

**A. DERECHO
CIVIL**

**EL DERECHO A COBRAR EL EXCESO DE
OBRA Y EL CUMPLIMIENTO EN PLAZO
DE LA EDIFICACIÓN**

**Núm.
118/2002**

José Manuel SUÁREZ ROBLDANO
Magistrado

• **ENUNCIADO:**

Habiéndose contratado la ejecución de determinada obra o edificación sujeta a un presupuesto de partidas y de unidades de obra cerrado, pese a ello se ejecutaron obras y unidades no presupuestadas ni acordadas expresamente en el documento contractual celebrado en su día, tratándose de obra superior no proyectada de una entidad superior al 10 por 100 de dicho proyecto inicial.

La propiedad no está de acuerdo en el pago de la demasía de la obra realizada al estimar que se ha llevado a cabo sin su consentimiento expreso y por tratarse de obra con ajuste alzado o a precio cerrado.

Por otra parte, además, debe plantearse el supuesto hipotético consistente en que el dueño de la obra estime que procede una indemnización de daños y perjuicios a su favor porque el contratista no terminó la ejecución de la obra encargada en el plazo contractualmente previsto, habiéndola variado además por razones de orden urbanístico.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- a) ¿Resulta posible devengar a cargo del dueño de la obra el exceso realizado y no contratado expresamente en su día?
- b) Casos en los que el retraso en el plazo de la ejecución de la obra encargada resulta inocuo o no da lugar a responsabilidad del contratista, así como si se altera la superficie de la misma.
- c) ¿Cómo han de liquidarse las cantidades supuestamente ilíquidas adeudadas al contratista?

• **SOLUCIÓN:**

a) Si se aprecia un notable aumento de la obra sobre la inicialmente proyectada, incremento muy por encima del 10 por 100 previsto en el contrato como variación tolerable y aceptado por el propietario del suelo porque sus comisarios supervisaron y dieron su beneplácito a todo el montaje de la exposición y, además, hubo una indudable utilización de la obra ejecutada; la aplicabilidad al caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) esta Sala sobre supuestos de hecho similares de aumentos de obra plenamente autorizados, jurisprudencia caracterizada por su gran flexibilidad y por dar prevalencia al artículo 1.593 del Código Civil (CC) sobre el artículo 1.204 del mismo cuerpo legal desde la consideración de ser suficiente para la efectividad de aquél el consentimiento tácito.

to del dueño de la obra deducido de hechos concluyentes o del conocimiento de la ejecución de las obras por la presencia de sus equipos técnicos sin manifestar oposición, razonamiento ilustrado con la cita de varias Sentencias, en especial la de 18 de abril de 1995 sobre inoperancia del principio de invariabilidad del precio cuando se introduzcan cambios en la ejecución que alteren el proyecto primitivo y produzcan variación de obra; tercero, la opción, también con base en la Sentencia de 2 de junio de 1981, por una revisión total del precio alzado inicial a la vista del cambio sustancial que respecto del proyecto supuso la obra finalmente ejecutada.

La jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre casos similares a partir de una interpretación flexible del artículo 1.593 del CC adaptada a la realidad social y que por tanto atiende a la muy frecuente circunstancia de que, pese al inicial encargo de la obra por un ajuste alzado, posteriores y sucesivos cambios acordados entre las mismas partes den lugar a que la obra finalmente ejecutada sea muy distinta de la inicialmente proyectada. A falta de constancia documental, la prueba de esos acuerdos suele venir constituida, en cuanto al contratista, por el hecho concluyente de la propia ejecución de obras no inicialmente proyectadas y, en cuanto al dueño de la obra, por la plena constancia para él de esas obras sin poner objeción alguna, conducta reveladora de consentimiento tácito a apreciar por los órganos de instancia como cuestión de hecho (Ss. de 28 de febrero de 1986, 31 de octubre de 1998, 26 de noviembre de 1999 y 18 de enero de 2000, entre otras muchas).

En su consecuencia, el reconocimiento del contratista a su derecho al mayor precio concretado pericialmente o por una diferencia de valor se ajusta no sólo a la doctrina de las sentencias antes citadas sino también a la contenida en sentencias de fecha posterior (Ss. de 10 de mayo de 1997, 6 de abril de 1999, 17 de julio y 26 de septiembre de 2001, entre otras).

b) Si en el caso que nos ocupa hubo una efectiva variación material del proyecto ideado, que es susceptible de producirse en los procesos constructivos, tanto por circunstancias impuestas, como pueden ser de orden urbanístico (Sentencia de 1 de junio de 1998), como sobrevenidas en atención a situaciones que aparecen en cada caso concreto y que es lo que ha concurrido, ya que la variación del proyecto, con la consecuente reducción superficial de los sótanos, tuvo unas causas determinadas, y fue que al proceder a la excavación del solar se pudo comprobar que parte de las zapatas de sustentación del edificio colindante se encontraban en el perímetro superficial de la finca de la propiedad, la que invadían de este modo, y hubo por ello de recalzarse la cimentación vecina mediante la apertura de catas alternas y, asimismo, se encontró roca dura que impuso que el dimensionado de las zapatas fuera mayor, por lo que los muros delimitadores de los sótanos no se pudieron llevar hasta las líneas límites del solar en los lindes afectados.

Las obras de referencia fueron realizadas a la vista de la propiedad, mediante el control de sus empleados, habiendo prestado su consentimiento, y figuran reflejadas en el preceptivo libro de órdenes, es decir, que aceptó, sin resolver el contrato ni haber llevado a cabo protesta alguna, la disminución superficial de los sótanos por causa de los impedimentos que se dejan dichos y provocaron las soluciones constructivas adoptadas ante los imprevistos que se presentaron y ello con sus consecuencias futuras en cuanto a la disponibilidad de las plazas de garaje que efectivamente resultaron realizadas.

En sede de doctrina general, la posibilidad de resolución contractual, que arbitra el artículo 1.124 del CC, requiere, para su efectividad, la existencia de una voluntad claramente obstativa al cumplimiento del contrato por la parte denunciada como incumplidora, que frustre la finalidad perseguida con el mismo, lo que no ocurre si aparece probado que la entidad mercantil demandada siempre ha

tenido intención de dar cumplimiento al contrato litigioso, lo que no ha podido realizar dentro del plazo estipulado en el mismo por causas totalmente ajenas a su voluntad, cuales son la prolongada tardanza en serle concedida la preceptiva licencia municipal de obras, lo que ha determinado un considerable retraso en la posibilidad de dar cumplimiento al repetido contrato, cuyo retraso no es, por sí solo, causa determinante de resolución. La Sala Primera del TS, resolviendo la cuestión en los términos en que se planteó en su día, y teniendo en cuenta las muy especiales circunstancias concurrentes en el caso, debidas al considerable retraso con que, sin causa imputable a la mercantil demandada, le fue concedida la licencia municipal, consideró que existían causas justificadas para conceder nuevo plazo a la demandada para el cumplimiento de su obligación de entrega a la actora de los dos pisos y plaza de garaje, pero teniendo en cuenta que la edificación ya ha de estar terminada, el plazo para dicho cumplimiento debe ser de 45 días a contar desde la notificación de esta sentencia.

c) El principio *in illiquidis non fit mora* recogido en el artículo 1.100 del CC, ampliamente reconocido por la jurisprudencia y enmarcado dentro de la obligación general de satisfacer intereses en caso de mora que proclama el artículo 1.108 del CC tiene el siguiente significado en la liquidación del importe de una obra.

La atenuación de dicho principio en la más reciente jurisprudencia pese a que esta nueva línea jurisprudencial, fundada en el principio objetivo de la buena fe y en el justo equilibrio de las prestaciones, constituye el fundamento explícito de la condena de intereses.

Si bien es cierto que la Sala Primera del TS ha seguido aplicando en alguna ocasión el referido principio (Ss. de 18 de abril de 1997, 19 de abril de 1999 y 4 de julio de 2001), no lo es menos que la nueva línea jurisprudencial se ha impuesto con carácter general plasmándose en las Sentencias de 26 de marzo, de 1 y 2 de abril y 13 y 22 de octubre de 1997, 21 de diciembre de 1998, 12 y 30 de julio y 11, 27 y 29 de noviembre de 1999, 13 de abril y 8 de noviembre de 2000 y 10 de abril de 2001, sin descartarse desde luego su aplicabilidad a los litigios sobre liquidación pendiente del precio de obra ejecutada (Sentencia de 25 de febrero de 2000), por lo que su aplicación en este caso ha de entenderse ajustada a la jurisprudencia en cuanto la alternativa de fijar como fecha inicial de devengo de los intereses la de la propia sentencia de apelación rompería el principio de justo equilibrio de las prestaciones.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 8 de abril de 1999, 31 de octubre y 3 de diciembre de 2001.**