículo 1591 CC sigue teniendo en la actualidad un valor jurídico interpretativo: en primer lugar, para las construcciones de inmuebles que quedan fuera de la LOE y, en segundo lugar, sirve de interpretación del artículo 17 LOE.

En la LOE, el término vicio ruinógeno ha sido sustituido por expresiones más genéricas y descriptivas. El artículo 17 se refiere a vicios o defectos que causan daños materiales al edificio y especifica cuáles son esos vicios o defectos que pueden dar lugar a la responsabilidad prevista en la nueva Ley: los que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; los que afecten a elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, y los que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras¹⁹. Como veremos más adelante, ello no impide que el promotor pueda acudir a las normas generales de la responsabilidad contractual (admitido expresamente en el artículo 17.1 LOE); además, hay supuestos de defectos y daños (p. e., daños no materiales) de la construcción que no tienen encaje en el artículo 17, pero que pueden encontrar su solución en las normas del Código civil.

6. RECAPITULACIÓN

En el lenguaje jurídico se utilizan diversos términos como defecto, vicio, deterioro, incorrección, deformidad, ruina... mediante los cuales se quiere describir un hecho fáctico para denunciar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato de obra. Se añaden adjetivos como los que siguen: manifiesto, aparente, grave, oculto, ruinógeno, no ruinógeno, material, jurídico... y que sirven para determinar y delimitar posibles responsabilidades del contratista. Salvo el término vicio por ruina, los demás términos proceden de la compraventa pero han sido incorporados en el contrato de obra. Sólo razones históricas pueden explicar que no exista en el Código civil una norma general como la que existe para la compraventa. La falta de una norma general

¹⁸ Vid. la jurisprudencia resumida en el comentario del artículo 1591 CC de J. M., ABRIL CAMPOY, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dir. M. PASQUAU LIAÑO, coords. K. J. ALBIEZ DOHRMANN y A. LÓPEZ FRÍAS, t. III, Granada, 2009, pp. 3239-3240.

¹⁹ Por todos, vid. E. CORDERO LOBATO (y otros), *Régimen Jurídico de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 373 y ss.

sobre lo que se entiende por vicio o defecto, o que determine cuándo no hay vicio o defecto, ha dado lugar a una jurisprudencia poco concisa y a veces contradictoria.

El vicio o defecto de una obra tiene en el Derecho moderno otro significado, mucho más próximo a la falta de conformidad. Se puede describir el defecto de la obra o determinar en qué casos no hay defecto. Ciertamente, no cualquier defecto puede dar lugar a una protección específica, sino sólo aquél que sea sustancial, sujeto en muchas ocasiones a valoración. Por eso, es bueno que se introduzcan algunos criterios como la conformidad con la obra y la finalidad de la obra. En la actualidad, una obra que resulta viciada o defectuosa es un cumplimiento defectuoso, un incumplimiento, por cuanto el contratista tiene la obligación de realizar una obra conforme con un resultado que viene determinado previamente en el contrato de obra. Lo verdaderamente importante es que la obra que se ha encargado sea hábil, idónea, útil. Sólo entonces, el contratista ha cumplido con su obligación y se ha satisfecho el interés del comitente. El cumplimiento del contratista se determina en el momento de la recepción de la obra.

III. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

1. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL CÓDIGO CIVIL. EL SIGNIFICADO DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

Nos interesa centrarnos ahora en la recepción de la obra. Es un momento clave para que el comitente puede hacer valer las garantías frente al contratista, al ser, por norma general, el momento del cumplimiento del contrato de obra.

El Código civil no contempla de manera general este momento del contrato de obra. La recepción forma parte de la fase dinámica del contrato de obra, es decir, del cumplimiento del contrato de obra. Es, según subraya la doctrina alemana, una prestación principal (*Hauptleistung*)²⁰. Sólo los artículos 1592 y 1598.1 CC, que están pensados para supuestos muy concretos, se refieren a la recepción de la obra. Por la importancia que tiene la recepción de la obra en el cumplimiento del contrato de obra, sería bueno que hubiese una norma general en el Código civil –como la hay en el BGB (*cf.*: § 640)– que se refiriese a este momento, incluso que la definiera.

²⁰ Vean el estudio de S. SENDMEYER realizado en este número, pp. 585 y ss.

Ha sido la doctrina la que se ha ocupado especialmente de explicar lo que es la recepción de la obra²¹. En términos muy básicos, la recepción de la obra es la puesta a disposición y aprobación de la obra. La puesta a disposición significa que se ha terminado –total o parcialmente– la obra, que está ejecutada para poder ser ocupada y disfrutada por el comitente, para que la obra sea estimada «de recibo», dice la importante STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386). Pero para que la recepción de obra pueda producir efectos es necesario que el comitente haya aprobado la obra. En la recepción de la obra han de darse los dos actos, lo que los alemanes llaman un *Doppeltatbestand*. Cuando el contratista pone a disposición del comitente la obra es que considera que la obra está ejecutada según lo acordado por las partes y que puede ser aprobada por el comitente. La recepción de la obra requiere la participación de ambos sujetos del contrato de obra: el contratista y el comitente. No se trata propiamente de un negocio jurídico. No obstante, dado que la recepción de obra requiere la participación de ambos sujetos del contrato de obra, puede entenderse que se trata al menos de una actuación negocial (*geschäftsähnliche Handlung*), según la doctrina dominante en Alemania, a la que son de aplicación por analogía las normas del contrato (p. e., en materia de capacidad o de vicios)²². Conforme con lo dicho hasta ahora, para nosotros la recepción de la obra no es simplemente un acto jurídico y menos aún un acto unilateral. Es un acto que requiere la participación del contratista y el comitente, y, por tanto, tiene ciertas semejanzas con el negocio jurídico, pero sin llegar a serlo.

Dado que en la recepción de la obra intervienen ambos sujetos del contrato de obra, es necesaria la colaboración entre ellos. Cuanto mayor sea la complejidad del contrato de obra, mayor profesionalización se requiere: ello aconseja, en ocasiones, la intervención de profesionales.

²¹ Por todos, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción de la obra», *ADC*, 1978, pp. 287 y ss. En el mismo año, se publica la obra de F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, 1978, Madrid. Este autor distingue entre verificación, aceptación y entrega de la obra. Para él, la recepción de la obra requiere una participación activa del comitente, que consiste en una declaración de voluntad, en cuya virtud acepta la prestación del contratista (p. 53).

²² Para CABANILLAS SÁNCHEZ es un acto debido jurídicamente, porque si la obra ha sido correctamente construida, el comitente debe aprobarla («La recepción...», *op. cit.*, p. 299). SÁNCHEZ CALERO es de la misma opinión, *op. cit.*, pp. 56-57. Niega, por tanto, que la recepción de la obra sea un negocio jurídico, según defiende la doctrina italiana que cita (nota 43). Parece que L. Díez-PICAZO es de la misma opinión, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 386. También MARTÍNEZ MAS considera que la recepción de la obra es un acto jurídico obligatorio, matizando que es unilateral, *La terminación, entrega, recepción y liquidación el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, Madrid, 2001, p. 81.

La recepción de la obra puede ser expresa o tácita, pudiendo ser acordada contractualmente en el mismo contrato de obra o después. Es tácita cuando no hay reclamación en un determinado plazo (STS de 6 de mayo de 2009, RJA 2912).

La toma unilateral de posesión de la obra por el comitente no es propiamente una recepción. La STS de 22 de junio de 1996 (RJA 6607) analiza un caso donde la dueña de la obra tiene que tomar posesión de la obra ante el incumplimiento del constructor. El TS niega –correctamente– que hubiese una recepción definitiva, debiendo ser calificada, en todo caso, de provisional.

La doctrina española distingue entre la verificación y la aprobación de la obra. La verificación es un examen de la obra. Este examen de la obra en curso no sustituye el examen final ni la recepción de la obra²³. Se trata, de un acto, de alcance más o menos técnico según la complejidad de la obra, que realiza el propio comitente o un tercero. Normalmente, la verificación coincide con la terminación de la obra –total o parcial–, aunque es frecuente que se realice en momentos anteriores. Ni siquiera en el momento de la recepción de la obra la verificación requiere una mínima pericia, que en ocasiones ha de ser profesional. El comitente no tiene ningún deber específico de verificación, lo cual no le exime de ser diligente al menos en la recepción de la obra. Ahora bien, si la obra tiene un defecto manifiesto y nada dice el comitente, no se puede pedir después responsabilidad al contratista.

La aprobación implica una manifestación de voluntad de consentir la obra que se ha ejecutado. El acto de aprobación supone que el comitente ha investigado la obra conocida y que tiene pleno conocimiento de ella. Por lo tanto, tiene una particular trascendencia jurídica en el cumplimiento del contrato de obra, ya que implica que el comitente está conforme con la obra. La aprobación es el juicio emitido como resultado de la verificación –al menos hipotética– para ser aceptada después la obra. La aprobación es, en esencia, un acto de conformidad con lo que se la va a entregar, a saber, una obra terminada según lo acordado por las partes. La aprobación puede ser expresa, tácita²⁴ o presunta.

Existe un claro paralelismo entre el acto de aprobación de la obra con el acto de conformidad en la compraventa. El comitente está conforme con la obra que recibe y ejecutada según lo acordado en el contrato de obra. En la compraventa, el comprador está conforme con la cosa que se le entrega según lo acordado contractual-

²³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV...*, *op. cit.*, p. 383.

²⁴ SSTs de 29 de noviembre de 1991 (RJA 8575), 22 de marzo de 1997 (RJA 2189), 24 de septiembre de 1998 (RJA 10513).

mente. Ambos sujetos pueden demostrar su disconformidad con la cosa entregada. En el contrato de obra, incluso antes: el comitente puede manifestar su disconformidad en el momento de la verificación de la obra.

Un sector de la doctrina española distingue entre recepción y entrega de la obra. La entrega tiene para este sector un alcance jurídico-posesorio. Con la entrega de la obra, el comitente se convierte en poseedor definitivo de la obra²⁵. Es la fase final del cumplimiento del contrato de obra. Lo que persigue la entrega –en palabras de F. J. Sánchez Calero– es el paso de la cosa nueva al disfrute y posesión del comitente, no transmitir la propiedad a éste, propietario ya desde que se inició la construcción^{26 27 28}. Por norma general, la recepción de la obra coincide en el tiempo con el traspaso posesorio de la misma. Si el comitente no está conforme con la obra, no va a consentir a su favor el acto de disposición de la misma, y, por tanto, no va a tener lugar la entrega, con las consecuencias que puedan derivarse para el contratista respecto de la conservación y el riesgo de pérdida o destrucción de la obra. El TS ha acogido esta distinción, habida cuenta de que la entrega de la obra puede ser anterior o posterior a la recepción (SS 14 de octubre de 1968 –RJA 4386– y 16 junio 1994 –RJA 4927–).

La recepción de la obra requiere por norma general una verificación previa de la obra. Una verificación satisfactoria permitirá que la aprobación de la obra sea más rápida, puede tener lugar en el momento de la verificación o posteriormente. Pero el acto determinante, para poder determinar que el comitente está conforme con la obra ejecutada, es la recepción de la obra.

¿La recepción de la obra es imprescindible para el cumplimiento del contrato de obra? Para la doctrina alemana, la recepción es una prestación principal. La recepción de la obra puede estar excluida por la naturaleza o las características de la obra (p. e., una obra de teatro no se «recepiona» sino que se realiza y se cumple cuando haya caído el telón). En tal caso, la finalización o conclu-

²⁵ A juicio de Díez-PICAZO, el contratista es un servidor de la posesión o, si se prefiere, un poseedor en nombre ajeno, siendo, por tanto, un poseedor real o en concepto de dueño. *Fundamento de Derecho civil patrimonial IV...*, *op. cit.*, p. 399.

²⁶ Para Díez-PICAZO, es muy discutible que la idea de la entrega utilizada en los artículos 1589 y 1590 CC tenga el mismo alcance en materia de contrato de compraventa y en el sistema general de transmisión de la propiedad a partir del artículo 609 CC. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV...*, *op. cit.*, p. 398.

²⁷ *Op. cit.*, p. 128

²⁸ *Vid.* M.^a C., GONZÁLEZ CARRASCO, *Régimen Jurídico de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007, que distingue también en la LOE entre entrega y recepción de la obra (pp. 215 y ss.). Sin embargo, esta autora parece referirse a la entrega como acto de puesta a disposición de la obra a favor del comitente. Y la recepción como una consecuencia de la entrega o puesta a disposición. No podemos estar de acuerdo con estas significaciones dadas por esta autora, que, además, no se ajustan a lo que dice el artículo 6.1 LOE.

sión de la obra (*Vollendung des Werks*) sustituye a la recepción (*vid.* § 646 BGB). En nuestro Derecho, no se ha planteado –al menos que nosotros sepamos– la sustitución de recepción de la obra por su finalización o conclusión cuando dicha recepción no pueda tener lugar por razón de la naturaleza o de las características de su objeto. Ahora bien, es evidente que si por la naturaleza o las características de la obra no es posible la recepción de la obra, es la finalización o la conclusión de la obra la que determinará el momento del cumplimiento y, en su caso, la entrega (con efectos posesorios) de la obra.

El Código civil se refiere en dos supuestos concretos a la recepción de la obra

El artículo 1592 CC se ocupa del contrato de obra por piezas y por unidad de medida, por lo que, en principio, la recepción de la obra ha de ser parcial. En tal caso, el constructor sólo puede exigir el pago del precio por la obra recepcionada. Es una norma dispositiva que admite pacto en contrario. En el BGB de 1900, el § 641 se refiere al mismo supuesto que el artículo 1592 CC. En la actualidad, viene recogido en el § 641.1. Ahora bien, el artículo 1592 CC contiene una segunda frase, que es de mucho interés práctico. Se presume que cuando el comitente recibe la parte de la obra por pieza o unidad de medida y la paga aprueba la obra ejecutada. Se trata, por tanto, de una norma de presunción *iuris tantum* de conformidad. El BGB no contempla la presunción *iuris tantum* de conformidad del comitente con la obra por pieza o por medida que se recibe, habiéndose pagado el precio de la pieza o medida.

La presunción de conformidad no es admisible en el contrato de obra sujeto a la LOE. Sólo admite la recepción tácita de la obra (*cf.* art. 6.4).

El artículo 1598.1 CC se refiere específicamente a la aprobación del propietario, pero sólo para el caso de que se haya estipulado expresamente en el contrato de obra que sea éste quien deba aprobar la obra. Si el comitente no está conforme con la obra, entonces será un tercero –un profesional– quien deba dar la conformidad²⁹. El artículo 1598.1 CC es una norma también dispositiva, que puede ser alterada por las partes. Esta norma ha sido interpretada por la jurisprudencia con mucha flexibilidad (no es necesario que el pacto sea expreso y se puede aplicar con independencia del tipo de contrato de obra)³⁰. En el BGB no encontramos una norma como el artículo 1598 CC.

²⁹ Sobre alcance del arbitrio de un tercero se puede consultar la STS de 4 de julio de 2003 (RJA 4325).

³⁰ *Cfr.* las resoluciones citadas en el comentario de ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, pp. 3258-3259.

En relación con la LOE, se suscita la interrogante de si es de aplicación el artículo 1598-1 CC en el ámbito de la construcción de edificios. No existe en la LOE una norma que contemple el supuesto previsto en el Código Civil. El artículo 6.3 LOE, que se refiere al rechazo de la recepción de la obra por el promotor –bien no admitiendo la puesta a disposición o bien mostrando su disconformidad con la obra ejecutada–, no prevé que la conformidad pueda ser prestada por un profesional en caso de que haya un pacto de aprobación del promotor y éste no esté conforme con la obra. En realidad, el artículo 6.2 LOE exige que la recepción sea consignada en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor. La matización «al menos» significa que la obra siempre debe ser «recepcionada» por el promotor, con independencia de que intervengan terceras personas (profesionales), si así se ha pactado. Y la expresión «deberá» contiene un mandato imperativo que es inexcusable para el constructor y el promotor. Por consiguiente, de acuerdo con F. Martínez Mas, el artículo 1598.1 no tiene aplicación en el ámbito del contrato de obra de edificios³¹. Las discrepancias que pudieran surgir entre las partes, deberán ser resueltas en sede contenciosa (mediante un sistema de arbitraje o por vía judicial según lo acordado por las partes). No es posible que sea un «arbitrador» el que preste la conformidad con la obra realizada.

2. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN LA LOE. PUESTA A DISPOSICIÓN Y APROBACIÓN DE LA OBRA POR EL PROMOTOR

Es en una ley especial donde se regula expresamente la recepción de la obra. Aunque la LOE no regula el contrato de obra inmobiliaria, el legislador ha considerado oportuno dedicar un precepto a la recepción de la obra –art. 6.1– como un momento concreto del cumplimiento del contrato de obra inmobiliaria^{32 33 34}. Es a partir de ese momento cuando en la LOE erige a favor del comitente y de los usuarios de la obra un sistema responsabilidad especial y de

³¹ *Op. cit.*, p. 88.

³² El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 se refería a la recepción de la obra, así como el Anteproyecto y el Proyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1994 y 1995 y el Anteproyecto y el Proyecto de esta Ley de 1998 y 1999 respectivamente.

³³ Entre otras obras, *vid.* M.^a C. GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 215 y ss.

³⁴ Es sorprendente que Comunidades Autónomas que no tienen competencia en materia de Derecho civil regulen aspectos del contrato de obra inmobiliaria (*vid.* la Ley 8/2005, de 14 de diciembre, para la calidad de la edificación en la Región de Murcia). Estas Comunidades sólo deberían regular aspectos específicamente técnicos del contrato de obra si no quieren vulnerar el artículo 149.1. 8.^a CE.

garantías, lo que justifica plenamente que el legislador se haya ocupado específicamente de la recepción de la obra. El artículo 6.1 LOE es una pieza normativa dentro del sistema de responsabilidad y de garantías *ex* artículos 17 y ss. LOE. Dice la frase primera del artículo 6.1 que *la recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste*. Esta norma especial podría ser una norma general, es decir, del Código civil. En lugar del constructor se pone *contratista* y en lugar del promotor se pone *comitente*. Parece muy oportuno que en el futuro el Código civil se ocupe de la recepción de la obra y la defina en términos generales.

El artículo 6.1 LOE describe en lo más esencial la recepción de la obra como un acto por el cual se pone a disposición del promotor la obra, quien la debe aprobar. Entregar significa aquí poner a disposición la obra y aceptar significa aprobar la obra. Es partir de ese momento cuando se considera que se ha producido la recepción de la obra. La recepción de la obra significa que se ha cumplido el contrato de obra inmobiliaria por el constructor, dado que el promotor está conforme con la obra. Esta idea de la recepción de la obra coincide con el concepto que la doctrina alemana da esta figura jurídica, según la cual la recepción de la obra se caracteriza por dos actos (*Doppeltatbestand*). Según Cabanillas Sánchez, la necesidad de que tengan que intervenir el promotor y el constructor confiere a la recepción de obra un marcado carácter contradictorio³⁵.

No estamos de acuerdo con la distinción que hace M.^a C. González Carrasco cuando separa la entrega y la recepción de la obra y, a su vez, diferencia tres fases dentro de la recepción (verificación, aprobación y recepción propiamente dicha)³⁶. Si la entrega es la puesta a disposición de dicha obra, es que estamos hablando ya de la recepción de la obra³⁷. La verificación es, por norma general, una fase previa e independiente de la recepción, aunque puede coincidir con la recepción. Desde luego, en la construcción de inmuebles de cierta envergadura, la verificación tiene una significación especial que conviene diferenciar debidamente de la recepción de la obra. La aprobación de la obra es una las caras de la recepción, siendo la otra la puesta a disposición de la obra. La misma crítica la podemos hacer a Martínez Mas, quien diferencia entre la entrega y la recepción de la obra de edificios, y dentro de la recepción separa la verificación y la aprobación de la obra de edifi-

³⁵ «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», *RJC*, 2001-2, p. 365.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 217 y ss.

³⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ también dice que la entrega y la recepción de la obra son actos jurídicos y diversos en «Los perfiles...», *op. cit.* p. 369.

cios³⁸. En cuanto a lo que él entiende por entrega de obra, sigue la tesis de F. J. Sánchez Calero³⁹, quien, como sabemos, da a la entrega un alcance jurídico-posesorio. La puesta a disposición de la obra es la entrega de la obra, pero esta entrega tiene lugar para que el comitente apruebe la obra. Este es el verdadero significado de la puesta a disposición de la obra. El efecto del desplazamiento posesorio va por norma general implícito con la puesta a disposición de la obra. La recepción de la obra de edificios es, para Martínez Mas, un acto de aprobación que requiere la participación del constructor y del promotor⁴⁰. Pero la recepción de la obra es también la puesta a disposición de la obra. No puede haber aprobación de la obra sin su puesta a disposición del comitente. La entrega como acto de traslación posesoria de la obra tiene otro significado. Y para nosotros, la verificación no es necesariamente una fase de la recepción de la obra. Tiene una significación propia. Mediante la verificación, el comitente examina la obra y puede y debe poner en conocimiento cualquier circunstancia que pueda afectar al buen cumplimiento del contrato de obra. La verificación no requiere que la obra esté terminada, a diferencia de la recepción, donde la terminación de la obra es un presupuesto de la misma. La verificación no tiene ningún alcance liberatorio para el constructor. Con la recepción de la obra nace en la LOE un nuevo sistema de responsabilidad y de garantías.

Aunque en principio se requiere que la recepción de la obra inmobiliaria cumpla determinados requisitos formales (*cf.* art. 6.2 LOE), se admite la recepción tácita, que, en realidad, es un supuesto de aprobación tácita (*cf.* art. 6.4 LOE). Se podía esperar de una ley garantista, como es la LOE, que la recepción de la obra inmobiliaria fuese siempre expresa y por escrito⁴¹. Sin embargo, no se puede desconocer la realidad del mundo de la construcción inmobiliaria, sobre todo cuando se trata de obras de poca envergadura económica, donde son muy frecuentes prácticas poco formales para recibir la obra. Por eso, si ha transcurrido un plazo –el plazo legal es de treinta días– después de la certificación final de obra, y no ha habido oposición por parte del promotor, se entiende aprobada tácitamente la obra (el art. 6.4 LOE habla de recepción tácita).

³⁸ *Op. cit.*

³⁹ *Op. cit.*, pp. 53-54.

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 81-82.

⁴¹ La recepción de la obra pública por la Administración pública debe ser muy exhaustiva (*cf.* la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en particular el art. 218). También se requiere el cumplimiento de determinadas formalidades cuando la Administración es receptora de obras que ceden los particulares. *Vid.* G. CORTÉS CORTÉS, *La Ejecución y Recepción de las Obras en las Urbanizaciones de Iniciativa Particular*, Elcano (Navarra), 2001, pp. 257 y ss.

Según sea el tipo de edificación, la recepción de la obra adquiere una mayor o menor profesionalización, siendo necesario, en ocasiones, la intervención de profesionales cualificados.

Una diferencia sustancial con el Derecho alemán es que la certificación de la obra por sí sola no significa que haya tenido lugar la recepción de la obra, según se colige claramente del artículo 6.2 LOE⁴². El § 641a) BGB, por el contrario, equipara, previo cumplimiento de determinados requisitos, la expedición del certificado final de la obra a la recepción de la misma⁴³.

3. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL FRUSTRADO PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA DE 1994

En el frustrado Proyecto Ley de Regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994, tres artículos se refieren a la recepción de la obra. La norma más importante es el artículo 1592 del Proyecto de Ley que aquí transcribimos⁴⁴:

La obra deberá ser realizada y puesta a disposición del comitente en el plazo convenido.

A tal fin, deberá el contratista comunicar al comitente la conclusión de la obra, para que proceda a su recepción, que se realizará en el momento que ambos convengan o, en otro caso, al concluir los diez días siguientes. En la recepción de la obra podrá el comitente, con los asesoramientos que estimare convenientes, formular reservas, señalando los vicios manifiestos que apreciare, o rechazarla.

Si no hubiese existido recepción expresa, se entenderá que la recibe y aprueba si transcurren sin protesta otros diez días, o cuarenta días si se trata de obra en un inmueble, desde el término de que habla el párrafo anterior.

La norma no dice exactamente en qué consiste la recepción. Se refiere a la puesta a disposición del comitente de la obra por parte

⁴² El certificado de la obra tiene una función sobre todo económica, dado que cuando es emitido por el director de la obra es título de legitimación para reclamar al promotor el pago del precio que figura en él mismo. Sobre el certificado de obra y el control económico que permite, *vid.*, en particular, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las modificaciones del proyecto y el control económico de la obra», en *Estudios sobre el Derecho de la edificación*, dir. A. CAÑIZARES LASO, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 126 y ss.

⁴³ Este párrafo fue introducido por la Ley alemana de 30 de marzo de 2000.

⁴⁴ Por la dificultad de su localización, es preferible la transcripción íntegra de los preceptos. Se puede consultar el Proyecto de Ley en *Actualidad civil, Legislación*, 1994, pp. 1034 y ss.

del contratista, que debe tener lugar cuando la obra esté concluida en los términos pactados o si no en el plazo de diez días siguientes a la conclusión. Aunque no alude literalmente a la aprobación expresa del comitente, implícitamente la norma se refiere a esta declaración de voluntad. Esto es así porque el comitente puede formular, en su caso, las reservas correspondientes señalando los vicios manifiestos que apreciare, incluso la puede rechazar. El Proyecto de Ley admite también la recepción tácita a partir de un determinado tiempo, distinguiendo dos plazos según la obra sea inmueble o no. Se podría haber elegido una redacción sobre todo más sencilla. El artículo 6.1 LOE es un ejemplo de sencillez, y debería tomarse en cuenta en una futura reforma del Código civil.

Otra norma del Proyecto de Ley que se refiere a la recepción de la obra es el artículo 1593:

Quando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, a la decisión de peritos que nombren las partes aplicando en su caso los preceptos de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta norma se inspira claramente en el artículo 1598 CC. Al igual que éste, el artículo 1593 es una norma dispositiva. Igualmente permite un dictamen pericial, si bien se matiza que debe ser el previsto en la LEC, cuando el comitente no esté conforme con la obra (entonces la LEC de 1881).

De mayor trascendencia es el artículo 1594, en concreto, la frase primera del apartado primero, que dice:

La aprobación a que se refieren los dos artículos anteriores excluye la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos que al tiempo de la recepción de la obra fueren manifiestos, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos tácitamente por razón de su oficio o profesión.

El artículo 1594 regula un específico sistema de responsabilidad contractual por defectos de la obra. Se trata, como veremos más adelante, de una total novedad. Este sistema de responsabilidad contractual surte efectos a partir de la recepción de la obra. A partir de ese momento, se concede al comitente un conjunto de acciones para tutelar eficazmente sus intereses. Esta es la esencia del artículo 1594.

En su apartado primero, se libera sólo al contratista de la responsabilidad por vicios que sean manifiestos o que deberían haber sido conocidos –fácilmente dice el texto legal– por el comitente por razón de su oficio o profesión. Pero cuando el contratante no se puede liberar de la responsabilidad contractual, pueden caer sobre

él las acciones especiales que prevé el Proyecto de Ley. En su momento, el Proyecto de Ley tenía ciertas semejanzas con el sistema alemán entonces vigente –aunque no sabemos si realmente se tuvo en cuenta el BGB–, pero que ha sido mejorado con la Reforma de 2002. Cuando lleguemos al sistema de responsabilidad por defectos en el contrato de obra, podremos comprobar en qué medida el Proyecto de Ley de 1994 ha quedado desfasado.

Finalmente, podemos citar el artículo 1590, que sigue lo dispuesto en el vigente artículo 1592 CC, si bien introduce, al mismo tiempo, dos novedades: la primera es el pago anticipado del precio y la segunda es la supresión de la presunción de conformidad del comitente con la obra. Dice el artículo 1590:

Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.

Cuando se haya convenido que la obra se hará por piezas o por unidades podrá exigirse al comitente que la reciba por partes y que la pague en proporción.

Las cantidades que se pagaren antes de la recepción de la obra se considerarán como entregadas a cuenta del precio.

En una Reforma del Código civil, sería conveniente que se discutiera ampliamente sobre el mantenimiento de la frase segunda del artículo 1592 para los contratos de obra por piezas o por unidades de medidas.

4. EFECTOS GENERALES DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

El efecto principal de la recepción de la obra es el nacimiento de un sistema de responsabilidad y de garantías –que en nuestro Derecho no es sólo uno–, a cuyo estudio nos dedicaremos en el capítulo cuarto de nuestro trabajo. Antes de la recepción de la obra, el riesgo de la pérdida y de los defectos lo asume el contratista; tras la recepción, se traslada al comitente. Es también la recepción el momento en que ha de existir el vicio o defecto en la obra –si el vicio es conocido o cognoscible, la obra se puede recibir; pero si el comitente quiere alegar después sus derechos tiene que reservarlos expresamente (*cfr.* § 640-2 BGB)–, aunque puede manifestarse después. En este último caso, se requiere la existencia de unos plazos de garantía, pero que sólo están previstos para el contrato de obra inmobiliaria (arts. 1591 CC y 17 LOE ⁴⁵).

⁴⁵ Los efectos de la recepción de una obra sujeta a la LOE son analizados con amplitud por CABANILLAS SÁNCHEZ, en «Los perfiles...», *op. cit.*, p. 381.

La recepción de la obra determina el momento de los plazos de las acciones y de las garantías que tiene el comitente. Según el estudio de Palazón Garrido, al que me remito, la jurisprudencia ha sido totalmente imprecisa en la determinación de la recepción de la obra como el momento decisivo para el cómputo de los plazos de las acciones y de las garantías.

5. EFECTOS DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA SEGÚN SU TIPOLOGÍA

Con la recepción de la obra, que significa la puesta a disposición y aprobación de la obra ejecutada, se produce un efecto principal: la exoneración de la responsabilidad al contratista^{46 47}. Es también el momento del cómputo de las acciones que puede ejercitar el comitente en caso de que aparezcan defectos o vicios que no se pudieron conocer en el momento de la recepción de la obra. Se debe pagar el precio, salvo pacto en contrario, y se transmiten los riesgos al comitente⁴⁸. Por lo tanto, la recepción de la obra es un momento crucial en el cumplimiento del contrato de obra.

Salvo la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (que no está derogado por la LOE) y las garantías *ex* artículo 17 LOE, no hay un régimen de responsabilidad previsto específicamente para los defectos en el contrato de obra. Pero esto no significa, como veremos en el capítulo siguiente, que la recepción de la obra no tenga relevancia en el cumplimiento de los demás contratos de obra. Al contrario, cualquiera que sea el tipo de obra, la recepción es determinante para poder exigir, en su caso, responsabilidad al contratista por un cumplimiento defectuoso. Y, como dice el artículo 1594 del Proyecto de Ley de 1994, el contratista queda exonerado de cualquier responsabilidad por defectos o vicios manifiestos o que debieran haber sido conocidos en el momento de la recepción de la obra. El silencio del Código civil sobre esta cues-

⁴⁶ Sobre este particular es confusa la STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386). Mucho más clara es la STS de 16 de junio de 1994 (RJA 4927), que cita las SSTs de 25 de junio de 1970 (RJA 3759) y 20 de octubre de 1989 (RJA 6941).

⁴⁷ La STS de 10 de mayo de 1989 (RJA 3754) matiza que «si bien es cierto que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad, tal exención se ha de entender forzosamente limitada a los defectos o vicios apreciables a simple vista, pero no a aquellos otros ocultos que por desconocidos, no puede presumirse su aceptación».

⁴⁸ Por todos, P. ÁLVAREZ OLALLA, *La Responsabilidad por Defectos en la Edificación. El Código civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra, 2002), pp. 53-54.

ción ha sido resuelto por la doctrina⁴⁹ y la jurisprudencia⁵⁰, que defienden el mismo criterio.

Atendiendo a la tipología de la recepción de la obra, se pueden concretar un poco más los efectos que produce este acto jurídico en relación con la responsabilidad contractual. El principal efecto es la exoneración de la responsabilidad contractual, que se produce sólo cuando la recepción de la obra es definitiva. La recepción definitiva puede ser total –comprende toda la obra ejecutada– o parcial –comprende sólo una parte de la obra, p. e., contrato de obra por piezas o medidas⁵¹–. La recepción definitiva puede producirse de forma expresa, tácita o presunta. Se puede acordar contractualmente (*cfr.* STS de 6 de mayo de 2009, RJA 2912). La LOE parece que excluye la recepción presunta, es decir, no admite la conformidad presunta del promotor con la obra que recibe.

Un supuesto singular de recepción de la obra es la recepción provisional. Según lo que nosotros entendemos por recepción de la obra, la recepción provisional significa que el comitente se reserva la aprobación de la obra para un momento posterior, que normalmente se fijará por las partes en el contrato de obra o en el momento de la recepción provisional. Significa entonces que la obra ha sido puesta a disposición del comitente, al cual se le reserva un tiempo de examen de la misma. De lo contrario se estaría ante una mera verificación de la obra. Durante un tiempo, se reserva al comitente el examen de la obra entregada. En este sentido, la recepción provisional implica una garantía para el comitente⁵², pero nada más. Dada esta función de garantía que cumple la recepción provisional, no estamos de acuerdo con la doctrina que la considera como una exoneración al contratista de su responsabilidad por vicios manifiestos o aparentes⁵³.

⁴⁹ Este ha sido siempre también el criterio de la doctrina: CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción...», *op. cit.*, pp. 302 y ss., quien examina ampliamente la exoneración de la responsabilidad cuando son vicios aparentes; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 81-82.

⁵⁰ Afirma la STS de 17 de diciembre de 1964 (RJA 5929) que «cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exonerado de responsabilidad, salvo en el caso del artículo 1591». Esta salvedad del artículo 1591 hay que entenderla de acuerdo con el régimen particular de la responsabilidad decenal.

⁵¹ Naturalmente la recepción parcial no impide –precisa L. Díez-PICAZO– que los daños o defectos puedan aparecer sucesivamente como consecuencia de la previa existencia de vicios ocultos a los que este examen preliminar no hubiera alcanzado, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, *op. cit.*, p. 383.

⁵² Criterio también defendido por MARTÍNEZ MAS, *op. cit.*, pp. 119-121, donde recoge las voces de la doctrina española a favor de esta tesis.

⁵³ Defendida en España por CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción...», *op. cit.*, pp. 311-312 (aunque este autor, cuando analiza las diferencias entre la recepción definitiva y provisional dice que ésta es una garantía convencional) y SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 76-77.

¿Qué sentido tiene, pues, la recepción provisional? En primer lugar, puede permitir conocer mejor los defectos o vicios que tenga la obra. No siempre será fácil conocer los defectos o vicios, ya sean éstos manifiestos o aparentes, pudiéndose argumentar entonces que no existen propiamente. En cualquier caso, una recepción provisional puede permitir conocer mejor los defectos o vicios que puede tener la obra. Durante ese tiempo, se pueden conocer también posibles vicios de los denominados ocultos. Transcurrido el tiempo –fijado previamente o en un tiempo prudencial–, la falta de cualquier manifestación por parte del comitente convierte la recepción provisional en una recepción definitiva. Y es partir de ese momento, cuando se producen los efectos propios de la recepción de la obra, no antes. En el marco de la LOE se discute la viabilidad de la recepción provisional de la obra inmueble, aunque el artículo 6 no la excluye⁵⁴. Esto puede tener muchos inconvenientes, lo que aconseja, según Martínez Mas, que se no se opte por esta forma de recepción⁵⁵. En el sector público, por el contrario, la recepción de la obra siempre tiene un carácter provisional mientras no sea definitiva (*cf.* art. 218 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público).

Un supuesto diferente a la recepción provisional de la obra es la recepción con reservas. No ha sido tratada especialmente por la doctrina más antigua^{56 57}. Es la LOE la que específicamente se refiere a la recepción con reservas en los dos primeros apartados del artículo 6⁵⁸. ¿Qué significa exactamente una recepción con reservas? Nada dice al respecto la LOE. Según la doctrina científica y jurisprudencial, la recepción con reservas supone una recepción definitiva, lo que significa que la obra se ha puesto a disposición del comitente y que ha sido aprobada, salvo en lo que atañe a determinados defectos de la obra, que hasta que no sean subsana-

⁵⁴ En los comentarios a la LOE se defiende, por norma general, la viabilidad de la recepción provisional. Por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 122, donde explica su postura.

⁵⁶ Autores como CABANILLAS SÁNCHEZ y SÁNCHEZ CALERO no la tratan cuando analizan en 1978 la recepción de la obra. Se dedica CABANILLAS SÁNCHEZ a ella después con motivo del estudio de la LOE, en «Los perfiles...», *op. cit.*, pp. 363 y ss. Para este autor, la recepción con reserva es un acta de subsanación. Sólo cuando se subsanan los defectos empiezan a correr los plazos de responsabilidad y de garantías. Sobre el particular también M.^a D. ARIAS DÍAZ, en «Los presupuestos de la responsabilidad en la LOE» (II). «La recepción de la obra», en la obra colectiva *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coords. J. M. RUIZ-RICO RUIZ/M.^a L. MORENO-TORRES HERRERA, Granada, 2002, pp. 56-57.

⁵⁷ En las sentencias que se citan en la doctrina, en concreto las SSTS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386) y 16 de junio de 1994 (RJA 4927), no está muy claro que se trate de casos de recepción con reserva.

⁵⁸ Esta forma de recepción es analizada con detenimiento por GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

dos no serán aprobados por el comitente. La recepción de la obra con reservas es factible en cualquier contrato de obra. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la reserva del comitente es siempre en relación con defectos menores⁵⁹. Este es también el criterio del Proyecto de 1994 que contempla expresamente la recepción con reservas, «señalando –el comitente– los vicios manifiestos que apreciare» Se trata de un caso de incumplimiento defectuoso parcial. Durante la vigencia de la reserva, el comitente no puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento. La reserva hecha por el comitente obliga al contratista a la subsanación de los defectos. Durante ese tiempo, quedan pospuestos los efectos de la recepción de la obra con respecto a lo que está mal ejecutado por el contratista; en lo que está bien ejecutado, la recepción produce todos sus efectos. En el ámbito propio de la LOE, la recepción con reservas debe ser examinada en relación con la responsabilidad *ex lege* y el sistema de garantías establecido⁶⁰.

6. EL RECHAZO DE LA OBRA

El rechazo de la obra significa que el comitente no está conforme con la obra. Este tiene lugar cuando se ha puesto la obra a disposición del comitente, es decir, en el momento de su recepción. Asimismo, el rechazo de la obra debe estar motivado, ya que supone que existe algún tipo de incumplimiento del contrato de obra en relación con la obra puesta a disposición del comitente. Nada dice al respecto el Código civil. En el Proyecto de Ley de 1994 se alude al rechazo de la obra, pero sin establecer ningún requisito.

Es en el artículo 6.3 LOE donde se regula el rechazo de la obra, el cual, según la frase segunda del citado precepto, deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción. Un sector de la doctrina entiende que el rechazo de la obra se debe reflejar en un acta, firmada por el constructor y el promotor, con un nombre propio, que es el acta de rechazo, diferente al acta de recepción de la obra⁶¹. Otro sector, por el contrario, entiende que el rechazo de la obra puede formularse unilateralmente por escrito por el promotor, debiendo ser notifi-

⁵⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, p. 234. En sede de la LOE, MARTÍNEZ MAS considera que los defectos que pueden ser objeto de reserva son los de terminación o acabado, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁰ Por todos, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 235-236.

⁶¹ Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, «Los perfiles...», *op. cit.*, p. 389.

cado el documento al constructor⁶². Aunque el artículo 6.3 LOE se refiere al rechazo de la obra por parte del promotor por no estar terminada la obra o por no adecuarse a las condiciones contractuales, no excluye otros motivos como, p. e., que la obra no responde a lo esperado por el promotor o que no responde a los usos técnicos o del lugar, o también puede deberse al incumplimiento en el plazo de entrega de la obra. Según sea el tipo de defecto constructivo, el promotor puede hacer las reservas oportunas, siendo, en este caso, una recepción con reservas. El rechazo de la obra abre un nuevo plazo, que debe ser acordado entre las partes según exige la LOE para efectuar la recepción.

Del artículo 6.3 LOE se pueden traer algunas consecuencias para los contratos de obra civiles y mercantiles no sujetos a esta Ley. En primer lugar, el rechazo ha de ser expreso y además debe estar motivado, por lo que se aconseja que al menos se comunique al contratista el rechazo de la obra y que se le expliquen los motivos. En segundo lugar, se debe fijar un plazo –prudencial– para que pueda efectuarse nuevamente la recepción de la obra. En tercer lugar, el contratista debe acometer las reformas necesarias de la obra para que ésta pueda ser entregada y aprobada por el comitente, dentro del plazo fijado. Por último, si no se llega a un acuerdo sobre la nueva recepción el contratista puede iniciar las acciones correspondientes en defensa de sus intereses.

¿Hay algún supuesto en el que no cabe el rechazo de la obra? En la Reforma 2002 del BGB se ha insertado en el § 640.1 un nuevo precepto que dice: *No puede denegarse la recepción por vicios no sustanciales*. No tenemos una norma semejante en nuestro Derecho. Pero el criterio debería ser el mismo. Si los vicios de la obra no son sustanciales, no hay razones para su rechazo. En todo caso, el comitente puede hacer las reservas oportunas respecto de esos vicios que existen y que no son sustanciales. Como se ha indicado más arriba, la recepción de la obra con reservas sólo tiene sentido cuando los defectos son menores.

7. RECAPITULACIÓN

Es evidente que la recepción de la obra es un momento crucial en el cumplimiento del contrato de obra. Por eso, es importante que nos hayamos fijado en esta figura jurídica. Con la recepción de la

⁶² Postura defendida por ARIAS DÍAZ, *op. cit.*, pp. 54-55. Parece que también es partidario de esta tesis MARTÍNEZ MAS, que dice que el rechazo de la obra ha de ser por escrito (*op. cit.*, p. 132), lo que significa que se puede comunicar al constructor mediante un documento confeccionado unilateralmente.

obra se libera el contratista de cualquier responsabilidad, pero ello no es obstáculo para que el contratista responda por defectos que no pudieron conocerse en el momento de la recepción. Para una mayor tutela de los intereses del comitente, debería haber un sistema de responsabilidad específico (previsto sólo para la edificación –arts. 1591 CC y 17 LOE).

Nuestro legislador decimonónico no se ocupó de la recepción de la obra, lo que no se puede decir del legislador del BGB. Siendo un momento crucial en el desarrollo dinámico del contrato (una *Hauptleistung*), sería conveniente una regulación específica de la recepción de la obra en el Código civil. Precisamente el hecho de que una ley especial sea la que se ocupa de la recepción de la obra –el art. 6 LOE–, nos debe llevar a exigir al legislador que la recepción de la obra sea objeto de una regulación en el Código civil, sobre todo si se considera que el comitente debe ser merecedor de una tutela específica desde el momento de la recepción de la obra.

Puede servir de inspiración el artículo 6.1 LOE en cuanto a la descripción de la recepción de la obra. A nuestro modo de ver, este precepto acerca el significado de la recepción de la obra mucho más al concepto que tiene la doctrina alemana dominante en la actualidad, que concibe la recepción de la obra como una actuación cuasi negocial (*geschäftsähnliche Handlung*). Apoyamos esta interpretación del artículo 6.1 LOE, el cual exige la participación de ambos –promotor y constructor–, como se colige del artículo 6.2 LOE, que requiere que haya un acta firmada por ambos contratantes. En los contratos de obra, civiles y mercantiles, que no estén sujetos a la LOE, no es necesario que se adopten formalidades como las establecidas en el artículo 6.2.

La recepción de la obra es para nosotros la puesta a disposición por el contratista y la aprobación de la obra por el comitente (no sin razón la doctrina alemana habla de un *Doppeltatbestand*). Aunque pueden producirse en momentos diferentes, constituyen una unidad jurídica, en la que han de intervenir el contratista y el comitente, siendo importante que haya una colaboración entre el contratista y el comitente para que la recepción produzca los efectos necesarios. En ocasiones, la recepción de la obra puede estar altamente profesionalizada, ya que no se reduce exclusivamente a la aprobación de la obra por el comitente. Por otra parte, la verificación de la obra no forma parte de la recepción de la obra, sino que responde a un momento del desarrollo dinámico del contrato de obra. Y la entrega de la obra normalmente se produce con la recepción de la obra. De modo que lo que caracteriza a la recepción de la

obra es la puesta a disposición de la obra por el contratista a favor del comitente y la aprobación de la obra de éste.

En una futura regulación general del contrato de obra en el Código civil, es secundario que se ocupe de los diversos tipos de recepción (expresa, tácita, presunta, total o parcial, definitiva o provisional, con reservas). Lo verdaderamente importante es que el Código civil resalte la importancia de la recepción de la obra como un momento determinante en el cumplimiento del contrato de obra, estableciendo los efectos de la recepción. De ello se percató claramente Cabanillas Sánchez cuando dijo hace más de treinta años que «el análisis de la responsabilidad civil del constructor frente al comitente y frente a los terceros perjudicados por presentar vicios la obra construida, ha de efectuarse en función de la recepción definitiva»⁶³. El Proyecto de 1994 lo intentó, pero se quedó en eso. Es el momento de tomar nuevamente las iniciativas para que la recepción de la obra tenga un lugar central en la regulación del contrato de obra en el Código civil.

IV. LOS DIVERSOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS POR DEFECTOS O VICIOS EN EL CONTRATO DE OBRA

1. PLANTEAMIENTO

Hemos podido ver en el primer capítulo de nuestro trabajo que no existe un único concepto de defecto, lo cual se debe, en parte, a la falta un sistema general de responsabilidad civil del contrato de obra por cumplimiento defectuoso. El legislador del siglo XIX sólo dio una respuesta concreta a los vicios de la construcción de edificios, por lo que quedaron sin cobertura legal los vicios o defectos de las demás obras (materiales e inmateriales). Esta falta de ausencia de un régimen seguramente se debe a la influencia del Código civil francés, que sólo tiene una norma para los vicios o defectos de la construcción, y seguramente también porque el legislador español ni siquiera se lo planteó. No sucedió lo mismo en Alemania, donde el BGB tiene desde 1900 una norma central (el § 633), que concede determinadas acciones al comitente a partir de la recepción de la obra. El BGB faculta, además, al comitente para que él mismo ejecute la obra (autoejecución) cuando, después de un plazo razonable, no se cumpla por el contratista la sustitución o la repara-

⁶³ *Op. cit.*, p. 312.

ción de la obra defectuosa (*cf.* § 637 BGB). En nuestro ordenamiento jurídico, por el contrario, sólo es posible este derecho del comitente en la ejecución de una sentencia de condena (*cf.* art. 706 LEC⁶⁴). La existencia de un sistema de responsabilidad por obras defectuosas en el BGB se ha mejorado con la Reforma de 2002. Esto significa que en Alemania existe un sistema específico de responsabilidad, que se diferencia de las normas generales, y que es de aplicación desde el momento de la recepción de la obra. En nuestro sistema, por el contrario, el comitente se encuentra con diversos sistemas de responsabilidad en razón del tipo de obra. Además, nuestro sistema no excluye que el comitente pueda acudir a las normas generales de la responsabilidad contractual aún después de la recepción de la obra, habida cuenta de que las acciones resolutoria y de cumplimiento en el marco del contrato de obra tienen un encaje más propio en el artículo 1124 CC. Es por ello que nos vamos a referir brevemente a las normas generales, para examinar después las normas especiales.

Nuestro Código civil sólo incide tangencialmente en el cumplimiento defectuoso del contrato de obra por vicios o defectos. Durante la ejecución del contrato de obra, el comitente puede, en virtud del artículo 1594 CC, desistir del mismo. Eventualmente puede discutir la utilidad de la obra que hasta ese momento se haya ejecutado y que resulte defectuosa⁶⁵. Pero si considera que ha habido un incumplimiento, lo que procede es la resolución contractual del artículo 1124 CC –se exige que el defecto sea lo suficientemente sustancial para considerar que hay un incumplimiento esencial–. También se puede traer a colación el artículo 1596 CC, que determina la responsabilidad del contratista por el trabajo ejecutado por las personas que trabajan para él, incluidos los subcontratados, y por tanto por vicios o defectos de la obra, hasta su recepción.

2. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Nuestra doctrina científica y jurisprudencial no ha descartado totalmente la compatibilidad de las acciones generales de la res-

⁶⁴ *Vid.* el estudio procesal de J. C. CASTRO BOBILLO, «Cumplimiento forzoso de la obligación de reparar las deficiencias de un inmueble», en *Obligaciones y responsabilidad en el ámbito de la edificación*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 108, Madrid, 2007, pp. 101 y ss.

⁶⁵ Desde esta perspectiva, discutiéndose la utilidad de lo ejecutado antes de la terminación de la obra, cabe hablar en un sentido amplio de incumplimiento. *Vid.*, sobre el particular, A. GÁLVEZ CRIADO, *La Relevancia de la Persona en los Contratos de Obra y Servicios (Especial estudio del derecho de desistimiento)*, Valencia, 2008, pp. 57 y ss.

ponsabilidad contractual con las normas especiales⁶⁶. La compatibilidad de las acciones permite al comitente que recibe una obra defectuosa acudir a las normas generales *ex* artículos 1101 CC y ss., en lugar de hacer uso de las acciones específicas. Muchas veces es la elección de la acción la que determina *a priori* la aplicación de las normas generales en vez de las normas especiales. Cuando se examinan rigurosamente los presupuestos o requisitos de las acciones, el comitente no siempre tiene esta elección. Ancha es Castilla, y nuestra jurisprudencia es en este tema confusa y poco precisa, aun cuando proclama que las acciones generales son independientes de las acciones especiales. Así, en un contrato de obra inmobiliaria, el promotor puede pedir responsabilidad contractual al constructor al amparo del artículo 1101 CC, pero también con base en el artículo 17 LOE cuando la obra resulta defectuosa. Las acciones generales y específicas son acciones diferentes, cada una con sus requisitos, y corresponde al comitente optar por unas u otras. Sobre esta compatibilidad de acciones nos pronunciaremos más adelante. Ha de saberse que en Alemania, por el contrario, no es posible esa compatibilidad, dada la línea divisoria que existe entre las normas generales y las normas especiales por cumplimiento defectuoso en el contrato de obra (lo cual no quiere decir que no se tienen en cuenta las normas generales, como es el caso de la acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria).

La recepción de una obra con vicios o defectos es un cumplimiento defectuoso. Una amplia doctrina española, encabezada por Díez-Picazo⁶⁷ y Pantaleón⁶⁸, considera el cumplimiento defectuoso como un verdadero incumplimiento. El cumplimiento defectuoso no aparece, por razones obvias, en el Código civil. Pero no es, desde ya hace algunas décadas, un concepto desconocido por la jurisprudencia y la doctrina. Otro sector, por el contrario, contraponen el incumplimiento al cumplimiento defectuoso. La contraposición tiene sentido, dice Morales Moreno, en la medida en que el ordenamiento prevea para cada una de estas situaciones unas consecuencias jurídicas diferentes, como tradicionalmente ha ocurri-

⁶⁶ No podemos compartir, en absoluto, la opinión de SÁNCHEZ CALERO, quien considera que la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual conduce a una solución cuyas consecuencias son inadmisibles. Este autor llega a afirmar que la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual resulta inapropiada habida cuenta el particular entorno y los caracteres propios del contrato de obra (*op. cit.*, p. 89). Con este planteamiento deja fuera de protección legal cualquier defecto o vicio que no esté cubierto por el artículo 1591 CC (*cf.*: el art. 17 LOE).

⁶⁷ *Vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, ed. 6.º, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 654 y ss.; su tesis la defendió ya en ediciones anteriores (he consultado la reimpresión de 1986 de la segunda edición de 1983, p. 674).

⁶⁸ «El sistema de responsabilidad contractual», *ADC*, 1991, pp. 1050-1051.

do⁶⁹. Aun cuando en el tema que nos ocupa no existe un régimen general de responsabilidad por vicios o defectos en la obra, no cabe duda de que actualmente, a nivel legal y jurisprudencial, se mantiene esta contraposición entre incumplimiento y cumplimiento defectuoso. Aunque la tendencia más moderna es la búsqueda de un concepto de incumplimiento amplio y unitario, en el que también tiene cabida el cumplimiento defectuoso –que sustituye el saneamiento por vicios o defectos ocultos–, no deja ser un debate abierto y que suscita dudas en supuestos específicos. Al menos en relación con el Derecho alemán, que es el que nos interesa, tras la Reforma de 2002, se parte de un concepto amplio y unitario del incumplimiento, como se puede comprobar con la lectura, p. e., de los §§ 280 y 323 BGB. Esto no ha impedido que se hayan articulado reglas más específicas para contratos concretos, como p. e. para la compraventa (§§ 434 y 435 BGB) y el contrato de obra (§ 633 BGB). Las normas generales hablan de *Pflichtverletzung* (lesión del deber), mientras que las normas especiales tienen en mente la *Nichterfüllung* (incumplimiento). No existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre ambos términos. Por eso, la entrega o la recepción de una cosa con vicios o defectos se puede concebir también como una lesión de un deber (*Pflichtverletzung*) o de una prestación (*Leistungsstörung*), a saber, el deber que tiene el vendedor o el constructor de entregar la cosa sin vicios, aunque es preferible hablar aquí de una *Schlechtleistung* (cumplimiento defectuoso de la prestación). En un futuro quizá no tan lejano, el legislador español seguramente optará por un concepto de incumplimiento amplio y unitario, como el formulado en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2008^{70 71}.

En el marco de las normas generales de incumplimiento, donde, como ya se ha dicho, tiene cabida el cumplimiento defectuoso, no encontramos ninguna norma que explique qué se entiende por

⁶⁹ *La modernización del Derecho de obligaciones*, prólogo de L. Díez-PICAZO, 2006, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 77, nota 39. En sus trabajos anteriores MORALES MORENO defendía que la entrega de una cosa con vicios ocultos no es un incumplimiento del contrato de compraventa, así en «El alcance de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 661 y ss., siguiendo entonces la tesis de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que la expone en su trabajo «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 799-602.

⁷⁰ Dispone el artículo 1188-1 de la Propuesta: *Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten*. La Propuesta no se refiere específicamente al cumplimiento defectuoso, pero es evidente que la definición que da el artículo 118-1 del incumplimiento, dada su amplitud, incluye también el cumplimiento defectuoso.

⁷¹ Sobre el particular, *vid.* el primer trabajo importante de N. FENOY PICÓN, «La modernización del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, pp. 70 y ss.

incumplimiento. Salvo el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, la imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor o caso fortuito y la responsabilidad por daños y perjuicios, no existen normas generales que concreten los presupuestos de los demás casos de incumplimiento. Tenemos que recurrir a la labor de la jurisprudencia, que ha sido extraordinariamente importante, para determinar cuándo hay incumplimiento. Esta labor judicial es patente en los contratos bilaterales, en particular en sede del artículo 1124 CC, en torno al cual se han elaborado diversas líneas o máximas jurisprudenciales⁷². Es la jurisprudencia la que determina cuándo el acreedor puede ejercitar las acciones de cumplimiento o de resolución y la acción resarcitoria.

Cabe preguntarse en qué medida se encuentran en la jurisprudencia matizaciones cuando quien ejercita las acciones *ex* artículo 1124 CC es el comitente y es por un vicio o un defecto en la obra. La a veces necesaria delimitación con respecto de otras acciones más específicas, obliga a los tribunales a concretar al menos el supuesto de incumplimiento del contrato de obra que se denuncia mediante cualquiera de las acciones *ex* artículo 1124.

Ha de saberse que una línea jurisprudencial considera que el cumplimiento defectuoso no es propiamente un incumplimiento, por lo que cualquier obra defectuosa no puede ser combatida acudiendo a las acciones *ex* artículo 1124 CC. Pero habrá que preguntarse qué entiende esta jurisprudencia por cumplimiento defectuoso. En el marco de los contratos de servicios y de obra, podemos citar la STS de 25 de noviembre de 1992 (RJA 9588), en la que se defiende que para la aplicación de los artículos 1100 y 1124 CC se tiene que dar *un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato*. Esta claridad con la que se pronuncia el TS sobre los casos en los que pueden ser de aplicación los preceptos citados no siempre se da en otras resoluciones judiciales. Puede citarse la STS de 14 de marzo de 1969 (RJA 2088) que entiende, una vez calificado el contrato de arrendamiento de obra –encargo de la confección de una red de pesca–, que ha habido un incumplimiento porque no se ha entregado lo ejecutado conforme a lo encargado por el comitente, por lo que hay un verdadero incumplimiento, pero no precisa la entidad del incumplimiento. Esta sentencia desdice, aunque no explícitamente, otra línea jurisprudencial según la cual el cumplimiento defectuoso da lugar a otras acciones –que son las del artículo 1124 CC, espe-

⁷² *Vid.*, por todos, R. GARCÍA PÉREZ, *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, dir. M. PASQUAU LIAÑO, coords. K. J. ALBIEZ DOHRMANN y A. LÓPEZ, FRÍAS, t. II, ed. 2.ª, Granada, 2009, pp. 1973 y ss. y 1981 y ss.

cialmente de garantía o indemnizatorias—. Esta tesis jurisprudencial contrapone el incumplimiento al cumplimiento defectuoso.

En verdad, en muchas ocasiones, lo que se denomina cumplimiento defectuoso es, en realidad, un defecto de poca relevancia. Así, p. e., los vicios de una obra que no obstante no impiden el fin normal del contrato no es un incumplimiento, sino un cumplimiento defectuoso, que da derecho a la reparación del defecto (STS de 23 de diciembre de 1993 –RJA 10111–). El suministro de baldosas con diferentes tonalidades no autoriza al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 CC, y sólo permite la vía reparatoria o la reducción del precio (STS de 28 de octubre de 2005 –RJA 7353–). El TS habla en estos casos de incumplimiento impropio. Una defectuosidad o un mal cumplimiento excluye el artículo 1124 CC (STS de 17 de diciembre de 1984 RJA 5929–). Esta línea jurisprudencial tiene como efecto principal el de excluir *per se* la acción resolutoria del contrato de obra por un defecto de poca identidad.

En el Derecho alemán, por el contrario, que concibe el incumplimiento ampliamente, los casos resueltos en las dos primeras sentencias citadas serían de incumplimiento, por lo que sería viable la resolución (*cf.* § 634 BGB), pero, para que proceda, se tienen que dar determinados requisitos (también cabe pedir la reducción del precio). Pero antes de ejercitar cualquiera de estos dos derechos, se debe pedir el cumplimiento posterior (la resolución y la reducción del precio son en el Derecho alemán remedios excepcionales).

En nuestro Derecho, para que proceda la resolución *ex* artículo 1124 CC, según la jurisprudencia, es necesario, sin embargo, que la obra sea inhábil o inútil o que no responda al fin deseado (esto se puede comprobar perfectamente en casos de compraventa en los que se entrega una cosa con defectos). Por otra parte, la acción del cumplimiento *ex* artículo 1124 CC permite al comitente pedir la sustitución o la reparación de la obra (la sustitución puede ser una buena opción para las obras mobiliarias o inmateriales defectuosas). En lugar de primar el cumplimiento posterior, en nuestro Derecho el cumplimiento posterior a instancia del acreedor es totalmente opcional. El sistema general no faculta al comitente accionar la reducción del precio. Uno de los grandes inconvenientes de las acciones *ex* artículo 1124 es su excesivo plazo [quince años conforme al artículo 1964 CC; en el BGB, según los casos, dos, tres y cinco años –*cf.* § 634 a) BGB–].

Desde hace algún tiempo, se puede apreciar una cierta neutralización del incumplimiento⁷³. Salvo para la responsabilidad por daños

⁷³ Para MORALES MORENO, el concepto de incumplimiento se debe formular más allá de los deberes de conducta. «Problemas que plantea la unificación del concepto de

(donde rige la imputación subjetiva del deudor *ex art.* 1101 CC), no es determinante el comportamiento del deudor. Esta neutralización tiene especial relevancia en el contrato de obra, si bien la neutralización se ha logrado desde hace tiempo en nuestra jurisprudencia, por la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultado.

3. EL FORZADO RECURSO A LAS NORMAS DE SANEAMIENTO POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS

La ausencia de un régimen específico de responsabilidad por defectos o vicios en la obra, con independencia del tipo de obra, ha llevado sobre todo a los juristas prácticos y a la jurisprudencia (si bien siempre con matizaciones) a buscar en los artículos 1484 y ss. CC una cobertura legal o al menos a resolver los problemas que suscitan los vicios en la obra conforme con el modelo de la compraventa –es curioso que en Alemania, la Reforma 2002 de la compraventa se hizo teniendo en cuenta también el modelo de responsabilidad que regía entonces para el contrato de obra–. La cercanía del contrato de obra con la compraventa y la remisión del artículo 1553 CC a las normas de saneamiento (aunque pensada para los contratos de arrendamientos de cosas) permiten pensar en el saneamiento por vicios o defectos ocultos como una de las vías legales para proteger al comitente. Lo mismo se podría decir del saneamiento por evicción cuando la obra que se recibe por el comitente tenga vicios jurídicos⁷⁴. La doctrina, sin embargo, es bastante escéptica sobre la aplicación de las normas de saneamiento por vicios o defectos de la compraventa. Afirma Díez-Picazo que la posible solución de aplicar por analogía las normas de los vicios ocultos en la compraventa y en el arrendamiento (a cuya categoría por lo menos teóricamente en nuestro Código Civil pertenece el contrato de obra), está llena de dificultades y tropieza, sobre todo, con el perentorio plazo de ejercicio de la acción resolutoria o de reducción de precio, que contempla el artículo 1490⁷⁵. Sánchez

incumplimiento», *Derecho de daños*, E. BARROS BOURIE, M.^a PAZ GARCÍA RUBIO y A. MORALES MORENO, Madrid, 2009, p. 209. Para este civilista, el concepto de incumplimiento es a partir del nuevo sistema que instaura la CISG totalmente neutro. Únicamente expresa que le interesa que el interés no ha quedado satisfecho conforme a las exigencias del contrato; o, dicho de otro modo, expresa la falta de realización del contrato en sus propios términos (p. 212).

⁷⁴ Que sepamos no ha sido tratado específicamente por la doctrina española. En la obra más extensa y específica, *Evicción y Saneamiento*, DURÁN RIVACOPA no menciona el contrato de obra a pesar de su explícito reconocimiento de la fuerza expansiva del saneamiento por evicción a otros contratos que no sean sólo la compraventa (*vid.* pp. 67 y ss.).

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 702.

Calero es mucho más tajante al negar cualquier aplicación analógica de las normas de saneamiento, habida cuenta de que no existe identidad alguna entre el contrato de obra y la compraventa⁷⁶. No podemos compartir su opinión, que, además, no está refrendada por los textos jurídicos foráneos que se han ocupado específicamente de establecer reglas de responsabilidad después de la recepción de la obra. Hay bastantes similitudes entre una cosa que se entrega (en cuya realización no ha intervenido el vendedor) y una cosa que es realizada por el contratista y recibida por el comitente. El problema es que nuestro Derecho carece de un régimen común de responsabilidad para después de la recepción de la obra. Una postura totalmente abierta, y, por tanto, contraria, es la defendida por Cabanillas Sánchez, con motivo de su estudio sobre la LOE⁷⁷.

La negativa a la aplicación de las normas de saneamiento de la compraventa, significaría que, salvo para la construcción inmobiliaria, carecemos de unas normas de responsabilidad contractual después de la recepción de la obra, por lo que serían de aplicación las normas generales de la responsabilidad contractual. Este planteamiento supone que quedan sin cobertura de protección aquellos defectos que no pueden ser subsanados en el marco de los artículos 1101 CC y ss. (*cfr.* las máximas jurisprudenciales elaboradas en torno al art. 1124 CC). Desde este punto de vista, nos parece correcta y equitativa aquella jurisprudencia que defiende la aplicación del artículo 1484 y ss. CC o de los remedios que concede el Código civil al menos a deficiencias de menor entidad, ya que, de este modo, el comitente está protegido por el ordenamiento jurídico.

No ha sido nunca pacífica la compatibilidad entre las acciones comunes de la responsabilidad contractual y las acciones edilicias, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina⁷⁸. Las acciones edilicias son acciones específicas, aunque comparten algunas características con las acciones generales. La principal diferencia es que los supuestos de las acciones edilicias no son de incumplimiento de un deber derivado del contrato de obra⁷⁹. Entre las acciones previstas, la única acción que no es edilicia es la resarcitoria⁸⁰.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁷ «La responsabilidad civil por defectos...», *op. cit.*, p. 498.

⁷⁸ Es un debate lleno de dificultades, que en la actualidad es poco satisfactorio si se presta atención a la protección del comprador. Por todos, FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

⁷⁹ Afirma A. MORALES MORENO que «el saneamiento no está basado en el incumplimiento de un deber de prestación o de un deber accesorio de conducta», *Comentario del Código civil*, coords. Paz-Ares y otros, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 954.

⁸⁰ MORALES MORENO, *vid.* nota anterior, p. 962.

Estos problemas nunca han existido en el Derecho alemán, por la sencilla razón de que desde 1900 el BGB tiene un régimen común de responsabilidad por defectos para después de la recepción de la obra (§ 633; hasta la Reforma de 2002, este régimen común regía durante la ejecución del contrato de obra).

Algunas resoluciones niegan claramente la aplicación de los artículos 1484 y ss. al contrato de obra. Así, en la STS de 18 de abril de 1969 (RJA 2083), se argumenta que no siendo el contrato una compraventa, sino un contrato de obra, no es de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1490 CC. La STS de 3 de octubre de 1970 (RJA 3236) acoge esta doctrina cuando afirma: *Si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidos para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propios propugnadores con reservas dejan admitir las graves dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado.* En la STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386), por el contrario, se reconoce al comitente –que había encargado la fabricación de una tela, cuyo material fue aportado por el propio contratista– el derecho de saneamiento por vicios ocultos por analogía de la compraventa (en el caso judicial, el empresario había aportado los materiales para la confección de la tela).

El que se acuda al saneamiento por vicios y defectos ocultos de la compraventa es, sobre todo, por la falta de una cobertura legal específica para el contrato de obra. Hay cumplimientos defectuosos que no pueden encontrar una respuesta en el régimen general de responsabilidad contractual: cuando el defecto sea leve o aparente, cuando la resolución sea una solución excesivamente drástica, o cuando aún sea posible el cumplimiento (posterior) del contrato de obra-. En estos casos no hay más cobertura que las normas de saneamiento de la compraventa, al menos cuando el contrato de obra tiene por objeto un mueble o una obra inmaterial. Aparte del breve plazo perentorio para hacer valer los derechos por vicios o defectos ocultos (treinta días para el contrato mercantil –342 Ccom– y seis meses para el contrato mercantil –art. 1490 CC–), que acorta enormemente la protección del comitente, las normas de saneamiento suscitan otros problemas; como la necesaria prueba por el comitente de que el vicio o defecto que se denuncia sea oculto, lo cual puede dejar fuera otros defectos o vicios (los defectos aparentes o manifiestos). La prueba del carácter oculto no deja de ser una cuestión fáctica y circunstancial, sujeta siempre a la apreciación de los tribu-

nales. Quedan también fuera del saneamiento los casos de *aliud pro alio* así como la entrega de una obra de menor entidad (*cf.* § 633.2, párrafo último, BGB). Además, en sede del artículo 1486 CC no se contempla expresamente el cumplimiento posterior (sustitución o reparación de la cosa defectuosa), que puede ser de mayor interés para el comitente que el ejercicio de otras acciones como la resolución o la reducción del precio y, en su caso, la indemnización. Ello no ha impedido que la jurisprudencia haya dicho en alguna ocasión que cuando no sea de aplicación el artículo 1124 CC, lo procedente es la reparación o la reducción del precio (*vid.* STS de 28 de octubre de 2005 –RJA 7353–). En el Derecho mercantil, por el contrario, el comitente puede optar por el cumplimiento posterior (por tanto, entre la sustitución o la reparación), según el artículo 336-3 Ccom.

Una vez más, nos encontramos con criterios poco uniformes y poco satisfactorios en el saneamiento de los vicios o defectos ocultos, que, necesariamente, contaminan el contrato de obra.

4. LA RESPONSABILIDAD Y LAS GARANTÍAS EN LA CONSTRUCCIÓN INMOBILIARIA

4.1 Una breve referencia a la responsabilidad decenal *ex artículo 1591 CC*

El único régimen especial de responsabilidad por vicios o defectos en la obra es el previsto para la construcción inmobiliaria. El régimen legal *ex artículo 1591 CC* se convirtió pronto en la estrella de la responsabilidad civil por vicios o defectos en la construcción inmobiliaria, sobre todo en el momento en que se ensanchó el concepto de vicios o defectos por mor de una jurisprudencia constante y flexible, no limitándose su aplicación a los vicios ruínógenos. Este ensanchamiento de lo que se entiende por vicios o defectos en la construcción dejó arrinconadas las normas generales de la responsabilidad contractual y, por supuesto, las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos. La tradicionalmente llamada responsabilidad decenal es para la mayoría de la doctrina una responsabilidad legal o extracontractual y no una responsabilidad contractual⁸¹. Por la importancia que siempre ha tenido la construcción de inmuebles, el legislador español consideró en el siglo XIX que era necesario introducir un régimen específico de responsabilidad por vicios ruínógenos, siguiendo, así, la estela del

⁸¹ Aunque algunos autores, como SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 118, la consideran de naturaleza contractual.

Derecho francés⁸². La singularidad de la norma es que ofrece una garantía al promotor y a los adquirentes, en concreto un plazo de diez años para poder reclamar los daños y perjuicios que pudieran surgir a causa de la ruina, y otro de garantía de quince años cuando el constructor falte a las condiciones del contrato de obra⁸³. En el contrato de obra que no sea un inmueble no se conocen plazos de garantías, a no ser que se pacte expresamente por las partes.

El precepto no concreta qué se entiende por ruina y tampoco dice qué acciones pueden ejercitar el promotor y los posteriores adquirentes. Con el ensanchamiento del concepto de ruina han quedado, al final, incluidos vicios o defectos incluso de poca entidad que, sin embargo, podrían tener su encaje en las normas de saneamiento. En cuanto a las acciones que pueden ejercitar los perjudicados por una obra defectuosa acudiendo a la responsabilidad decenal, están las que siguen: la de cumplimiento posterior (consistente por norma general en la reparación), la resolutoria (muy inusual), la indemnizatoria por equivalente y la indemnizatoria por daños y perjuicios.

En la relación entre promotor y constructor, que necesariamente es contractual, nos interesa resaltar que aquél puede hacer valer también frente a éste las acciones propias del artículo 1124 CC tanto cuando los vicios o defectos se deban a la ruina del edificio como cuando lo ejecutado no se ajuste a las condiciones del contrato de obra. A favor de la aplicación del artículo 1124 CC podemos citar las SSTs de 23 de noviembre de 1964 (RJA 5453), 19 de febrero de 1970 (RJA 881)⁸⁴, 3 de octubre de 1979 (RJA 3236), 28 de septiembre de 1987 (RJA 6451), 22 de junio de 1995 (RJA 6607), 19 de mayo de 1998 (RJA 4032)⁸⁵, 2 de octubre de 2003 (RJA 6451) y 11 de octubre de 2008 (RJA 1697). Nos interesa especialmente saber si en estos casos judiciales se había producido la recepción de la obra, porque es obvio que antes siempre es factible el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 1124 CC. En los hechos que se relatan en las citadas sentencias, parece que siempre había tenido lugar la recepción de la obra. En la última sentencia que mencionamos, el TS afirma rotundamente que *en caso de ruina se puede pedir la resolución del contrato ex artículo 1124 del Código civil..., pues la acción ex artículo 1591 es compatible con la normativa general del incumplimiento*. En la compatibilidad de las acciones

⁸² El legislador francés optó por una reforma dentro del Código civil (*cf.* arts. 1792 y ss.).

⁸³ De escasa aplicación judicial, según P. ÁLVAREZ OLALLA, *La Responsabilidad por Defectos en la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 41. a

⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO no tiene en especial consideración la aplicación del artículo 1124 CC cuando se refiere a estas sentencias (*op. cit.*, p. 172, p. 198).

⁸⁵ Faculta al comitente a acumular las acciones previstas los artículos 1124 y 1591 CC (*cf.* STS 19 mayo 1998 –RJA 4032–).

puede influir el tipo de daño. En este sentido es muy clara la STS de 3 de octubre de 1979 (RJA 3236) que considera que se pueden aplicar las normas generales de responsabilidad contractual *siempre que, claro está, los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo 1124* (no se precisa claramente cuáles fueron los daños, si bien se dice que fueron debidos a la inadecuación del mortero utilizado así como por la incorrecta forma de colocación del mismo). También influye el grado de incumplimiento. La STS de 17 de diciembre de 1964 –RJA 5929– excluye el artículo 1124 en casos de incumplimiento impropio, esto es, de «defectuosidad o de mal cumplimiento». En otras resoluciones no está tan claramente formulada la tesis expuesta en la citada resolución judicial. Esta misma sentencia niega categóricamente la aplicación analógica de los artículos 1484 y ss. CC a defectos en la obra que no tienen la consideración de ruina, criterio que ha sido compartido por Cabanillas Sánchez. A su juicio, si el vicio no determina la ruina, no es de aplicación el régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos, sino el régimen de la responsabilidad contractual, pero sólo si el defecto se denuncia antes de la recepción de la obra. Si se denuncia después, el régimen es el de la responsabilidad decenal⁸⁶. Pero el problema es que entonces puede haber vicios o defectos que no tienen cabida en el artículo 1591 CC y que quedan sin una cobertura legal de protección. Esta postura es coherente con su tesis de que el artículo 1591 CC es una norma especial, negada, sin embargo, por el propio TS y por la actual LOE. En alguna sentencia se ha defendido, no obstante, la aplicación taxativa del artículo 1591 (STS de 29 de enero de 1991 –RJA 345–).

En ocasiones, el TS es totalmente abierto a la compatibilidad de ambos sistemas de responsabilidad, llegando a afirmar que *el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses* (SSTS de 2 de octubre de 2002 –RJA 6451– y 11 de febrero de 2008 –RJA 1697–).

La elección que tiene el promotor de elegir la acción de cumplimiento, sea en el ámbito del artículo 1591 CC o sea con base en el artículo 1124 CC, no siempre es factible. El Código civil no contempla expresamente el cumplimiento por equivalente, pero está plenamente admitido por la jurisprudencia⁸⁷. Corresponderá demostrar al constructor que la reparación o la sustitución de la

⁸⁶ «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979», ADC, 1980, p. 215.

⁸⁷ Sobre esta figura y el estado de la jurisprudencia, por todos, E. LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, 1999, pp. 48 y ss.

obra defectuosa es imposible o excesivamente costosa, para que el cumplimiento posterior sea sustituido por el cumplimiento equivalente.

De optarse por la resolución del contrato de obra con apoyo bien del artículo 1591CC o bien del artículo 1124 CC, el promotor deberá devolver lo que se haya construido. Por norma general, la devolución resultará imposible, lo que suscita problemas concretos que deben resolverse para evitar situaciones de enriquecimiento injusto. A esta cuestión ha respondido la STS de 3 de mayo de 1999 (RJA 3427). En el supuesto concreto quedó claro que por la naturaleza de la obra ejecutada, ésta quedaba incorporada al patrimonio de los promotores. Aun cuando había un cumplimiento defectuoso, para evitar un enriquecimiento injusto el TS ofreció la siguiente solución: al precio de la obra se le resta la depreciación económica de la misma por los defectos existentes. La cantidad que resulte debe ser pagada por el promotor (en el caso concreto, los promotores habían entregado una cantidad superior al valor de la obra defectuosa)⁸⁸. No siempre la obra ofrece una utilidad al promotor⁸⁹. En tal caso, el riesgo lo debe asumir el constructor, que debe devolver al promotor la cantidad entregada, más los intereses legales⁹⁰.

A favor de la aplicación del artículo 1124 CC, hay que señalar que entre el promotor y el constructor existe una relación contractual bilateral, por lo que si existe un defecto no conforme con el contrato de obra, aquél puede acudir a las acciones de la responsabilidad general.

4.2 La responsabilidad del constructor en la LOE

La LOE codifica en el artículo 17 la doctrina jurisprudencial desarrollada en la aplicación del artículo 1591 CC. El primer y principal agente de la edificación es necesariamente el constructor. Pero la LOE no entra en la relación contractual con el promotor, por lo que queda fuera de la regulación legal el contrato de obra de edificación, si bien algunas normas de la Ley irradian –directa e indirectamente– sobre el contrato.

El artículo 11 establece las obligaciones generales y específicas del constructor, quien debe estar a lo dispuesto en el proyecto y el contrato de obra. Al legislador le interesó principalmente regular la responsabi-

⁸⁸ Criterio defendido en casos de venta en las que no es posible la devolución de la cosa (SSTS de 6 de mayo de 1988 –RJA 4018– y 25 de abril de 2007 –RJA 2320–).

⁸⁹ Cuestión que se plantea A. MONSERRAT VALERO, *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Madrid, 2008, p. 291.

⁹⁰ Según MONSERRAT VALERO, no se puede pedir que el promotor pague el precio cuando la obra defectuosa no le ofrece ninguna utilidad, *op. cit.*, pp. 291-292.

lidad por daños y perjuicios materiales y las garantías correspondientes. El constructor no ha de responder legalmente por cualquier daño, sino sólo por los expresamente establecidos en las letras *a)* y *b)* del artículo 17.1 LOE. Esta respuesta debe darse dentro de los plazos de uno, tres y diez años desde la fecha de la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, que se fijan en atención al tipo o grado de daño (plazos de garantía). Al mismo tiempo, se establece un sistema amplio de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos materiales de la construcción en el artículo 19 LOE. Al igual que el artículo 1591 CC, también el artículo 17.3 LOE instaura un sistema de responsabilidad legal de los agentes de la edificación por daños materiales en la construcción, debiendo responder cada uno de ellos de forma personal e individualizada.

En la relación contractual del constructor con el promotor, coexisten dos sistemas de responsabilidad, esto es, la responsabilidad legal *ex* artículo 17 LOE y la responsabilidad contractual *ex* artículos 1101 y ss. CC⁹¹. Sólo así se puede entender el artículo 17.1 cuando comienza diciendo *sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*. El promotor tiene la opción de poder elegir, en función de sus intereses, la responsabilidad legal o la contractual por vicios o defectos en la construcción. El artículo 17.1 consagra la doctrina jurisprudencial favorable a la compatibilidad de ambos sistemas de responsabilidad, que es también la más flexible (*cf.* STS de 11 de febrero de 2008 –RJA 1697–).

El artículo 17 LOE establece un sistema específico de responsabilidad legal, el mal denominado sistema de responsabilidad decenal, para después de la recepción de la obra. Pero no contiene normas de responsabilidad contractual durante la ejecución de la obra⁹². Ello se debe seguramente a que el legislador no quería ocuparse directamente del contrato de obra. Estamos de acuerdo con aquellos que proponen que durante la ejecución del contrato de obra son de aplicación las normas generales de responsabilidad contractual, habida cuenta de que, sobre todo, si surgen defectos es

⁹¹ Sobre la compatibilidad de las acciones generales y la responsabilidad de la LOE se ha pronunciado M.^a L. MORENO-TORRES HERRERA, en la obra colectiva, de la que es coordinadora junto con J. M. RUIZ-RICO RUIZ, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Granada, 2002, pp. 314 y ss., pero sólo en la relación entre promotor y adquirentes. Es J. M. RUIZ-RICO RUIZ quien se ocupa directamente de esta cuestión más adelante (pp. 339 y ss.). Este autor defiende claramente la compatibilidad de ambos sistemas de responsabilidad, primero porque la ley no contiene una norma en sentido contrario (pp. 340-341); segundo, por coherencia del sistema, porque supondría crear divisiones interpretaciones poco aconsejables (pp. 341-342), y, tercero, transcurridos los plazos de garantía, se le debe dar al perjudicado la posibilidad de poder ejercitar las acciones generales, pero con la carga probatoria de tener que acreditar que el origen de los daños estaba en la actividad constructiva (pp. 342-343).

⁹² Ha sido resaltado por ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 49.

debido a un incumplimiento de las obligaciones del constructor durante la fase de la ejecución del contrato⁹³.

Seguramente en la mayoría de casos de daños materiales por vicios o defectos, el promotor acudirá al sistema de responsabilidad legal, que le puede ofrecer, en principio, más ventajas por los plazos de garantía que le concede el artículo 17.1 LOE. Pero también puede acudir a las normas de la responsabilidad contractual, en particular cuando quiere denunciar la falta de conformidad con el contrato de obra (del que también forma parte el proyecto). Al promotor le queda siempre abierta la puerta de la responsabilidad contractual cuando han caducado los plazos de garantía, según sea el tipo de vicio o defecto constructivo (uno, tres y diez años), al menos si prueba que el vicio o defecto que denuncia es debido a una falta de conformidad con el contrato de obra. La circunstancia, además, de que la LOE ha dejado fuera la regulación del contrato de obra, permite defender plenamente nuestra postura. Hay daños que quedan fuera de la cobertura de la LOE, en particular los daños no materiales y el lucro cesante, los cuales tendrán que ser reparados ora por la vía contractual⁹⁴, ora por la vía extracontractual.

Nos encontramos nuevamente con una duplicidad de normas y de sistemas de responsabilidad por vicios y defectos, esta vez en el ámbito de la edificación, que puede plantear problemas de todo tipo que requieren respuestas concretas en cada caso particular.

Pensemos sólo en la acción de cumplimiento. En virtud del artículo 17.1 LOE, el promotor puede elegir esta acción. En el apartado anterior, ya hemos expuesto algunos de los problemas que suscita la acción de cumplimiento. En el ámbito de la LOE los problemas son los mismos. Se añade la particularidad de que cuando existe un seguro de responsabilidad de vicios y defectos de construcción, la entidad aseguradora tiene la opción (de acuerdo con el art. 19.6 LOE), de pagar la indemnización o de reparar los daños constructivos. Esta opción no la tiene el constructor en caso de ser condenado al cumplimiento. En la demanda que se dirija contra el promotor y el asegurador se deben fijar, en cualquier caso, las bases de la indemnización. El artículo 19.6 LOE, cuando menciona la indemnización, en realidad está refiriéndose al cumplimiento por equivalente⁹⁵. La entidad es totalmente libre de elegir entre la reparación propiamente, lo que se llama la reparación *in natura*, que

⁹³ Es la posición de MARTÍNEZ MAS, *op. cit.*, p. 99, y que comparte ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁴ Defendido por J. M. RUIZ-RICO RUIZ, en la obra citada en la nota ante penúltima, *op. cit.*, pp. 336 y ss.

⁹⁵ Sobre el particular, F. J. PASTOR VITA, en la obra colectiva *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coords. J. M. RUIZ-RICO RUIZ y M.ª L. MORENO-TORRES HERRERA, Granada, 2002, pp. 376 y ss.

también incluye la sustitución, y el cumplimiento equivalente, sin tener que justificar el porqué de la elección. En el marco de la LOE, la condena de ambos –promotor y asegurador– ha de ser, necesariamente, distinta si en la demanda se pide el cumplimiento posterior del contrato de obra. Cuando el promotor acude a las normas generales de responsabilidad, se suscita la duda de si es de aplicación el artículo 19.6 LOE en el caso de que sea codemandada la entidad aseguradora. La expresa voluntad del promotor de optar por los artículos 1101 y ss. CC excluye la opción que tiene la aseguradora en la LOE. Ahora bien, la entidad aseguradora siempre podrá acreditar que la reparación es imposible o excesivamente costosa, bien en el procedimiento o bien en la ejecución. En tal caso, podrá ofrecer una cantidad dineraria equivalente.

El artículo 17.6-1 LOE establece reglas de imputación de responsabilidad del constructor por sus técnicos –aun literalmente se refiere al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan– y el artículo 17.6-2 LOE determina la responsabilidad del constructor por los subcontratistas⁹⁶. La primera regla de imputación es un claro supuesto de responsabilidad por hechos ajenos, siendo además una responsabilidad directa y cuasiobjetiva. Resulta indiferente que califiquemos esta responsabilidad de legal o extracontractual, incluso en la relación entre el promotor y el constructor. La misma valoración se puede hacer de la segunda regla de imputación. El promotor puede dirigirse contra el constructor para hacer valer su responsabilidad aun cuando los vicios o defectos tengan su origen en actos de los técnicos (dependientes y auxiliares) y de los subcontratistas del constructor. Desde este punto de vista, el constructor se convierte en el principal garante de la responsabilidad por los vicios o defectos en la construcción inmobiliaria⁹⁷, particularmente frente al promotor.

5. LA RESPONSABILIDAD Y LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE OBRA DE «CONSUMO» POR VICIOS O DEFECTOS

5.1 La responsabilidad y las garantías *ex* artículo 21.1 TRLGDCU

En un precepto muy generalista y programático, el TRLGDCU regula en el artículo 21.1 unos derechos muy básicos cuando se

⁹⁶ Por todos, *vid.* M. JIMÉNEZ HORWITZ, *Las responsabilidades en la subcontratación de obra*, Granada, 2009.

⁹⁷ Cabe apreciar si no una equiparación al menos una aproximación a la figura del promotor (así, M.ª J. GARCÍA ALGUACIL en la obra citada en la nota antepenúltima, pp. 160-161).

adquieren bienes y servicios de consumo. Este artículo viene encabezado con el título «Régimen de comprobación y servicios de atención al cliente». A pesar de ser una norma básica de los derechos de los consumidores, contiene algunos derechos muy concretos. El apartado primero del citado precepto se refiere concretamente al bien que se entrega con defecto o deterioro, es decir, cuando falta la conformidad. En términos muy generales, el precepto dice que «el consumidor puede reclamar con eficacia el defecto o deterioro» (p. e., reclamar ante el empresario o ante la Administración). Añade que «el consumidor puede hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación». Finalmente, otorga al consumidor un derecho concreto, cual es *la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso*. En la redacción anterior, se concedía al consumidor también el derecho de reparación, distinguiendo diversos supuestos. Con la supresión de este derecho, la eventual responsabilidad por un bien o un servicio defectuoso de consumo, que no esté sujeta a los artículos 114 y ss. TRLGDCU, ha perdido toda su relevancia práctica.

Ya se ha explicado en el capítulo primero la razón de la importante mutilación que ha sufrido el antiguo artículo 11 LGDCU en la Reforma de 2007⁹⁸. No obstante, el artículo 21 TRLDGPU cumple alguna función. Al referirse a los bienes y servicios, cabe entender que comprende también el contrato de obra inmueble, mueble e inmaterial concertado entre un empresario y un consumidor/usuario. El mentado artículo se refiere tanto al incumplimiento como al cumplimiento defectuoso (parece que el legislador vuelve a la contraposición tradicional entre uno y otro incumplimiento). El cumplimiento defectuoso hay que entenderlo en sentido amplio. En el caso de que haya un cumplimiento defectuoso en el contrato de obra, el consumidor tiene derecho a la devolución del precio entregado (total o parcial). La devolución total (no se contemplaba en la normativa anterior) presupone el ejercicio de la acción resolutoria, a la que no se refiere para nada el artículo 21.1. Esta acción resolutoria ha de ser concebida como una acción general (por lo que el plazo es de quince años). No obstante, hay autores que identifican esta acción con la acción redhibitoria como si estuviéramos ante un sistema de saneamiento⁹⁹ y otros entienden que se deben aplicar bien las normas generales o las normas de saneamiento según cómo incide el defecto en la satisfacción del interés del con-

⁹⁸ Me remito al completo estudio de AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 57 y ss. Este autor se centra, no obstante, en la relación del artículo 11 LGDCU con la venta de bienes de consumo.

⁹⁹ RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 899 y ss.

sumidor¹⁰⁰. La norma determina que la devolución debe ser la del precio de mercado y además equitativa. Este mandato legal, de significación económica, no deja de ser imprecisa. La eficacia *ex tunc* de la acción resolutoria exige la restitución recíproca de las prestaciones. El contratista debe, pues, devolver el precio entregado por el consumidor. Según la jurisprudencia, desarrollada básicamente en torno al artículo 1124 CC, la resolución *conlleva el reintegro a cada uno de los interesados en las cosas o valor de las prestaciones que realizaron por razón del contrato (ad exemplum STS de 3 de mayo de 1999 –RJA 3427–)*¹⁰¹. Por lo que respecta a la devolución del dinero, procede su restitución en la cuantía monetaria correspondiente a su valor nominalista; por tanto, no el importe que correspondería a su valor real en la fecha de su reintegro o reembolso, es decir, su valor actualizado. Aunque el artículo 21.1-1 parece decir otra cosa, la interpretación correcta debe ser la que ha defendido siempre el TS cuando se trata de la devolución de sumas dinerarias. Con la devolución del dinero se deben pagar también los intereses legales o contractuales que la suma dineraria haya producido desde su entrega al contratista (de este manera se obtiene la reintegración total de lo entregado).

Por lo que lo que se refiere a las demás acciones – cumplimiento e indemnización de daños y perjuicios–, el consumidor tendrá que acudir al Código civil, y, según nuestra postura, son de aplicación los artículos 1101 a 1107 y 1124 CC.

5.2 Breve referencia a la instalación de un producto en conexión con un contrato de venta de bienes de consumo *ex artículo 116.2 TRLGDCU*

La instalación de una cosa es un contrato de obra. Muchas veces la prestación que tiene que realizar el instalador es mínima. En otras ocasiones, requiere un mayor esfuerzo y una mayor pericia por parte del instalador. La instalación puede resultar defectuosa. En tal caso, el comitente puede hacer valer sus derechos. Como en cualquier obra defectuosa, el comitente tendrá que acudir a las acciones que permite el ordenamiento jurídico (las acciones generales de la responsabilidad o las de saneamiento).

La instalación de una cosa puede tener su causa en la venta previa de la misma, por lo que existe una conexión económica y jurídica entre la prestación consistente en la instalación de la cosa vendida y la prestación de entrega de la misma y, por tanto, una

¹⁰⁰ AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰¹ *Vid.* el estudio jurisprudencial, GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 1996 y ss.

conexión económica y jurídica entre los contratos de venta y de obra. Sin embargo, lo verdaderamente importante es que sólo se satisface al comprador si la cosa vendida se instala correctamente. Desde este punto de vista, no cabría hablar de una obligación del vendedor de sanear la instalación que resulte defectuosa, sino de un verdadero incumplimiento.

El TRLGDCU, que contempla este supuesto específicamente –por la anterior transposición de la Directiva 1999/44/CE a la Ley 23/2003– en el artículo 116.2, equipara la falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en la venta y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad¹⁰². La responsabilidad se extiende a la instalación defectuosa realizada por el propio comprador cuando se debe a instrucciones erróneas para realizar la instalación. Por consiguiente, una instalación incorrecta por el vendedor, por el dependiente o por el subcontratado es un supuesto de incumplimiento en cuanto la instalación incorrecta no satisface el interés del comprador, que consiste, principalmente, en poder usar y disfrutar de la cosa después de la instalación. En definitiva, la instalación es una obligación complementaria a la entrega del producto, cuyo incumplimiento por ser incorrecta la instalación da derecho al comprador a hacer valer los remedios que otorgan los artículos 118 y ss. TRLGDCU.

Las mismas consideraciones son perfectamente trasladables a cualquier contrato de compraventa en el que se incorpora como otra prestación la instalación de la cosa objeto del contrato. La instalación incorrecta debería ser concebida como un incumplimiento de la entrega de la cosa y, por tanto, el comprador tendría a su alcance las acciones derivadas del mismo contrato (las generales o las del saneamiento).

5.3 **Brevísima incursión en el sistema de responsabilidad y de garantías por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo según los artículos 118 y ss. TRLGDCU**

Los artículos 118 y ss. TRLGDCU contienen un nuevo sistema de responsabilidad y de garantías por falta de conformidad del comprador con la cosa vendida. La falta de conformidad es entendida como un supuesto de incumplimiento, en el cual tiene cabida cualquier cumplimiento defectuoso. Su incompatibilidad con el saneamiento por vicios ocultos es evidente (subrayado expresa-

¹⁰² Sobre el particular, ampliamente, AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

mente en el art. 117-1 TRLGDCU). Se articula un sistema de remedios, en el que el comportamiento del vendedor no tiene relevancia, quedando fuera cualquier culpa suya, pero con la singularidad de que para la acción de indemnización por daños y perjuicios la Ley remite a la legislación civil y mercantil (*vid.* art. 117-2 TRLGDCU). De este nuevo sistema de protección del comprador se pueden extraer, como veremos más adelante, algunas conclusiones importantes para el contrato de obra. Por otra parte, nos parece defendible una aplicación analógica de este sistema al contrato de obra de un producto en el que el comitente es un consumidor/usuario, particularmente por la afinidad –aunque relativa– del contrato de obra con la venta. La protección más intensa que ofrece el TRLGDCU debería regir también para el comitente que sea a la vez consumidor en un contrato de obra de un producto. No hay razones para que el comitente tenga que buscar la protección en las normas generales y de saneamiento por vicios ocultos, aunque las primeras pueden ser, en determinados casos, más beneficiosas para el comitente.

Una singularidad de la venta de bienes de consumo es que fija a favor del comprador unos plazos de garantía (*cf.* art. 123 TRLGDCU). En el contrato de obra se fijan también plazos de garantía cuando se trata de inmuebles (art. 1591 CC, art. 17 LOE). Pero es cuestionable que se puedan fijar plazos de garantía para los demás contratos de obra. La aplicación analógica puede resultar un tanto forzada en casos concretos.

6. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y DE GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE OBRA SEGÚN EL FRACASADO PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA DE 1994

El texto que se presentó por el Gobierno al Congreso en 1994 contemplaba determinadas normas de responsabilidad y de garantías durante la ejecución del contrato de obra y a partir de la recepción de esta.

En el artículo 1596 del Proyecto de Ley se conceden al comitente determinados derechos durante la ejecución del contrato para el caso de que la obra que se está ejecutando tenga defectos. En concreto, *podrá requerir al contratista para que subsane los defectos de la obra en curso y se ajuste a las condiciones pactadas o a las reglas de la diligencia profesional*. Para el caso de que los defectos sean graves o no sean subsanados, a pesar de que el con-

tratista haya sido requerido reiteradamente, el comitente tendrá el derecho *a resolver el contrato y a ser indemnizado de los daños y perjuicios que se le hubiere causado* ¹⁰³. Al contratista también se le da el derecho de resolver el contrato si el comitente ha ejercitado indebidamente la facultad de resolver el contrato (aunque no lo dice el texto, cabe pensar que comprende otros supuestos que no sean propiamente cumplimiento defectuoso).

En el artículo 1594 del Proyecto de Ley se establecen normas de protección del comitente para después de la recepción de la obra. Para el caso de una obra con vicios o defectos, se le da al comitente la opción de elegir entre el cumplimiento posterior o la rebaja del precio. El cumplimiento posterior se limita, en principio, a la reparación, esto es, a la eliminación del vicio o defecto (el texto habla de *corrección* de los vicios o defectos); pero también podría pensarse en que es viable que el comitente pida la realización de una nueva obra. Este derecho de *corrección*, que es un derecho al cumplimiento posterior, supone la principal novedad de la responsabilidad contractual por defectos en la obra. Otra novedad es que el comitente no puede pedir la resolución del contrato por cualquier vicio o defecto, sino sólo *cuando los vicios o defectos hagan la cosa inadecuada para su uso normal o convenido o resulten de imposible corrección*. El Proyecto resuelve el supuesto de cuando la obra no se pueda devolver —concretamente cuando la obra quede «incorporada a la cosa propia» del comitente—, entonces, *el contratista tendrá derecho a reclamar la utilidad que la obra reporte al comitente sin que exceda de su coste*. Esta solución legal no es exactamente la que eligió el TS en la S de 3 de mayo de 1997 (RJA 3427) para «compensar» al contratista por una obra defectuosa que quedó incorporada al patrimonio del comitente. Según se colige del texto legal, si la obra con defectos no ofrece ninguna utilidad al comitente, no cabe ninguna contraprestación. Cualesquiera de las acciones que ejercite el comitente, ello no impide que éste pueda reclamar la indemnización por daños y perjuicios. El plazo de las acciones *ex* artículo 1594 es de tres años, que se computa desde la recepción de la obra (art. 1595).

El contratista responderá ante el comitente, aunque para realizar la obra ocupe a otras personas o haya subcontratado con terceros (art. 1589-1). Esta responsabilidad por hechos ajenos rige también por vicios o defectos ocasionados por los que dependan del contratista. La responsabilidad subsiste hasta la recepción de la obra.

¹⁰³ Para algunos, el artículo 1594 CC faculta al comitente al desistimiento del contrato de obra cuando comprueba que la obra que se está ejecutando no tiene la utilidad prometida. Es obvio que la propuesta es mucho más acertada en cuanto exige un requerimiento previo de corrección de lo que no es útil en la obra que se está ejecutando.

Hay que señalar que el Proyecto de Ley contiene una norma especial para los defectos de la construcción en la edificación, el artículo 1600, que mantiene la responsabilidad decenal del Código civil. Se trata de una norma de responsabilidad legal. Mientras que los artículos 1594 y 1596 del Proyecto de Ley son normas que son de aplicación a cualquier contrato de obra.

El Proyecto de Ley introduce algunas novedades importantes si lo comparamos con el Código civil. Establece un régimen de responsabilidad específico por vicios o defectos para cualquier contrato de obra. Distingue, a su vez, las acciones que tiene el comitente durante la ejecución de la obra y después de la recepción de la obra. Otra singularidad es que en cualquiera de las fases dinámicas del contrato de obra, el comitente puede pedir la subsanación o corrección de los vicios o defectos de la obra. La subsanación y el cumplimiento posterior tienen un carácter preferente, siendo los principales remedios, junto con la indemnización de daños y perjuicios. Como remedio secundario está la resolución del contrato, debiéndose cumplir determinados requisitos. Para los remedios posteriores a la recepción de la obra se concede un plazo de tres años para el ejercicio de las acciones, que puede considerarse proporcionado.

El Proyecto de Ley se acerca bastante a la regulación de la responsabilidad del contrato de obra del BGB entonces vigente, hasta tal punto que contiene igualmente –a diferencia de la actual regulación– normas de responsabilidad contractual durante la ejecución de la obra (*cfr.* § 634 en su versión originaria)¹⁰⁴. El cumplimiento también era el remedio preferente, concretado en la reparación de la obra defectuosa (como en el BGB) y con la particularidad de que la acción de reducción del precio de la obra es otra opción junto a la reparación (las dos acciones se sitúan al mismo nivel, mientras que en el Derecho alemán –antes de la Reforma de 2002– la acción de reducción del precio tenía un carácter subsidiario –mantiene este carácter después de la Reforma 2002–). En otros aspectos el Proyecto de Ley se separa totalmente del antiguo BGB (p. e., establece un único plazo, mientras que el BGB fija distintos plazos según el tipo de obra; se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra, mientras que el BGB sólo declara nulas las cláusulas de exclusión o limitación si el contratista oculta dolosamente el vicio). El Proyecto de Ley rompe en parte con el régimen

¹⁰⁴ También existen similitudes con los artículos 1667 y 1668 del Código civil italiano (pensados para cualquier contrato de obra), subrayado por CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 34 (menos similitudes hay con el Código civil francés, dado que su regulación se ocupa sólo del contrato de construcción de inmuebles –*cfr.* arts. 1792 y ss.–).

del saneamiento por vicios ocultos, mientras que el BGB remite a los parágrafos de la compraventa para la resolución (redhibición) y la reducción del precio (*cf.* § 634 *in fine* en su versión originaria). Sin embargo hay temas que no contempla, como la finalización del contrato del contrato de obra por causa distinta a la recepción de la obra (*cf.* antiguo § 640).

Pero si comparamos este Proyecto de Ley con la actual regulación del BGB, podemos comprobar que la normativa alemana ha avanzado en la protección del comitente. A saber, el cumplimiento del contrato de obra gira en torno al principio de conformidad (*cf.* nuevo § 633.2). Comprende también los vicios jurídicos (nuevo § 632.3). La reforma reordena el sistema de acciones, con una específica regulación del cumplimiento posterior, admitiendo expresamente la acción de reparación o sustitución a elección del contratista (nuevo § 635) y de la reducción del precio (nuevo § 638). A su vez, revisa y fija nuevos plazos de prescripción [nuevo § 634 *a*]. Habrá que examinar en qué medida estas reformas introducidas con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 pueden tener algún interés para el legislador español.

7. RECAPITULACIÓN

Después de este capítulo, es más que evidente que nuestro ordenamiento jurídico no siempre es capaz de ofrecer respuestas adecuadas a los muchos problemas que suscitan los vicios o defectos en el contrato de obra. Sobre todo, la ausencia de un régimen general de garantías del contrato de obra en caso de defectos no se puede cubrir acudiendo bien a las normas generales de la responsabilidad general *ex* artículos 1101 y ss. CC o bien a las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos *ex* artículos 1484 y ss. CC. Acudiendo a una u otra normativa, se ha comprobado que su aplicación plantea cuestiones específicas en relación con el cumplimiento defectuoso de un contrato de obra por la existencia de un vicio o defecto. Las normas generales de responsabilidad contractual no están pensadas para casos de cumplimiento defectuoso. Además, la aplicación de las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos resulta igualmente poco satisfactoria. Por eso ninguna de esas normas responde a los problemas reales de una obra defectuosa por el incumplimiento del contratista, especialmente en lo que se refiere a la protección de los intereses del comitente. Pero en el cumplimiento defectuoso no se pueden ignorar totalmente los intereses del contratista. Creemos que el Derecho alemán, sobre todo después de la Reforma de 2002, ofrece un sistema de respon-

sabilidad que es capaz de conjugar los derechos del comitente y del contratista en el caso de que la obra resulte defectuosa. La configuración en el Derecho alemán de la entrega defectuosa como un supuesto de incumplimiento facilita la solución de los problemas dentro del marco del contrato de obra.

En cuanto a la responsabilidad por ruina de un edificio, los ordenamientos jurídicos siempre han articulado un sistema específico, pero que no tiene por qué ser incompatible con un sistema de responsabilidad que sea común para el contrato de obra.

V. LA NECESIDAD DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR VICIOS O DEFECTOS EN EL CONTRATO DE OBRA

1. PLANTEAMIENTO

A lo largo de este estudio, ha quedado demostrado que es necesario que nuestro legislador se ocupe específicamente de la protección del comitente frente a los vicios o defectos en la obra. La carencia actual de un régimen jurídico general, nos obliga a recurrir a normas de la responsabilidad contractual que son comunes para cualquier contrato o a normas que están pensadas para supuestos más específicos (la responsabilidad por vicios en la construcción de edificios) o distintos (el saneamiento por vicios o defectos ocultos).

En España, hubo un Proyecto de Ley de reforma del contrato de obra en 1994, el cual se ocupó específicamente de la responsabilidad contractual por vicios o defectos en una obra, con la inserción de normas específicas de responsabilidad –durante la ejecución de la obra y después de la recepción de la obra– y una norma especial de responsabilidad -por ruina en la construcción de edificios–. En su momento fue un proyecto interesante y avanzado, cuyas aportaciones no se deben desechar. En lo que se refiere a la responsabilidad por vicios o defectos, se articuló un sistema de acciones en el que el cumplimiento posterior del contrato de obra tenía preferencia sobre otras acciones. La mayor crítica que quizá se puede hacer a la reforma propuesta es que contrapone, como había sido tradicional, el defecto o el vicio al incumplimiento del contrato de obra.

El estudio del sistema alemán nos abre nuevas perspectivas, sobre todo, a partir de la Reforma del BGB en 2002, que acerca el contrato de obra aún más a la compraventa (en particular en lo que se refiere al incumplimiento por vicios o defectos materiales y jurí-

dicos en una obra), estableciendo un verdadero sistema de responsabilidad y de garantías. La contraposición del cumplimiento defectuoso al incumplimiento deja de existir, y, en su lugar, se defiende que el cumplimiento defectuoso es un supuesto más de incumplimiento (además en consonancia con las normas generales sobre el incumplimiento y de la compraventa). Por consiguiente, el régimen específico previsto en los §§ 633 y ss. BGB está articulado sobre la idea de que el vicio material o jurídico en una obra es un incumplimiento. Una obra que se entrega con un vicio es una lesión del crédito del comitente por cuanto contraviene el derecho del comitente de recibir la obra conforme con lo estipulado en el contrato de obra o, en su defecto, con lo que él esperaba o según los usos técnicos de los diferentes sectores económicos. Para satisfacer aún el interés del comitente, el BGB da preferencia al cumplimiento posterior mediante la eliminación del vicio o la sustitución de la obra, alargando, así, el cumplimiento de entrega de la obra. Se puede afirmar, aunque no está tan claramente formulado en la doctrina alemana, que el principio de conformidad también impregna el contrato de obra. Probablemente, en estos momentos, el modelo alemán es el que más se acerca a considerar que el cumplimiento defectuoso del contrato de obra es un incumplimiento. El modelo alemán desarrolla además un sistema de responsabilidad y de garantías en el que se conjugan los intereses del comitente y del contratista. Por eso, nos parece interesante que nos hayamos fijado en este tema por si puede aportar ideas para una reforma del contrato de obra en España.

2. UN NUEVO ENFOQUE

En el contrato de obra el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra conforme con lo acordado con el comitente. En el estudio dedicado a las características del contrato de obra, se ha subrayado que la obligación del contratista es una prestación dirigida a un resultado, para cuya obtención el contratista tiene que realizar una actividad. Según la doctrina alemana, no es suficiente para el cumplimiento del contrato que el contratista haya realizado la actividad necesaria para la obtención del resultado (*tätigkeitsbezogene Verpflichtung*), sino que es necesario que efectivamente obtenga el resultado (*erfolgsbezogene Verpflichtung*). Nuestro Código civil sólo se refiere a la obligación –ejecutar una obra–, pero no dice cuál es su contenido (*cf.* art. 1544 CC). No tenemos, como el Derecho alemán, una norma que describa cuáles son los deberes contractuales típicos en el contrato de obra (*cf.* § 632 BGB).

La obligación del contratista de obtener un resultado, realizando previamente una actividad para lograrlo, es la obligación principal. Cualquier desviación más o menos importante del resultado es un incumplimiento. Y, por tanto, hay también un incumplimiento cuando la obra que se entrega resulte defectuosa. Es indiferente que el contratista haya realizado toda la actividad necesaria para lograr el resultado si no obtiene el resultado. Ese resultado ha de ser la satisfacción del comitente, principalmente conforme con lo acordado en el contrato de obra¹⁰⁵.

En el contrato de obra, el contratista asume un riesgo mayor que en otros contratos –p. e., en la compraventa o en el contrato de servicios¹⁰⁶–. No sólo debe hacer todo lo posible para lograr el resultado, sino que debe conseguirlo. Su actividad está dirigida a la obtención de un resultado, para la cual necesita de medios personales y materiales. Esto explica que el riesgo lo asume el contratista, incluso en obras de menor envergadura.

Por el riesgo que asume el contratista, es él el primer interesado en que se cumpla el contrato de obra. Por eso, cuando la obra resulte defectuosa prefiere que se pueda cumplir aún el contrato. El cumplimiento posterior mediante la eliminación del defecto o la sustitución de la obra mal hecha no sólo interesa al comitente sino también al contratista. De ahí, el interés de ambas partes de poder alargar el cumplimiento aún después de la recepción de la obra. En atención, además, a la funcionalidad económica del contrato de obra, es preferible el cumplimiento posterior a otros remedios como son la rebaja del precio o la resolución contractual. Desde el punto de vista económico, el cumplimiento posterior interesa también al mercado por los efectos económicos positivos –directos e indirectos– que tiene.

Los ordenamientos jurídicos más modernos dan preferencia al cumplimiento posterior de la obra que resulte defectuosa (así el art. 1618 Código civil italiano y los §§ 634 y 635 BGB, tanto en su versión antigua como actual), adquiriendo, así, un valor central en la ejecución de la obra. La reparación y la sustitución permiten que se pueda prolongar el cumplimiento del contrato de obra.

¹⁰⁵ Los contratos que dan lugar a obligaciones de resultado suelen incluir obligaciones de destreza y diligencia, E. NARROS BOURIE, «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual: Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», *Derecho de daños*, E. BARROS BOURIE, M.^a PAZ GARCÍA RUBIO y A. MORALES MORENO, Madrid, 2009, p.174.

¹⁰⁶ En todo contrato hay una distribución de riesgos, pero hay contratos en los que el riesgo lo asume principalmente una de las partes, como el contratista en el contrato de obra. Para definir los riesgos que asume el deudor –importante sobre todo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado– se debe preguntar, según E. BARROS BOURIE por qué ha pagado el acreedor, *op. cit.*, p. 180.

Hasta ahora, nuestra doctrina ha examinado el cumplimiento defectuoso del contrato de obra dentro de lo que se ha venido denominando la responsabilidad contractual¹⁰⁷. El contratista debe responder por los vicios o defectos. Sin embargo, si se examina más de cerca la responsabilidad del contratista por vicios o defectos, se puede comprobar que a los efectos de una imputación resulta indiferente exigir al contratista un determinado comportamiento. Su comportamiento queda dentro de la esfera de los deberes típicos del contrato de obra. Sólo se le exige –de cara al acreedor, que es el comitente– que obtenga el resultado previsto en el contrato. Esto explica que la diligencia que tiene que desplegar el contratista para obtener un resultado no trasciende finalmente al cumplimiento aun siendo el cumplimiento defectuoso. Para el comitente la prueba de un deficiente comportamiento es siempre una carga. El comitente necesita garantías para que se cumpla el contrato de obra aún después de la recepción. Y la principal garantía para el comitente es el cumplimiento posterior, que es el que le garantiza que pueda obtener aún el resultado. Al comitente no le interesa imputar el cumplimiento defectuoso al contratista si no hay daños o perjuicios. Su interés principal reside normalmente en obtener aún el cumplimiento del contrato de obra. La rebaja del precio o la resolución del contrato de obra son remedios que en la mayoría de los casos no interesan económicamente a ninguna de las partes. Por eso, son remedios más bien excepcionales.

Este enfoque nos acerca más a la concepción que se tiene actualmente del cumplimiento defectuoso en los contratos bilaterales. Antes de que se resuelva el contrato, es preferible mantener el vínculo obligacional mediante el cumplimiento posterior.

El cumplimiento defectuoso puede causar daños y perjuicios al comitente. Es presupuesto, según prácticamente toda la doctrina, de antes y de ahora, que los daños y perjuicios sean imputables al contratista, cuya prueba incumbe al comitente.

De acuerdo con la estructura seguida en nuestro trabajo, al menos tres temas deben ser objeto de atención para una futura regulación en materia de vicios o defectos en la obra: *a)* los presupuestos de un sistema específico de responsabilidad y de garantías, *b)* la recepción de la obra como momento determinante de un sistema de responsabilidad y de garantías específico y *c)* el sistema de acciones o remedios a favor del comitente frente al cumplimiento defectuoso por vicios o defectos en la obra.

¹⁰⁷ En particular, SÁNCHEZ CALERO y CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*

3. ALGUNAS PROPUESTAS CONCRETAS

3.1 La utilidad de un solo concepto: vicio o defecto

Es común en los textos legales la contraposición de vicios o defectos (art. 1484 CC, art. 17 LOE). Esta contraposición no ha tenido consecuencias jurídicas en la aplicación de las normas que protegen al comitente que recibe una obra no conforme con el contrato de obra. Resulta indiferente que se hable de vicios o de defectos para expresar que una obra no es hábil, útil o idónea. Para determinar que hay un cumplimiento defectuoso el criterio fundamental es la funcionalidad de la obra, el cual va a depender, principalmente, de lo que se haya estipulado en el contrato de obra. Este enfoque amplía enormemente los supuestos de cumplimiento defectuoso y permite que se pueda articular un sistema de protección con una mayor cobertura. Parece aconsejable, pues, que se opte por uno de los términos (vicio o defecto) para concretar el supuesto normativo que regule en el futuro las garantías del comitente. Hemos visto que en el BGB sólo aparece la palabra *Mangel* (vicio). Nosotros también podríamos optar por la palabra vicio, si bien, desde una perspectiva más moderna, podría ser preferible la palabra defecto por cuanto expresa mejor la falta de funcionalidad de una obra que no se ha ejecutado según el contrato de obra. Pero si se considera que es un cumplimiento defectuoso el vicio jurídico en una obra, es preferible la palabra vicio como común denominador de los vicios materiales y jurídicos.

3.2 La elaboración de un catálogo de vicios en la obra

Es consustancial al contrato de obra que el objeto reúna las cualidades necesarias. Nos estamos refiriendo a las cualidades materiales y funcionales de la obra. La falta de alguna cualidad significa que la obra no se ha ejecutado debidamente y, por tanto, cabe considerar que hay un cumplimiento defectuoso. ¿Pero cuándo se entiende que hay un cumplimiento defectuoso? Como criterio principal, se debe estar a lo pactado en el contrato de obra, en el que normalmente está descrita la obra y las cualidades que deba reunir. Por tanto, el primer criterio a tener en cuenta es la descripción del objeto del contrato de obra y de sus cualidades. Como en la compraventa, se debe partir de un concepto funcional de lo que se entiende por vicio. Se puede describir, como también en la compraventa, en términos positivos –existencia de vicios– o negativos

–ausencia de vicios–. Una desviación de la descripción de la obra y/o de sus cualidades significa un cumplimiento defectuoso; se trata, pues, de un incumplimiento. Será la jurisprudencia la que, no obstante, determinará el incumplimiento en atención a la sustancialidad de la desviación. Es imposible describir la esencialidad como presupuesto del incumplimiento cuando el cumplimiento es defectuoso y menos cuando es por vicios o defectos. No siempre está descrito con la necesaria concisión el objeto del contrato de obra o no hay una relación de las cualidades que debe reunir la obra. En tal caso, habrá que estar a otros criterios, como las expectativas del comitente o los usos (sobre todo los usos técnicos) según cada sector. Dado que se parte de una concepción amplia de cumplimiento defectuoso, debe quedar incluida la obra distinta o la obra de menor cantidad.

Nuestro Código civil carece, por las razones que ya conocemos, de cualquier norma general que nos ayude a determinar cuándo hay un incumplimiento por defecto de una obra. En el Proyecto de Ley de 1994 no existe una clara descripción de los supuestos de responsabilidad por vicios o defectos en la obra aun cuando contiene normas generales de protección del comitente. Una propuesta de reforma debería determinar con la mayor claridad posible los supuestos de defectos de obra para poder articular un sistema de acciones a favor del comitente para hacer valer su interés principal, cual es que la obra se realice satisfactoriamente, aunque sea posteriormente. Es evidente que las sugerencias que formulamos, que son mínimas, parten del Derecho alemán, que ha establecido un catálogo amplio de supuestos de ausencia de vicios. El § 633 BGB, que se ocupa de los vicios materiales y jurídicos, puede servir de referencia para una propuesta de reforma del sistema de protección del comitente frente a una obra que resulte defectuosa.

3.3 El vicio jurídico en la obra

La proximidad del contrato de obra con la venta suscita el problema de los vicios jurídicos en el momento de la recepción de la obra. Un tercero puede tener un derecho sobre la obra (p. e., un crédito o algún derecho de autor o de propiedad industrial) frente al comitente. En tal caso, hay un vicio jurídico que incide negativamente en el cumplimiento del contrato de obra (*cf.* § 634 BGB). Nuestro ordenamiento jurídico sólo conoce específicamente el saneamiento por evicción, previsto para la compraventa. Habrá que plantearse la incorporación legal, como un supuesto más de cumplimiento defectuoso, el vicio jurídico en la obra.

3.4 La recepción de la obra: una definición básica

Es criterio común que la recepción de la obra es un momento clave en el cumplimiento del contrato de obra. Hasta que no tenga lugar la recepción de la obra no se considera cumplida la obligación que tiene el contratista de realizar la obra. La recepción de la obra produce muy diversos efectos tanto para el contratista como para el comitente. Dada la importancia que tiene la recepción para el contrato de obra parece aconsejable una definición básica de este momento contractual. Esta definición debe construirse sobre los dos momentos de la recepción de la obra: la puesta a disposición de la obra por el contratista y la aprobación de la obra por el comitente. Una referencia para su definición puede ser la frase primera del artículo 6.1 LOE.

La aprobación de la obra por el comitente puede ser expresa o tácita. No requiere formalidades concretas (salvo para determinadas obras como la construcción de inmuebles o cuando se trata de obras en las que el comitente es un consumidor).

Salvo en la construcción de inmuebles, no es necesario aludir a las diversos tipos de recepción.

3.5 El principio de conformidad contractual y su traslación al contrato de obra

El principio de conformidad contractual (*Vertragsmäßigkeit*) constituye hoy uno de los principales principios del Derecho contractual moderno. Procede de la Convención de Viena, ha entrado en los Derechos nacionales por la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, para extenderse después a cualquier contrato de compraventa. Ahora empieza a incorporarse a otros contratos cuyo contenido se caracteriza por la obtención de un resultado. El principio de conformidad está igualmente presente en los textos de Derecho privado europeo, en particular en el *Draft Common Frame of Reference* en la regulación de la compraventa y de los contratos que el texto llama *services* en los que están comprendidos determinados contratos de obra (*construction, processing, design*). Este texto europeo parte de un concepto nuevo de contrato de servicios, el contrato de prestación de servicios, en el que tiene cabida el contrato de obra, poniendo un especial acento en el deber de colaboración entre los sujetos contratantes. En cualquier contrato de prestación de servicios se busca un resultado, si bien en los contratos de obra la obtención del resultado es lo más característico. Es fundamental, para poder imputar el resultado al

prestador de servicios, que el resultado esté bajo su control. Si el resultado no se ha obtenido, el prestador de servicios (p. e., el contratista) ha incumplido, a no ser que haya alguna causa ajena a él que haya impedido la obtención del resultado. De lo contrario, el cliente (p. e., el comitente) puede pedir al prestador de servicios responsabilidad haciendo uso de los remedios que tiene cualquier acreedor contra su deudor¹⁰⁸.

El principio de conformidad contractual se está convirtiendo en un supraconcepto dentro de la teoría general del cumplimiento de las obligaciones, pero que procede de la compraventa. Con la conformidad contractual se quiere expresar que el comprador en su condición de acreedor a una cosa está conforme con la misma después de su entrega. Pero la conformidad contractual no tiene que ceñirse exclusivamente a la entrega de una cosa (p. e., mediante una compraventa), sino que puede darse en otras obligaciones, como en la obligación de hacer mediante la obtención de un resultado concreto¹⁰⁹. El acreedor de una obra después de su recepción puede manifestar su conformidad con lo que se ha acordado en el contrato de obra.

La conformidad contractual significa que existe una perfecta adecuación entre lo ejecutado y lo acordado por los contratantes. En definitiva, sólo hay conformidad cuando lo entregado o lo realizado coincide totalmente con lo que se ha establecido en el contrato (p. e., compraventa u obra).

La falta de conformidad contractual del acreedor (comprador, competente) significa, por el contrario, que hay un incumplimiento por el deudor (vendedor, contratista) después de haber sido ejecutada la obligación de entrega o de hacer una cosa.

Aunque en el Derecho alemán, después de la Reforma de 2002, no está formulada explícitamente la conformidad en el contrato de obra, sino que se refiere a los vicios materiales como supuestos de cumplimiento defectuoso, subyace la idea de la conformidad en la frase primera del apartado 2 del § 633, que dice: *La obra está libre de vicios materiales si ésta posee las cualidades convenidas*. Se parte, pues, de un concepto subjetivo de lo que se entiende por vicio, puesto que el vicio depende de lo que hayan acordado las partes. Lo que los alemanes llaman *Beschaffungsvereinbarung* (acuerdo sobre las cualidades) tiene, en el fondo, el mismo signifi-

¹⁰⁸ Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, preparado por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, eds. C. VAN BAR y E. CLIVE, vol. 2, Munich, 2009, pp. 1597 y ss.

¹⁰⁹ Incluso tiene cabida en el contrato de servicios, según MORALES MORENO, en los que el reproche subjetivo –culpa del deudor– es la constatación de que no se ha cumplido, «Problemas que plantea la unificación...», pp. 220-221.

cado que la *Vertragsmässigkeit* (conformidad con el contrato). Para saber que las cualidades son las convenidas, el comitente tiene que prestar en el momento de la puesta a disposición de la obra su conformidad. Además de las exigencias cualitativas, han de cumplirse también las exigencias cuantitativas. En realidad, la aprobación de la obra significa conformidad con la obra. Desde este punto de vista, no hay nada nuevo cuando hablamos de conformidad en el contrato de obra.

En el *Draft Common Frame of Reference*, la conformidad del cliente con el resultado (el art. IV.C.-2:106 se refiere específicamente a la obligación *to achieve resultat* contraponiéndola en el precepto anterior a la obligación *of skill and care*) y las consecuencias de la falta de conformidad aparecen expresamente reguladas en los contratos de *construction* (art. IV.-3:104) y de *design* (art. IV.C.-6:104), con remisión expresa a las disposiciones generales del contrato de *services* (arts. IV.C.-2:107, 2:108 y 2:109)^{110 111}. De estas normas se deriva que la conformidad con el resultado es una pieza fundamental de las garantías que este texto otorga al comitente (el texto europeo utiliza la expresión «cliente»).

En el Derecho contractual europeo desaparece la tradicional dicotomía del contrato de obra y el contrato de servicios con la construcción de una figura contractual de perfiles más generalistas, que es el denominado contrato de prestación de servicios¹¹². Lo determinante para el Derecho contractual europeo no es la distinción tradicional entre el contrato de servicios y el contrato de obra, sino los contratos concretos que tienen por objeto prestaciones de hacer, que pueden consistir en prestaciones caracterizadas por el esfuerzo de obtener un resultado (prestaciones de servicios) o de lograr efectivamente un resultado (prestaciones de obra). En el DCFR se articulan estas ideas bajo el nombre de *services* (en la doctrina alemana se habla del contrato de prestación de servicios

¹¹⁰ Una referencia importante para conocer los contratos de servicios y de obra desde una perspectiva comparativista, *vid.* la obra colectiva *Service Contracts*, ed. R. ZIMMERMANN, Tubinga, 2010.

¹¹¹ En los PECL no aparece esta distinción. Aunque conoce el cumplimiento defectuoso (art. 1:301), no alude en ningún momento a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

¹¹² Ya antes del DCFR, se está observando este cambio hacia una nueva forma de comprender la prestación de servicios. *Vid.* en particular, C. WENDERHORST, «Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht», *AcP* (206), 2006, pp. 207 y ss. En España, J. F. ORTEGA DÍAZ parte del concepto de servicio como piedra angular de la distinción entre lo que él denomina tipo contractual general (contrato de servicios) y el especial (contrato de obra) en «Hacia un concepto clarificador de servio. El contrato de servicios como tipo contractual general», *RCDI*, n.º 705, 2008, pp. 221 y ss.

–*Dienstleistungsvertrag*–)¹¹³. Para este texto, es fundamental la distinción de *obligation of skill and care* (obligaciones de medios o de actividad) y *obligation to achieve result* (obligaciones de resultado). En realidad, la diferenciación entre el contrato de obra y de servicios se presenta cuando se lesiona el crédito del comitente por una obra o un servicio mal ejecutado, siendo, necesariamente, los presupuestos y los remedios diferentes.

Para los remedios frente al cumplimiento defectuoso están los remedios generales del incumplimiento (*remedies for non-performance*, arts. III.-3:101 y ss.). Los redactores del texto europeo no han considerado necesario establecer un régimen específico de remedios para los contratos de prestación de servicios. A la luz de los preceptos que regulan los contratos de prestación de servicios, se puede observar un cierto alejamiento de los derechos nacionales tanto por lo que respecta al contrato de servicios como al contrato de obra.

3.6 El principal efecto de la recepción de la obra: un sistema de responsabilidad y de garantías específico

A lo largo de nuestro estudio ha quedado evidenciado que partir de la recepción de la obra es cuando se debe articular un sistema específico de protección del comitente. Por eso, es importante que se precise con la mayor claridad cuáles son los derechos del comitente, pero sin olvidar los derechos del contratista. Ya en el Proyecto de Ley de 1994 se tenía muy presente que la recepción de la obra es un momento decisivo en el cumplimiento del contrato de obra. Este ha sido también el criterio mayoritario de la doctrina y de la jurisprudencia. Por lo tanto, también debe ser este el criterio en una futura reforma. Se puede tomar en consideración el modelo alemán, el cual mantiene algunos derechos y garantías de la regulación de 1900 y establece otros derechos y garantías en la Reforma de 2002.

3.7 Algunas claves de un sistema de responsabilidad y de garantías específico

Hasta ahora han quedado relegados a un plano muy secundario aspectos tan básicos como la información y las garantías en el con-

¹¹³ Vid. P. DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *Indret*, 2008 (julio). La misma autora, «Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en CFR», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. E. BOSCH CAPDEVILA, Barcelona, 2009, pp. 475 y ss.

trato de obra. Al igual que en la compraventa, la información debe configurarse como un deber específico del contratista, tanto en el momento de la celebración del contrato de obra como durante su ejecución. El contratista debe informar debidamente al comitente de todos los aspectos del contrato de obra, del objeto del mismo y de las cualidades y cantidades que éste debe reunir y de cómo se está ejecutando la obra. A su vez es necesaria una colaboración entre el contratista y el comitente. Asimismo, se deben establecer garantías para las cualidades y cantidades de la obra al menos en determinados sectores del mercado. Los llamados códigos técnicos deben ser valorados e interpretados para determinar el grado de cumplimiento del contrato de obra (p. e., en el ámbito de la edificación, el Código Técnico de la Edificación, según los RD 314/2006 y 1371/2007¹¹⁴).

En un sistema específico de protección no se pueden ignorar los intereses del contratista. En un contrato bilateral, como es el contrato de obra, donde el contratista asume un riesgo elevado, la protección pasa por tener en cuenta tanto sus intereses como los del comitente. El principal interés de ambos sujetos es que el contrato se pueda cumplir aún. Se debe, pues, facilitar el cumplimiento posterior del contrato de obra, ya que interesa económicamente tanto al comitente como al contratista. Ahora bien, la subsanación de los vicios eliminándolos o sustituyendo una obra por otra es un coste económico para el contratista. Habrá que preguntarse, por tanto, si la elección de cómo debe ser el cumplimiento posterior corresponde al mismo contratista o al comitente. Si se mira desde el punto de vista del interés del comitente, la elección debería corresponder a él (el antiguo § 633 BGB otorga esta opción al comitente, quien tiene el derecho de pedir la eliminación del vicio, que, según la doctrina comprende tanto la reparación como la sustitución, aunque la jurisprudencia limita este derecho a la reparación –*Abgewandelter Erfüllungsanspruch*–). Sólo de esta manera se puede satisfacer su interés a tener una obra sin vicios. Ahora bien, la elección a favor del comitente de poder exigir la eliminación del vicio o la creación *ex novo* de la obra puede perjudicar al contratista. Se puede argumentar que hasta la recepción de la obra la actividad del contratista tenía que estar dirigida a la realización de una obra sin vicios. Si no ha logrado el resultado deseado, debe asumir él todas las consecuencias, ya que él tenía la

¹¹⁴ En Alemania, el DIN (*Deutsches Institut für Normen*) elabora normas técnicas para los distintos sectores de la producción que comprenden también el contrato de obra y, por tanto, pueden ser valoradas para determinar el cumplimiento del contrato de obra por parte del contratista.

obligación de realizar una actividad dirigida a la obtención de un resultado. Este enfoque responde, además, a la idea de que se debe proteger especialmente al comitente, por su condición de acreedor, en su derecho a obtener un resultado satisfactorio. Además, el contratista queda «compensado» en cuanto se puede negar a la eliminación del vicio o de la sustitución de la obra por otra si el cumplimiento posterior le resulta excesivamente costoso¹¹⁵. Sin embargo, no es esta la solución del Derecho alemán después de la Reforma 2002, donde corresponde al contratista elegir (según el § 635 BGB) entre la reparación o la sustitución de la obra una vez que el comitente haya exigido el cumplimiento posterior, previa acreditación de la existencia de un vicio. Es la solución opuesta a la compraventa, donde el comprador tiene derecho a elegir la reparación o la sustitución de la cosa comprada (§ 439 BGB). La razón por la que el Derecho alemán otorga la elección al contratista es por el mayor riesgo que asume en el contrato de obra; además es él el que mejor puede determinar si lo procedente es la reparación o la sustitución, correspondiendo a él la mayoría de los costes del cumplimiento posterior.

En lugar del cumplimiento posterior, caben la acción redhibitoria del contrato de obra o la acción de reducción del precio de la obra. Son acciones tradicionales de la compraventa. En el Derecho alemán, la acción resolutoria ha roto con la cadena de la acción redhibitoria (concebida como un *Anspruch*), convirtiéndose, después de la Reforma 2002, en una verdadero *Gestaltungsrecht*. Una futura reforma en España debería optar por la acción resolutoria en su significado más propio y mantener la acción de reducción del precio de la obra.

En concordancia con el Derecho contractual moderno, se debe establecer una jerarquía en la que debe tener preferencia el cumplimiento posterior¹¹⁶.

Con independencia de estas acciones, siempre es factible la acción de indemnización de daños y perjuicios, en la que se debe examinar la conducta del contratista, a no ser que tenga un carácter sustitutorio (cuando ya no sea factible ninguna de las otras acciones que tiene a su alcance el comitente).

Los plazos de las acciones deben ser mayores que las acciones de saneamiento pero bastante menores que los plazos comunes por incumplimiento.

¹¹⁵ El Proyecto de Ley de 1994 concede la elección al comitente (art. 1594-2).

¹¹⁶ Claramente formulado en el § 634 BGB.

3.8 La autoejecución

Parece oportuna, como en el § 637 BGB, una expresa regulación de la autoejecución de la obra con vicios materiales, en determinados casos, a instancia del comitente. La autoejecución permite, previo cumplimiento de determinados requisitos fijados por la ley, el cumplimiento posterior. P. e., cuando el contratista no ha cumplido con su obligación de eliminar el vicio o no ha sustituido la obra viciada por otra obra nueva. En lugar de tener que acudir el comitente al auxilio judicial, se le puede facilitar extrajudicialmente, y previa petición, el cumplimiento posterior.