



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

**PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE FINCAS EN
RELACIÓN CON EL CONTRATO DE OBRA: EN ESPECIAL, LAS OBRAS DE
AMPLIACIÓN, MODIFICACIÓN, REFORMA O REHABILITACIÓN.**

**Aurelio Puche Ramos
Asesor Jurídico**

Índice

- 1.- ¿Dónde viene regulado el contrato de obra?**
- 2.- ¿Qué agentes de la edificación firman el contrato de obra?**
- 3.- ¿Es necesario que el contrato de obra se documente por escrito?**
- 4.- ¿Cuáles son las obligaciones que asume el Constructor?**
- 5.- ¿Qué derechos tiene el Constructor?**
- 6.- ¿Cuáles son las obligaciones que asume el Promotor?**
- 7.- ¿Cuáles son los derechos del Promotor?**
- 8.- ¿Qué tipo de contratos de obra se pueden firmar?**
 - a) Contrato de obra a precio alzado.**
 - b) Contrato de obra por piezas o por unidad de medida.**
 - c) Contrato de obra por administración.**
- 9.- ¿Qué ocurre cuando surgen unidades de obra no previstas en el Proyecto?
¿Se puede incrementar el precio de la obra?**
- 10.- ¿Cuáles son los conceptos incluidos en el precio de la obra?**
- 11.- ¿Cuándo se paga el precio de la obra?**
- 12.- ¿Se puede incluir en el contrato una cláusula de retención de una cantidad
del precio de la obra en concepto de garantía?**
- 13.- ¿Se puede incluir en el contrato de obra una cláusula por la que se prohíba
al constructor subcontratar la obra?**
- 14.- ¿Puede un tercero distinto del Constructor reclamar a la Comunidad de
Propietarios el pago de lo que le adeude el Constructor?**
- 15.- ¿Cuáles son las principales fases de la obra?**
 - a) El acta de replanteo o de inicio de la obra.**
 - b) Ejecución de la obra.**
 - c) Finalización de la obra.**
 - d) Recepción y liquidación de la obra.**
- 16.- ¿Cabe la suspensión del contrato de obra?**
- 17.- ¿En qué supuestos cabe la extinción del contrato de obra?**
- 18.- ¿Se puede pactar en el contrato de obra una cláusula penal por retraso en la
duración de la obra?**
- 19.- ¿Cuáles son las principales cláusulas del contrato de obra?**

1.- ¿Dónde viene regulado el contrato de obra?.

El contrato de obra viene regulado únicamente en el Código civil, en los arts. 1.588 a 1.600, ambos inclusive, bajo la rúbrica *“De las obras por ajuste o precio alzado”*.

Se trata de una regulación que data del año 1889 y que permanece inalterada desde entonces, no adaptándose a la realidad actual del sector de la construcción.

Conviene tener en cuenta que esta regulación no tiene carácter imperativo, por lo cual en el contrato de obra se pueden incluir cláusulas distintas de las disposiciones contenidas en estos artículos, al amparo del principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1255 Cc.

2.- ¿Qué agentes de la edificación firman el contrato de obra?.

De todos los agentes que intervienen en el proceso constructivo, el contrato de obra sólo lo firman dos:

A) El Constructor.

El Constructor es la persona, física o jurídica, que se obliga a ejecutar la obra de acuerdo con el contrato de obra, el Proyecto, sus modificaciones, las instrucciones de la dirección facultativa y la *lex artis*, a cambio de un precio cierto.

La LOE en su art. 11 da un concepto legal de Constructor estableciendo, asimismo, sus obligaciones en los siguientes términos: *“El Constructor es el agente que asume, contractualmente ante el Promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al Proyecto y al contrato.”*

B) El Promotor.

El Promotor es aquella persona, física o jurídica, que organiza, gestiona, promueve y construye un edificio, generalmente en régimen de propiedad horizontal, con la finalidad de transmitirlo a terceras personas y obtener con su venta un beneficio económico.

Está recogido en el apartado 1 del art. 9, en los siguientes términos: *“Será considerado Promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”*.

Del esta definición legal del Promotor se desprende que no sólo se trata de aquel que construye para sí (el autopromotor), sino también el que obtiene un beneficio económico de la promoción.

3. ¿Es necesario que el contrato de obra se documente por escrito?.

En esta materia, rige el principio de libertad de forma, de tal manera que no es obligatorio que se documente por escrito, por lo que puede ser verbal. A veces se perfecciona con la firma del presupuesto que oferta el contratista.

Generalmente, el contrato de obra suele ser escrito, incorporándose al mismo una serie de documentos, los cuales forman parte integrante del contrato, tales como Planos, Memoria, Pliego de Condiciones Generales de la Edificación, Mediciones, Presupuesto Económico ofertado y aceptado, en el que se fija el precio de la obra o las unidades de obra que la integran, etc.

4.- ¿Cuáles son las obligaciones que asume el Constructor?



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

- ✓ Ejecutar la obra conforme al contrato de obra, al Proyecto de ejecución y sus modificaciones y a las instrucciones de la Dirección Facultativa.
- ✓ Realizar un Plan de Seguridad y Salud y seguir instrucciones de Coordinador de Seguridad y Salud cuando sea obligatoria su intervención.
- ✓ Estar al corriente en las obligaciones laborales, tributarias y seguridad social.
- ✓ No puede pedir aumento de precio, excepto por modificación Proyecto (art.1.593Cc-principio de invariabilidad del precio-).
- ✓ Todas aquellas que asuma en virtud del contrato de obra.

Las obligaciones del Constructor están reguladas en el art. 11.2 LOE: “Son obligaciones del Constructor:

a) *Ejecutar la obra con sujeción al Proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el Proyecto.*

b) *Tener la titulación o capacidad profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como Constructor.*

c) *Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del Constructor en la obra que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con la características y complejidad de la obra.*

d) *Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.*

e) *Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato.*

f) *Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra.*

g) *Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada*

h) *Suscribir las garantías previstas en el art. 19”.*

5.- ¿Qué derechos tiene el Constructor?

- ✓ Percibir el precio, incluso cantidades a cuenta, si así se pacta en el contrato de obra.
- ✓ Ser recibida y liquidada la obra.
- ✓ Derecho de crédito privilegiado contra el Promotor, conforme al art. 90.1.3º de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal, el llamado crédito refaccionario.

6.- ¿Cuáles son las obligaciones que asume el Promotor?

- ✓ Pagar el precio, incluso cantidades a cuenta, si así se pacta en el contrato.
- ✓ Recibir y liquidar la obra.

- ✓ Encargar el Proyecto de obra, incluido el estudio topográfico y Geotécnico del terreno.
- ✓ Obtener la licencia de obra y las demás licencias para la puesta en funcionamiento del edificio, tales como licencia de primera ocupación (con cédula de habitabilidad) y de apertura de garaje.
- ✓ Suscribir el seguro decenal sólo en obras LOE.
- ✓ Entregar el Libro del Edificio.

Las obligaciones del Promotor están reguladas en el apartado 2 del art. 9 de la LOE, estableciendo al respecto lo siguiente: *«Son obligaciones del Promotor:*

a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.

b) Facilita la documentación e información previa para la redacción del Proyecto, así como, autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.

c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.

d) Suscribir los seguros previstos en el art. 19.

e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.”

7.- ¿Cuáles son los derechos del Promotor?.

- ✓ Que le sea entregada la obra en el plazo previsto, conforme al contrato y al Proyecto y sin defectos.
- ✓ Desistir de la obra, indemnizando al Constructor (art. 1.594 CC).
- ✓ Todas aquellos que asuma en virtud del contrato de obra.

8. ¿Qué tipo de contratos de obra se pueden firmar?

Dado que las obras que contratan las Comunidades de Propietarios suele ser con suministro de materiales, los más usuales en función de la forma de fijar el precio en el contrato serían:

a) Contrato de obra a precio alzado.

Al contrato de obra por ajuste alzado se refiere el art. 1.593 del Código Civil, al señalar que: *“El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario de suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra siempre que hubiese dado su autorización el propietario”.*

Partiendo de este concepto legal, podemos definir el contrato de obra a tanto alzado como “aquel contrato de obra en el que se fija por adelantado el precio único, definitivo o invariable, global por la totalidad de la obra contratada, aunque resulte desglosado en varias partidas, teniendo en cuenta un Proyecto, no pudiendo haber variación del mismo aunque aumenten los salarios o precios de los materiales empleados, salvo que se haya producido algún cambio en el Proyecto que ocasione aumento de obra, con el consentimiento previo por parte del Promotor.”

Las principales características son:

1.- **Principio de invariabilidad del precio** (precio cerrado) reconocido expresamente en el art. 1.593 del Código Civil, en cuanto que proclama que el



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

Constructor no podrá pedir aumento del precio, aunque se haya incrementado el de los jornales o materiales.

Sólo cabe un aumento del precio inicial cuando se haya producido una modificación del Proyecto que suponga un aumento de obra,

Aunque el art. 1.593 del Código Civil sólo se refiera al contrato de obra a precio alzado, entendemos que el principio de invariabilidad del precio es aplicable a cualquier modalidad del contrato de obra. Así, en el contrato de obra por unidad de medida, también se ha fijado el precio de la unidad de medida a ejecutar; estando indeterminado el número de unidades de medida que tiene que realizar el Constructor. También en el contrato de obra por administración el precio está fijado, determinándose mediante un porcentaje (10%, 15%, etc.) sobre el coste económico total de la obra.

Este tipo de contrato tiene la ventaja para el Promotor de la obra de que sabe desde la firma del mismo lo que la obra le va a costar. Sin embargo, en la actualidad se suele pactar una cláusula de revisión de precios como consecuencia del incremento del precio que experimentan los materiales de construcción.

2.- Principio de riesgo y ventura del constructor (disolución entre los conceptos de “precio” y “coste”).

El Constructor asume un riesgo económico de pérdida o ganancia en la realización de la obra, en cuanto que se ha obligado a ejecutar una obra específica y determinada de acuerdo con un Proyecto, con independencia del coste real de la obra. Este riesgo de pérdida o ganancia es justo en cuanto que el Constructor, en el momento de la formalización del contrato, ha fijado su precio teniendo en cuenta, no sólo el coste posible de la obra en ese momento, sino también ha previsto todas las variaciones (incrementos de precio) que con probabilidad pudieran experimentar los materiales y la mano de obra durante el desarrollo de la obra y, si por su negligencia o impericia no hubiera previsto alguna circunstancia futura que suponga incremento de obra, no podrá pedir la revisión de precios.

Sin embargo, el riesgo de pérdida o ganancia que asume el Constructor puede evitarse incorporando al contrato de obra una cláusula de revisión de precios, puesto que el art. 1.593 del Código Civil no tiene carácter dispositivo o de derecho necesario, sino que se trata de una norma interpretativa de una voluntad tácita de las partes.

3.- El precio se fija inicialmente, a la firma del contrato, en función de un Proyecto previo.

b) Contrato de obra por piezas o por unidad de medida.

Al contrato de obra por piezas o por unidad de medida se refiere el art. 1.592 del Código Civil, pero que no contiene su definición.

El precio se fija inicialmente y se satisface por cada unidad de obra ejecutada o por mediciones, no de forma global. Por ese motivo, el precio inicial no suele coincidir con el coste final de la obra ejecutada, pues al primero hay que añadir todas

aquellas unidades de obras no previstas en Proyecto, produciéndose lo que se denomina “desviaciones económicas”.

Es el más habitual en obra nueva.

c) Contrato de obra por administración.

No está regulado en el Código civil.

Podemos definirlo como “aquel contrato de obra en que el Constructor se obliga a ejecutar la obra y adquirir los materiales precisos para su realización por encargo o delegación del Promotor, quien se obliga a abonar el precio de los materiales empleados, la mano de obra y demás gastos, además de una remuneración que se le asigna al Constructor por sus tareas”.

El contrato de obra por administración se caracteriza por las siguientes notas:

1. El precio de la obra se determina una vez finalizada la misma.
2. Hay posibilidad de rendiciones de cuenta parciales de lo invertido y, por tanto, pagos a cuenta del precio de la obra.
3. El Constructor ejecuta la obra a riesgo y ventura del Promotor.

9.- ¿Qué ocurre cuando surgen unidades de obra no previstas en el Proyecto?. ¿Se puede incrementar el precio de la obra?.

El Proyecto es algo vivo, por lo que durante la ejecución material de la obra es frecuente realizar modificaciones, variaciones o alteraciones al Proyecto, produciéndose, en ocasiones, incrementos de obra y, consecuentemente, un aumento del precio pactado. Es lo que se conoce como “desviaciones económicas”.

El problema sólo surge en los contratos a tanto alzado, no en los contrato por unidad de medida o por administración, por lo que para saber si el constructor tiene derecho o no a percibir un aumento del precio de la obra, cuando se ha de ejecutar alguna unidad de obra no prevista en el Proyecto:

a) Obras necesarias e imprescindibles: no estaban previstas en el Proyecto, pero son necesarias e imprescindibles para que la correcta ejecución de la obra.

Si no suponen una modificación del Proyecto (por ejemplo, errores en el presupuesto del Proyecto), el Constructor no tiene derecho a percibir un aumento del precio (STS 28-2-1989). Si, por el contrario, modifican el Proyecto original, el constructor si tiene derecho a percibir un aumento del precio, salvo que se trate de un error de Proyecto fácilmente detectable por él.

b) Obras adicionales o complementarias: las no previstas en Proyecto pero no necesarias o indispensables para la ejecución de la obra. Su precio se suele determinar por el sistema de “precios contradictorios”. En ellas, el constructor sí tiene derecho a un aumento del precio, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que se esté en presencia de un contrato de obra a precio alzado.
2. Que se produzca algún cambio en el plano, es decir, que se haya producido una alteración o modificación del Proyecto, el cual se ha tenido en cuenta para la fijación del precio inicial.
3. Que dicho cambio suponga un aumento de obra, en sentido amplio, por lo que comprende no sólo los aumentos cuantitativos (aumento de obra propiamente dicho) sino también los aumentos cualitativos (modificaciones o alteraciones en las calidades de los materiales que dan lugar a un mayor coste en la realización de la obra). Por tanto, si las modificaciones no implican un verdadero aumento, sino tan sólo una distribución distinta, no habrá derecho a reclamar mayor precio, salvo que las modificaciones introducidas, compensadas con las obras que se reemplazan, arrojen un exceso en el coste con relación al plano convenido.



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

4. Que el cambio se produzca con la autorización del promotor, sin que sea necesario que se produzca de forma expresa y por escrito, sino que basta con que sea verbal, tácita o presunta.

10.- ¿Cuáles son los conceptos incluidos en el precio de la obra?

Hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) Presupuesto del Proyecto: es el presupuesto de ejecución material contenido en el presupuesto del Proyecto.

b) Presupuesto de contrata: está formado por el presupuesto de ejecución material contenido en el presupuesto elaborado por el constructor, incluyendo el beneficio industrial (el que se pacte, normalmente el 6%), gastos generales (el que se pacte, normalmente el 16%) e impuestos.

c) Coste real de la obra ejecutada: refleja el coste final de la obra y está formado por la suma del precio inicial y las distintas unidades de obra no previstas en Proyecto y que hayan sido abonadas por el Promotor.

11.- ¿Cuándo se paga el precio de la obra?

Si bien el art. 1599 Cc establece que el precio de la obra debe abonarse al final de la misma, es habitual pactar en los contratos de obra que se realiza un pago inicial o anticipado, pagos parciales o a cuenta (mediante certificaciones de obra mensuales) y un pago final en el momento de la liquidación de la obra.

El pago de las certificaciones de obra son pagos meramente provisionales o entregas a cuenta de una ulterior liquidación de la obra, que tienen por finalidad facilitar al constructor la reposición de los gastos que ha tenido que atender en la ejecución de la obra, y que su pago no supone en modo alguno aprobación por el promotor de la obra ejecutada hasta dicho momento ejecutada.

12.- ¿Se puede incluir en el contrato una cláusula de retención de una cantidad del precio de la obra en concepto de garantía?

Si bien el la DA 2ª LOE establece que mediante Real Decreto se establecería la obligatoriedad de suscribir por el constructor, durante el plazo de un año, de un seguro de daños materiales o de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5% del importe de la ejecución material de la obra, este Real Decreto aún no ha sido aprobado.

En el contrato de obra se suele incluir una cláusula según la cual se practica una retención, normalmente del 5%, en cada certificación de obra mensual, en concepto de garantía para responder de la buena y correcta ejecución de las obras. La devolución de las retenciones practicadas se realizará transcurrido un año, contado desde la fecha de la recepción de la obra.

Esta retención se puede sustituir por un aval bancario.

13.-¿Se puede incluir en el contrato de obra una cláusula por la que se prohíba al constructor subcontratar la obra?.

No se puede prohibir expresamente porque no lo autoriza el art. 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Lo que cabe es su exclusión del contrato.

Por tanto, el Constructor puede solicitar que se pacte en el contrato de obra, siempre que no contradiga lo dispuesto en dicha Ley 32/2006, de 18 de octubre, que prohíbe la subcontratación a partir del tercer nivel.

La subcontratación puede alcanzar toda la obra o parte de ella.

El Art. 11.2.e LOE establece como una de las obligaciones del Constructor “Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra, dentro de los límites establecidos en el contrato.”

El art. 17.6 LOE le hace responsable al Constructor de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución, cometido por el subcontratista, sin perjuicio del derecho de repetición.

14.- ¿Puede un tercero distinto del Constructor reclamar a la Comunidad de Propietarios el pago de lo que le adeude el Constructor?.

En efecto, por vía civil así lo autoriza el art. 1597 del Cc *“Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.”*

Se trata de la llamada acción directa que presenta las siguientes características:

- ✓ Pueden ejercitar dicha reclamación no sólo “los que ponen su trabajo y materiales”, es decir, los trabajadores asalariados del contratista y los suministradores de materiales de construcción, sino también los subcontratistas.
- ✓ Se puede ejercitar en cualquier tipo de contrato de obra, no sólo en el contrato a tanto alzado como contempla dicho precepto.
- ✓ El acreedor sólo puede reclamar al Promotor la cantidad que el constructor le adeude cuando formula la reclamación.
- ✓ El acreedor puede formular la reclamación al Promotor de forma extrajudicial o judicial.

15.- ¿Cuáles son las principales fases de la obra?.

Son varias, principalmente:

a) El acta de replanteo o de inicio de la obra.

Replanteo es el acto por el cual se comprueba la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno. Es más propio de la obra nueva, no siendo frecuente en las obras de las Comunidades de Propietarios.

Según la LOE es el momento a partir del cual comienza la obra, pero son dos conceptos distintos que pueden diferir en el tiempo.

Debe firmarla obligatoriamente el Promotor y el Constructor y la D.F.

b) Ejecución de la obra.

Durante esta fase el constructor debe ejecutar la obra conforme al contrato de obra, al Proyecto o sus modificaciones, a las instrucciones de la dirección facultativa y a su *lex artis*.



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

c) Finalización de la obra: C.F.O.

Según el art. 6.4 LOE la terminación de la obra se “acredita” con el C.F.O.

Es condición indispensable para que la obra pueda ser entregada al Promotor (art.6.1)

La LOE no fija un plazo para que los Directores entreguen al Constructor el C.F.O. ni para que éste le comunique por escrito al Promotor la finalización de la obra, por lo que es conveniente fijarlo en el contrato de obra.

d) Recepción y liquidación de la obra.

Es el momento más importante del proceso constructivo para la LOE.

El art. 6.1. LOE la define como “*el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste.*”

- Puede realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes.

Es un acto formal, pues debe documentarse en un acta.

El acta deben suscribirlo obligatoriamente el Constructor y el Promotor y potestativamente la D.F.

Se puede pactar un plazo distinto al legal de 30 días para que tenga lugar la recepción, a contar desde la comunicación por escrito del Constructor al Promotor.

- Constituye *el dies a quo* para el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía, según el art. 6.5 LOE.

Forma parte del Libro del Edificio.

16.- ¿Cabe la suspensión del contrato de obra?

Es habitual que en los contratos de obra se regulen supuestos de suspensión y las consecuencias, por lo que habrá que estar a lo pactado en el mismo.

Los supuestos de suspensión pueden ser muy variados. Tres posibles supuestos de suspensión pueden ser:

1) Suspensión de la obra como consecuencia de una orden de las autoridades administrativas, por ejemplo, como consecuencia del inicio de un expediente urbanístico por falta de licencia o por licencia insuficiente. En tal caso, debería indemnizarse al Constructor con los daños y perjuicios que se le causen hasta el momento en que se produzca la suspensión.

2) Suspensión ordenada unilateralmente por el Promotor.

3) Suspensión *de facto* provocada por el Constructor ante el impago del precio de la obra.

17.- ¿En qué supuestos cabe la extinción del contrato de obra?

En este punto, una vez más, se puede producir la extinción del contrato de obra por las causas pactadas en el mismo.

Las principales causas de extinción del contrato de obra son:

1) Desistimiento unilateral por parte del Promotor (art. 1.594 Cc): *“El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al Constructor de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.”*

Esta facultad de desistimiento presenta las siguientes características:

- Es una declaración unilateral (la formula sólo el Promotor), recepticia (debe llegar a conocimiento del Constructor) e irrevocable.
- No está sujeta a forma, si bien una notificación fehaciente facilita la prueba.
- Debe ofrecerse simultáneamente la indemnización al Constructor para que despliegue todos sus efectos. *“Se desiste indemnizando”*.
- La indemnización está integrada por todos los gastos, trabajo y utilidad que el Constructor hubiera podido obtener. El Constructor debe quedar indemne, en la misma situación que si el contrato se hubiere ejecutado en su totalidad.
- Los riesgos, a partir del desistimiento, corren por cuenta del Promotor.

2) Por mutuo acuerdo de las partes.

3) Por causas excepcionales:

1. Por muerte o declaración de fallecimiento del Constructor persona física o la disolución del Constructor persona jurídica (1595.1 CC) *“Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona”*.

2. Por imposibilidad sobrevenida de ejecutar la obra por causas ajenas a la persona del Constructor (1595.III CC) *“Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad”*.

3. Supuesto de declaración de concurso: arts. 61.2 *“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El Secretario judicial citará a comparecencia ante el Juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el Juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el Juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

Y 62.1 Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal.

4) Resolución del contrato (art. 1.124 CC):

Dentro de este supuesto, cabe incluir:

a) Cumplimiento inexacto o defectuoso del contrato de obra: se produce cuando la obra ejecutada por el Constructor no es correcta, produciéndose una desviación a las condiciones estipuladas en el contrato o la *lex artis*.

La doctrina suele señalar como supuestos que dan lugar al cumplimiento inexacto o defectuoso del contrato de obra los siguientes:

1. La obra no se ajusta a lo convenido, ya sea en calidad o en cantidad.



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

2. La obra adolece de vicios o defectos de construcción.

b) Incumplimiento definitivo: cuando existe un incumplimiento esencial del contrato, que da lugar a un quebrantamiento en términos absolutos del mismo, produciéndose una insatisfacción total para una de las partes contratantes.

El Tribunal Supremo ha estimado como causas de resolución del contrato de obra, entre otras, las siguientes:

1.- No finalizar las obras dentro del plazo pactado, siendo la fecha de terminación “término esencial del contrato”, de tal forma que frustra el fin del mismo.

2.- La existencia de múltiples vicios o defectos de construcción de carácter grave, que hacen imposible la normal utilización de la obra.

3. Cuando se entrega cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*).

El Tribunal Supremo exige la concurrencia de dos requisitos para aplicar el principio de *aliud pro alio* como causa de resolución del contrato, siendo éstos los siguientes:

- ✓ Pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto.
- ✓ Absoluta insatisfacción para una de las partes.

18.- ¿Se puede pactar en el contrato de obra una cláusula penal por retraso en la duración de la obra?.

En caso de retraso en la ejecución de la obra, el Constructor deberá indemnizarle al Promotor de aquellos daños y perjuicios que al Promotor le hubiere ocasionado el retraso en la terminación de la obra (art. 1.100 del Código Civil).

Para que entre en juego la indemnización de daños y perjuicios es necesario que el Promotor pruebe los daños y perjuicios ocasionados y que tales daños y perjuicios hayan sido consecuencia del retraso, por causas imputables al Constructor, ya que el incumplimiento del contrato por sí solo no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

En los contratos de obra es frecuente que las partes estipulen una sanción económica (denominada “cláusula penal o pena convencional”) que ha de abonar el Constructor al Promotor por cada día de retraso en la terminación de la obra, cuando la fecha de terminación haya sido previamente fijada en el contrato.

La cláusula penal está regulada en el Código Civil en los arts. 1.152 a 1.155, ambos inclusive. De dichos preceptos, merece especial mención el art. 1.154 al establecer lo siguiente: “*El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”.

Del contenido de este precepto se desprende que en el supuesto de que el deudor (en el caso del contrato de obra, sería el Constructor) cumpliera en parte o irregularmente con su obligación principal, el Juez podrá modificar equitativamente la pena, atendiendo al grado de cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

Hay que tener en cuenta que las modificaciones producen ineludibles efectos sobre el pactado plazo de ejecución, puesto que suelen conllevar retraso en el mismo que es conveniente documentar por escrito.

19.- ¿Cuáles son las principales cláusulas del contrato de obra?

Estructura del contrato de obra.

2.- DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO.

3.- CAPACIDAD DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA.

4.- DIRECCIÓN FACULTATIVA Y JEFE DE OBRA.

5.- ACTA DE COMPROBACIÓN Y REPLANTEO.

6.- PLAZO DE EJECUCIÓN.

7.- PRECIO.

8.- REVISIÓN DEL PRECIO.

9.- GASTOS POR CUENTA DEL PROMOTOR

10.- MODIFICACIONES AL PROYECTO Y OBRAS ADICIONALES.

11.- CERTIFICACIONES DE OBRA Y PAGO.

12.- RETENCIONES DE CERTIFICACIONES DE OBRA Y DE LA LIQUIDACIÓN FINAL.

17.- MATERIALES Y CALIDADES.

20.- SUBCONTRATACIÓN.

23.- TERMINACIÓN DE LA OBRA.

24.- ENTREGA DE LA OBRA.

25.- RECEPCIÓN DE LA OBRA.

26.- LIQUIDACIÓN DE LA OBRA.

27.- PLAZO DE GARANTÍA.

29.- CLÁUSULA PENAL.

30.- PÓLIZAS DE SEGUROS.

31.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

34.- CESIÓN DEL CONTRATO.

2.- Estructura del contrato de obra.

2.1.- Aspectos formales del contrato: rige el principio de libertad de partes y autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil). El contrato de obra no está sujeto a ninguna formalidad, pudiendo ser verbal o escrito, sin necesidad de elevarse a escritura pública (art. 1.280 CC).

2.2.- Reunidos: Nombre y apellidos, dirección y N.I.F. de los comparecientes.

2.3.- Intervención: Las partes pueden intervenir en su propio nombre (persona física) o en nombre de un tercero con poder notarial (persona física ó personas jurídicas –sociedades-). De las sociedades suelen intervenir sus Administradores, autorizados para ello por la propia escritura de constitución.

Es conveniente que se haga constar que el Presidente de la Comunidad de Propietarios interviene autorizado por la Junta General en la que se ha aprobado la realización de la obra.

2.4.- Exponendo (antecedentes expositivos).

Conviene celebrar un contrato de obra a tanto alzado, con precio cerrado.

2.5.- Estipulaciones o cláusulas: Las principales son:



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

1.- OBJETO DEL CONTRATO: Puede ser la ampliación, modificación, reforma o rehabilitación. Conviene determinar si constituye el objeto la ejecución total o parcial (concretar unidades).

También conviene determinar:

- Quién aporta los materiales (es la diferencia del contrato de obra con o sin suministro de materiales).
- Que el Constructor acepta el encargo a su riesgo y ventura, por un precio cerrado y en un plazo determinado.
- Que el Constructor ejecutará la obra conforme al Proyecto o sus modificaciones, a la legislación aplicable y a las instrucciones de la D.F. (art. 11.2 LOE).
- Que el Constructor no podrá variar las dimensiones o calidades especificadas en Proyecto sin aprobación escrita del Promotor.

2.- DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO:

Constituye una especialidad de este contrato, a diferencia de los demás, el hecho de que al mismo se incorpora una serie de documentación que forma parte integrante del mismo. Deben firmarse todos los documentos que se anexen al contrato.

Conviene establecer un orden de prelación entre tales documentos y entre los documentos que integran el Proyecto Técnico.

Conviene especificar en esta cláusula que el Constructor declara que los conoce y que todos esos documentos son suficientes para la correcta ejecución de la obra.

3.- CAPACIDAD DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA.

Constituye una protección para el Promotor, que conviene especificarla sobre todo por lo dispuesto en el art. 11.1.b de la LOE, que exige al Constructor *“Tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.”*

4.- DIRECCIÓN FACULTATIVA Y JEFE DE OBRA.

La designación de los miembros que integran la D.F. es obligación del Promotor. En cambio, la designación del Jefe de Obra es obligación del Constructor, conforme al art. 11.2.c. LOE.

La D.F. puede ordenar la demolición o reparación de unidades de obra no ejecutadas correctamente (art. 11.2.a LOE).

Tales unidades de obra no dan derecho a solicitar ampliación del plazo de ejecución previsto.

El Promotor puede sustituir cualquier miembro de la D.F.

5.- ACTA DE COMPROBACIÓN Y REPLANTEO.

Conviene documentar por escrito la fecha de comienzo de la obra, a efectos de la aplicación de la cláusula penal por retraso en la ejecución, no siendo recomendable que se fije un plazo indeterminado.

6.- PLAZO DE EJECUCIÓN.

Constituye un elemento esencial del contrato, puesto que el retraso puede dar lugar a penalizaciones (cláusula penal).

Conviene establecer la obligatoriedad del Constructor de cumplir con los plazos parciales y final de ejecución.

Cabe la posibilidad de prórrogas, pero sólo en circunstancias o situaciones que incidan de forma directa en el desarrollo de la obra.

Conviene también determinar el tiempo de duración de la ejecución de la obra, fijando el día inicial para el cómputo de ese plazo.

7.- PRECIO.

El precio determina la modalidad del contrato. Es la única cláusula diferente.

Conviene determinar en esta cláusula:

- ✓ Que el precio es único, global, cierto y cerrado.
- ✓ Que la determinación del precio se ha realizado conforme al presupuesto económico ofertado por el Constructor y aceptado por el Promotor.
- ✓ Que se especifique el porcentaje del beneficio industrial.

8.- INVARIABILIDAD DEL PRECIO.

Conviene indicar que al ser el precio cerrado, no cabe aumentarlo, por lo que cualquier variación en más o en menos de los precios presupuestados será de exclusivo riesgo del constructor.

9.- GASTOS POR CUENTA DEL PROMOTOR.

Todos los que se pacten en el contrato, pese a que por Ley puedan ser atribuidos al Promotor.

10.- MODIFICACIONES AL PROYECTO Y OBRAS ADICIONALES.

Conviene recoger que sólo cabrá fijar un nuevo precio por la ejecución de nuevas unidades de obras o modificaciones no previstas en el Proyecto, en los siguientes casos:

- a) Necesarias e imprescindibles para la correcta ejecución de la obra, que supongan una modificación del Proyecto.
- b) Obras adicionales o complementarias, que supongan un aumento de obra, tanto cuantitativo como cualitativo, que sea expresamente autorizada por escrito por la Comunidad de Propietarios, se acordará un nuevo precio contradictorio.

11.- CERTIFICACIONES DE OBRA Y PAGO.

El Constructor solicitará pactar una entrega a cuenta a la firma del contrato, normalmente para acopio de materiales.

También se suele pactar pagos parciales del precio convenido.

Se pueden presentar por fases de obra o por tiempo (generalmente mensual).

12.- RETENCIONES DE CERTIFICACIONES DE OBRA Y DE LA LIQUIDACIÓN FINAL.

Si así se pacta expresamente en el contrato, el Promotor puede retener al Constructor un porcentaje (5%) de cada certificación, incluida la final, para garantizar



*Colegio de Administradores de Fincas
de Las Palmas*

la correcta ejecución de las obras y del total cumplimiento de sus obligaciones (retraso).

Debe devolverla el Promotor transcurrido el período de garantía pactado en el contrato, que suele ser de un año, normalmente a contar desde la recepción.

16.- MATERIALES Y CALIDADES.

El Constructor no podrá realizar cambios de materiales o en las calidades especificadas en Proyecto, salvo autorización del Promotor.

El art. 17.6 de la LOE hace responsable directo al Constructor *“de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.”*

El art. 13.2.b de la LOE establece como obligación del Director de ejecución la de *“verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.”*

19.- SUBCONTRATACIÓN.

No se puede prohibir su inclusión, conforme a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

Esta Ley prohíbe la contratación a partir del tercer nivel de subcontratación, por lo que no es necesario pactarlo expresamente.

22.- TERMINACIÓN DE LA OBRA.

Según el art. 6.4 LOE la terminación de la obra se “acredita” con el C.F.O.

Es condición indispensable para que la obra pueda ser entrega al Promotor (art.6.1)

La LOE no fija un plazo para que los Directores entreguen al Constructor el C.F.O. ni para que éste le comunique por escrito al Promotor la finalización de la obra.

24.- RECEPCIÓN DE LA OBRA.

Ya estudiada al analizar las fases de la obra.

25.- LIQUIDACIÓN DE LA OBRA.

Constituye la última fase del contrato de obra.

Determina el precio a abonar por el Promotor.

Cabe pactar una retención.

26.- PLAZO DE GARANTÍA.

En desuso hoy día, pues según el art. 17.1 *in fine*, el Constructor responderá de los defectos de ejecución aparecidos en el plazo de 1 año desde la recepción.

27.- CLÁUSULA PENAL.

Es un medio de garantía del cumplimiento de las obligaciones fundamentales de los contratantes, como son la entrega de la obra dentro del plazo pactado y el pago del precio convenido.

Normalmente se fija en dinero.

Supone determinar inicialmente el importe de los daños y perjuicios.

28.- PÓLIZAS DE SEGUROS.

Legalmente sólo es obligatorio el seguro de responsabilidad decenal que tiene que suscribir el Promotor (art. 19 LOE) y que únicamente cubre daños estructurales.

Sólo si se pacta en el contrato, será obligatorio para el Constructor el seguro todo riesgo a la construcción y de responsabilidad civil.

Se diferencian:

a) Estos tienen una vigencia limitada: se suscribe al comienzo de la obra y hasta la finalización. El decenal se suscribe en el momento de la recepción de la obra y dura hasta 10 años después de la recepción de la obra.

b) Cubren siniestro distintos: el decenal los daños materiales de entidad grave (art. 17.1.a LOE) y los otros la responsabilidad a terceros ajenos al contrato de obra.

29.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Se pueden pactar las causas de resolución del contrato, al margen de las previstas en el Código civil.

32.- CESIÓN DEL CONTRATO.

Cabe pactar la cesión del contrato a un tercero, pero se recomienda que con el consentimiento de la Comunidad de Propietarios.

Las Palmas de G.C., 22 de septiembre de 2011.