



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Dopazo Fraguó, Pilar. La mercantilidad del contrato de obra por empresa como innovación regulatoria del nuevo Código Mercantil... En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1307-1325. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20984>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA MERCANTILIDAD DEL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA COMO INNOVACIÓN REGULATORIA DEL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL. (LOS CONTRATOS DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN/EDIFICACIÓN)

PILAR DOPAZO FRAGUÍO*

Resumen

En este texto se aborda la naturaleza y especialidades que caracterizan al *contrato de obra de construcción y/o edificación*, observando su posible configuración jurídica mercantil, como una modalidad contractual específica que cabe reconocer dentro del amplio género y nueva categoría contractual de los denominados “*Contratos de obra por empresa*”, todo ello conforme a la innovadora calificación contractual ofrecida por el actual Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En particular, se exponen los principales elementos estructurales de este tipo de contratación, así como los aspectos jurídicos más significativos. Al respecto, se destacan las singularidades propias de esta figura -el contrato de obra de construcción/edificación- con base a considerar el sector o ámbito donde opera, la legislación aplicable, los principales sujetos o agentes que intervienen en los procesos de construcción o edificación, y las prácticas contractuales habitualmente implementadas (contratación/subcontratación).

Contenido

1. Introducción. – 2. El *Contrato de obra por empresa* como innovación jurídica. Noción y configuración mercantil. – 3. El *Contrato de Obra / Edificación*. – 3.1. Noción, naturaleza y características. – 3.2. Los sujetos-partes en el contrato de obra/edificación. – 4. Agentes intervinientes en el proceso de edificación / proceso constructivo (competencias y marco de responsabilidad). – 5. Referencia a la práctica de la *Subcontratación*. Noción e Implicaciones. – 5.1. Riesgos y *Compliance*. – 5.2. Marco regulatorio vigente (LRSSC y LOE) y proyectado (Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, LCM). – 5.3. Identificación de los Sujetos del proceso de subcontratación. – 6. Corolario.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizan las principales características que identifican al contrato de obra / construcción o edificación, considerando sus elementos estructurales básicos y

* Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

destacando aquellos aspectos técnicos y jurídicos más significativos. En particular, se significa la innovadora calificación mercantil de este contrato, dentro de la amplia categoría de los “contratos de obra por empresa” aportada por el actual texto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante LCM)¹, conforme a la nueva clasificación de tipologías contractuales que ofrece dicha propuesta de codificación. De este modo, cabe reconocer la relevancia mercantil de esta aportación jurídica, -proponiendo configurar en el Derecho positivo dicha tipología contractual-, tanto por su interés doctrinal como por sus efectos prácticos, y en aras de procurar mayor seguridad en el tráfico jurídico. Así, en concreto, ha de ser estimada dicha propuesta legal por lo que respecta a su aplicación en el marco de la contratación instrumentada en el ámbito de la actividad económica - empresarial/profesional del sector de la edificación o construcción de obras (edificaciones/construcciones), objeto específico de este estudio. Con todo, es necesario destacar las especialidades (requerimientos específicos) que identifican a esta modalidad y práctica contractual en el sector precitado, en orden a estimar no solo la pluralidad de supuestos prácticos que ofrece la contratación en este ámbito (*v.gr.*, conforme al principio de libertad de pactos), sino también considerando el conjunto de normas sectoriales imperativas hoy vigentes, y, por ende, de necesario cumplimiento en el sector. En este sentido, hay que tener presente que, conforme a nuestro Ordenamiento jurídico vigente, son múltiples los aspectos técnicos y jurídicos que han de ser considerados, -por empresarios y profesionales-, a la hora de proyectar un modelo de contratación o subcontratación en este ámbito, sobre todo en previsión de asegurar un adecuado grado de cumplimiento regulatorio (*compliance* legal).

Ergo, cabe reconocer las especialidades del contrato de obra de edificación como modalidad contractual, no sólo con base a los propios requerimientos del ciclo o proceso de construcción, -desde una perspectiva técnica y jurídica-, sino también en atención a las singularidades propias de los principales sujetos o agentes que suelen intervenir en dicho ciclo o proceso; y, por ende, será necesario observar, -en cada caso-, su marco de competencias y de responsabilidades empresariales/profesionales. Con todo, examinando la práctica habitual del sector, queda claro la naturaleza empresarial/profesional de la actividad desarrollada, y, en consecuencia, el carácter mercantil de la contratación implementada por lo general. En este sentido, resulta sumamente ilustrativo verificar la naturaleza “empresarial o profesional” de los principales agentes u operadores que intervienen en las relaciones jurídicas generadas en el ciclo de la construcción. Lo mencionado, junto a otros aspectos característicos, conlleva el poder afirmar la clara *mercantilidad* de este tipo de contratos. Por esta razón, cabe destacar la aportación legal proyectada, -Anteproyecto de LCM-, por cuanto supone el claro reconocimiento positivo de la configuración mercantil de esta tipología contractual.

¹ *Cfr.*, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*. Ministerio de Justicia, Madrid 2013. En el citado texto, se dicta el régimen jurídico básico aplicable a los contratos mercantiles, y, en concreto, dentro del *Libro Quinto: De los Contratos mercantiles en particular*, el Título II regula el “*Contrato de obra por empresa*”. De igual modo, *cfr.*, el actual texto del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, Ministerio de Justicia - Ministerio de Economía y Competitividad (Consejo de Ministros, C.M. 30-mayo-2014).

A tenor del texto del Anteproyecto de LCM, la precitada figura contractual se regula en el Título II, dentro del Libro Quinto “*De los contratos mercantiles en particular*”, dedicado a la clasificación y regulación básica de los contratos en particular. Lo que supone una importante evolución para nuestro Derecho Positivo, -caso de promulgarse el actual texto proyectado-, al concurrir el propósito de dotar a nuestro Ordenamiento de una regulación sintetizada de las normas y obligaciones en general, asegurando la homogeneidad de la regulación aplicable en todo el mercado, conforme al deber de observar unos mismos principios básicos contractuales.

De esta suerte, en el texto propuesto se regula el *Contrato de Obra por Empresa*, como nueva modalidad o tipo contractual, dotándola de identidad jurídica propia (mercantil) y de un régimen jurídico básico. A su vez, dicha categoría, abarcaría -en la práctica- distintas *submodalidades* de contratos, pertenecientes a este mismo género o calificación contractual, y que podrán distinguirse por razón de los sujetos o del sector o actividad donde operen (*v.gr.*, con base a observar sus distintas singularidades y en orden a la legislación específica aplicable). Al respecto, cabe pronosticar que todo lo mencionado resultará plenamente compatible con el nuevo régimen legal proyectado, ya que éste ha sido configurado como un régimen jurídico básico, tal y como determina la propia Exposición de motivos del Anteproyecto de LCM, -“I-38. *En los contratos en particular se regulan los que podríamos considerar tipos contractuales básicos (...)*-, y, asimismo, de carácter preceptivo, “I-37. *En cualquier caso es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad*”(Exposición de Motivos).

Con todo, el presente estudio, en particular, se centra en el *Contrato de obra construcción/edificación*, interpretado como una figura específica que, a su vez, quedaría encuadrada dentro de la nueva calificación jurídica genérica del *Contrato de Obra por Empresa*, a la luz del actual texto propuesto de CM. Sin duda, en dicha categoría podrían ordenarse asimismo otras muchas figuras o tipos contractuales (subtipos), -además de la aquí estudiada-, vinculadas a otras actividades económicas, empresariales o profesionales, conforme ilustra la propia práctica mercantil o comercial.

Haciendo referencia específica al *Contrato de obra construcción/edificación*, es necesario analizar los elementos subjetivos o personales (principales sujetos/operadores) que, con carácter general, intervienen en el proceso de construcción de una obra o edificación; asimismo, los sujetos que intervienen -en cada caso concreto- como partes en el/los procesos de contratación implementados dentro de este ámbito. A su vez, se abordan distintas cuestiones jurídicas relevantes con respecto a la práctica contractual operada en este sector; destacando algunos aspectos que caracterizan a los contratos que hoy se instrumentan para la realización de este tipo de obras, y observando, en este sentido, la evolución de nuestro Ordenamiento jurídico.

En esta temática, en primer lugar, resulta esencial proceder a la previa identificación de los principales sujetos -agentes u operadores- que intervienen en el ciclo o proceso de construcción o edificación de obras, a fin de predeterminar cuáles son sus competencias, y, en consecuencia, -*a priori*-, el marco de responsabilidad asumido o asumible en la práctica, con base a observar en cada caso las relaciones jurídicas que se

generen, y, focalizando las posibles contrataciones instrumentalizadas al inicio y durante el proceso de edificación o construcción de obras (significando, en todo caso, la importancia de la fase precontractual). La consideración de todas estas cuestiones resultará de sumo interés a la hora de proceder a trazar adecuadamente el contenido de todo modelo contractual, y, de igual modo, para encaminar todo proceso de evaluación o *compliance* al respecto. Por otra parte, hay que reconocer el interés económico y empresarial del sector estudiado, no sólo en el ámbito del mercado interno sino también en el internacional², por lo que el seguimiento de buenas prácticas contractuales -por empresas y profesionales- ha de conllevar una valoración positiva digna de consideración.

2. EL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA COMO INNOVACIÓN JURÍDICA

Tal y como se ha avanzado en la introducción, cabe destacar como significativa aportación del *Nuevo Código Mercantil* proyectado (CM / LCM)³, estableciendo una regulación básica mercantil de determinadas figuras/tipos contractuales. Así, en concreto, acontece con la modalidad del “*Contrato de obra por empresa*” (conforme a la denominación dada por el texto proyectado). Sin duda, esta aportación, entre otras, supone una innovación jurídica destacada en nuestro Derecho Positivo; por cuanto, hasta el momento, esta modalidad contractual carecía de un marco regulador básico preceptivo, específicamente mercantil (más allá de lo ya previsto -con carácter general- por el Código Civil para los contratos de obra y/o para los contratos de servicios). A su vez, conviene puntualizar que dicha tipología básica contractual abarcaría, en la práctica, un amplio espectro de figuras contractuales, de contratos empresariales de obra; siendo así el *contrato de obra de construcción o edificación* sólo una posible denominación para referirse a un tipo de modalidad o tipo contractual (objeto específico de este estudio).

Al respecto, el Libro V, en concreto su Título II reza el *Contrato de obra por empresa* (*cfr.*, pp. 444-451 del texto propuesto precitado), quedando integrado por siete capítulos:

Capítulo I: Disposiciones generales. Capítulo II: De las obligaciones y derechos del contratista. Capítulo I: De las obligaciones y derechos del comitente de la obra. Capítulo IV: Del riesgo de pérdida o deterioro de la obra. Capítulo V: De la responsabilidad por incumplimiento y prescripción. Capítulo VI: De las modificaciones de la obra. Capítulo VII: De las causas específicas de extinción del contrato.

² En este sentido, cabe citar como en los últimos años se han emprendido distintos proyectos de internacionalización por algunas empresas españolas del sector de la construcción, -incluso, pymes-, tratando de enfrentar la crisis del sector en nuestro país, y, a su vez, con objeto de aprovechar las posibles oportunidades de negocio ofrecidas tanto en otros países de la UE como en terceros países, en especial, en el caso de estos últimos, en aquellos identificados como “economías emergentes”.

³ *Cfr.*, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, y, actual texto del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, (C.M. 30-mayo-2014).

En suma, digno es destacar que conforme al texto del nuevo CM (actual Anteproyecto de LCM), nuestro Derecho positivo mercantil dispondrá de un marco regulador básico, sintetizado la diversidad normativa existente, y a su vez, paliando posibles vacíos legales, y, en todo caso, reordenando contenidos, -obligaciones y derechos- en este ámbito y tipología contractual. No obstante, ello no impide el ejercicio del **principio de libertad de pactos** entre las partes, -siempre conforme a respetar los preceptos de carácter imperativo-. Con ello, se trata de armonizar la regulación aplicable en esta materia, en todo el mercado, conforme a fijar unos mismos principios o criterios básicos contractuales, evitando, de este modo, que puedan plantearse dudas sobre la naturaleza jurídica del contrato, la regulación aplicable, entre otras cuestiones que pudieran surgir, sobre todo aquellas motivadas -v.gr.- por la concurrencia de distintas regulaciones. Por otra parte, cabe señalar que el preceptuar dichas normas básicas, para las obligaciones y contratos mercantiles en general, es una cuestión jurídica nuclear, por cuanto supone fijar los criterios básicos que han de regir, siendo aplicables a los contratos mercantiles en particular que regula el CM proyectado. Y lo mencionado cierto es, aún cuando esas normas pudieran coincidir con las establecidas por la legislación civil; esta circunstancia, no ha de suponer ningún obstáculo para que la nueva normativa proyectada (CM) resulte eficaz, sirviendo, en todo caso, para *integrar y completar* nuestra actual legislación mercantil, dotando a destacadas figuras contractuales de perfiles propios y de una clara e indiscutible calificación mercantil.

De este modo, el texto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (LCM) define el *Contrato de Obra por Empresa (Artículo 521-1)* y procede a ordenar los aspectos que han de concurrir necesariamente para poder identificar la calificación mercantil de este contrato, con base esencialmente a la naturaleza o carácter empresarial de las partes. Al respecto, y con referencia al contrato aquí estudiado -el contrato de obra de construcción/edificación-, cabe señalar que la consideración e identificación de la figura del *contratista* resulta nuclear, debiendo ser empresario (o profesional) en ejercicio típico y habitual de su actividad. Con ello, la exigencia de la participación empresarial será criterio clave y determinante para informar sobre el carácter mercantil de un contrato en cada caso concreto; o, en su defecto, civil. Por ende, conforme a este criterio corresponderá la aplicación -o no- del régimen dictado por el CM.

Artículo 521-1, “1. Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos. 2. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes.”

Por otra parte, la noción legal concreta el objeto del contrato, la construcción de una obra, o de una construcción/edificación, así como la reparación o transformación de una *cosa*, y, con todo, la realización o consecución de un determinado *resultado*, conforme a los términos acordados previamente entre las partes (*comitente y contratista*) en cada instrumento contractual. Asimismo, resulta común que en este tipo

de contratos medie contraprestación, por lo que se configura claramente como un contrato oneroso; con ello, asimismo concurre otra característica típica y propia de la contratación mercantil. En consecuencia, cabe destacar que la noción legal aportada por el CM configura una nueva tipología contractual que cumple con las características tradicionales de la contratación mercantil. Y, en todo caso, en el contrato analizado deberá quedar claramente especificada la obra encargada o encomendada a ejecutar (determinación del objeto en el instrumento contractual), y, además, todas las especificaciones requeridas para la realización de la obra (*v.gr.*, la calidad de los materiales empleados,...). Asimismo, hay que significar que el presupuesto de “alcanzar el resultado” –y conforme a lo previamente acordado y encomendado– supone un requerimiento necesario para asegurar el efectivo cumplimiento del contrato, por parte del contratista: la ejecución definitiva de la obra, trabajo o construcción encomendada con la entrega del *resultado*, todo ello, conforme a los términos convenidos.

Art. 521-4, Ámbito de aplicación, “1. Quedan fuera del ámbito de aplicación de este Capítulo: a) Los contratos cuyo fin principal no sea la consecución de un resultado. (.../...)”.

En este sentido, el comitente podrá encargar la realización de una obra específica -de cualquier tipo- predeterminando la elección del ejecutante o profesional que será el que debe realizar dicha obra, entre otras especificaciones que pudieran ser marcadas (materiales, plazos de ejecución y de finalización, etc.).

3. EL CONTRATO DE OBRA / EDIFICACIÓN

Cabe significar que nuestro Ordenamiento jurídico vigente no dispone -hasta el momento actual- de una regulación específica relativa al contrato de obra o de edificación. Si bien, disponemos de la regulación común del Código Civil, que configura el *contrato de obra* como un tipo modalidad de arrendamiento⁴. Al respecto, el art. 1542 y el art. 1544 CC. determinan que “*el arrendamiento puede ser de cosa, de obras, o de servicios*”; y, a su vez, que “*en el arrendamiento de obras, o e servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto*”. Ahora bien, ambas figuras mantienen claras diferencias, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, lo que en la práctica ha generado distintas interpretaciones en determinados supuestos de contratación. Asimismo, con carácter general, resultan aplicables el art. 1588 y ss. del CC.⁵, interpretados en relación a la ejecución de toda modalidad de obra, realizada con base a un contrato previo, incluyendo, por ende, la realización de obras inmobiliarias (esto es, obras destinadas a la construcción de una edificación o, de igual modo, obras de ampliación, remodelación o rehabilitación de edificios). Y, en concreto, los arts. 1591 a 1593 CC. refieren

⁴ Al respecto, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*. Vol.II. Civitas, Madrid, 1976, pp. 332-333.

⁵ ARCO TORRES, M.A. DEL y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la Construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*. Comares, Granada, 2001, p.69.

directamente a la construcción de un edificio. Con todo, la propia evolución de la doctrina y la Jurisprudencia ha sido significativa en esta materia, lo que demuestra la persistencia del interés jurídico por tratar de delimitar estas figuras, precisando sus ámbitos de aplicación, así como, en particular, la propia naturaleza jurídica del contrato de obra de construcción y/o de edificación, diferenciándolo de otros institutos jurídicos, como -v.gr.- el arrendamiento. Cuestión doctrinal, esta última, que no ha sido pacífica.

3.1. Noción, naturaleza y características

El contrato de obra (de construcción o edificación) ha recibido varias calificaciones por parte de la doctrina, -v.gr.-, como “contrato de arrendamiento de obra”⁶, o, de forma genérica, como una modalidad de “arrendamiento”; asimismo, también ha sido calificado genéricamente como “contrato de empresa”, y, como “arrendamiento de industria”. Además de estas múltiples calificaciones doctrinales, desde otra perspectiva, ha recibido asimismo denominaciones como “contrato de ejecución de obra” y/o “contrato de obra”. Siendo estas dos últimas, las que -en principio- pudieran estimarse como más idóneas o precisas. No obstante, en la actualidad, la doctrina mayoritaria prefiere la denominación de “*contrato de construcción de un edificio*”⁷.

En la práctica, resulta clara la naturaleza típicamente empresarial o mercantil del contrato de obra de construcción o edificación por lo que respecta al ámbito del sector de la construcción, en tanto actividad económica/empresarial claramente identificada por su objeto específico la construcción de obras/edificaciones, asimismo, por los sujetos que operan (empresarios y profesionales). De este modo, en la actualidad, cabe señalar que la denominación más utilizada, -siendo la más precisa-, es “***contrato de ejecución de obra***” y/o “***contrato de obra***”. Con ello, hoy, en el tráfico jurídico y económico, esta tipología contractual se configura bajo la precitada calificación con sumo acierto. Ello supone el reconocimiento de una figura contractual con entidad propia, y, por lo tanto, independiente del contrato de arrendamiento, ya que dispone de los necesarios elementos estructurales “específicos”, -tanto *subjetivos* (elementos personales/sujetos) como *objetivos* (contenidos, finalidad y otros aspectos)-, que sirven para identificar, caracterizar y, a su vez, diferenciar a esta modalidad contractual respecto a otras. Además de considerar otros aspectos y circunstancias que -como ya se ha señalado- concurren y caracterizan al propio sector operativo o tipo de actividad económica/empresarial: las obras de construcción o edificación. Todo ello, sin duda, incide e impregna la práctica mercantil en este ámbito, por lo que el disponer de una regulación específicamente mercantil del contrato de obra por empresa (marco básico)

⁶ Vid., SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Tomo I. Madrid 1973, pp. 335. Y, del mismo autor, “El contrato de ejecución de obra y su problemática”, en *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 379.

⁷ Al respecto, el “*Contrato de construcción de un edificio*” se define como “aquel en que una de las partes denominada comitente o dueño de la obra, encarga a otra, denominada contratista o constructor, la construcción de un edificio determinado con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por ello un precio cierto”. MULLERAT, R.M., “La denominación del contrato de construcción”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 681-684.

resultará sumamente conveniente, tanto a efectos de incrementar la seguridad jurídica, como de facilitar una adecuada operativa contractual (promoviendo “buenas prácticas”). Y, en este sentido, estimamos positivo el texto de la propuesta del nuevo Código Mercantil (actual Anteproyecto de LCM), destinado a ordenar los elementos estructurales básicos de la práctica contractual mercantil.

Por lo que respecta a los *sujetos intervinientes como partes* en el *contrato de obra*, con carácter general, quedan claramente identificados, a saber: el *dueño o propietario de la obra* (o construcción) y el *contratista*.

Por otra parte, lo mencionado no supone desconocer la *genuina* naturaleza civil de la modalidad contractual estudiada⁸, como “arrendamiento de obra”, en cuanto que se trata de un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro a ejecutar una obra determinada mediando contraprestación (precio cierto). Y, en cuanto a la distinción clásica que concurre entre “arrendamiento de obra” y “arrendamiento de servicios” (regulado por el CC. y diferenciados en su art. 1544). Así, cabe observar que -en la práctica- no siempre resulta fácil desvincular el resultado de los medios empleados a dicho fin, ya que cuando se contrata un servicio también se espera alcanzar un resultado; y, de igual modo, cuando se contrata la realización de una obra, resulta lógico que la actividad previamente desarrollada también sea considerada como necesaria para cumplir dicha finalidad⁹. Precisamente atendiendo a esta última consideración, igualmente cabe valorar positivamente la innovación jurídica mercantil aportada por el nuevo CM proyectado, dotando a nuestro Derecho positivo de una regulación uniforme relativa a todo tipo de contrato de obra por empresa.

En todo caso, es clara la diferenciación, según la cual en el *contrato de obra* la prestación del contratista consiste en una *obligación de hacer* (ejecutar una obra) y, además, en una obligación *de entregar* (la obra o edificación construida una vez finalizada); por ende, el objeto y la finalidad principal radica el obtener un resultado concreto, concurriendo así una asunción de responsabilidad a estos efectos. En consecuencia, hay que interpretar que el contratista asume el riesgo de las prestación encomendada, antes de la entrega (arts. 1589 y 1590 CC), y, más allá, hasta finalizar la obra el resultado comprometido).

Al respecto, en otro orden, cabe señalar que con suma nitidez esta cuestión se disciplina por parte de nuestro Derecho público, observando la Legislación aplicable en materia de contratos administrativos o contratos del Sector Públicos (*cf.*, el precedente art. 99 LCAP y, en el mismo sentido, en texto del precepto del vigente TRLCSP), determinando así que *la ejecución del contrato de obra se realizará a riesgo y ventura del contratista* (art. 99). Por tanto, cabe inferir que más allá de la propia naturaleza de la relación jurídica o de la propia obra, en cada supuesto, lo que caracteriza y aporta identidad específica al *contrato de obra* (frente a otros tipos de contratos) es la *distribución contractual del riesgo*.

⁸ Conforme señala LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II, vol III, Bosch, Barcelona, 1979, p. 183.

⁹ O'CALLAGHAN, Xavier, “Contrato de obra. Responsabilidad por ruina”, en *Actualidad Civil*, nº 27, 1988, p. 1679.

Con todo, el contrato de obra estudiado ha sido definido¹⁰ como “*aquel por el que una de las partes denominadas contratista, empresario o artífice, se obliga frente a la otra, denominada principal o comitente, a la producción de un determinado resultado con su actividad independiente y a cambio de recibir una contraprestación pactada (precio cierto)*”. Siendo sus principales elementos característicos, a saber: **(A)** Con respecto a la forma del contrato de obra (*elementos formales* característicos), se trata de un contrato consensual, siendo válido y eficaz cualquiera que fuera la forma elegida, y en todo caso, debiendo ser conforme a Derecho¹¹. Por ende, en principio, no precisa requisitos formales específicos y, al respecto, opera el principio general de libertad de pactos. Si bien, se recomienda, -en aras de la seguridad jurídica-, la formalización por escrito, en atención a la trascendencia económica de este tipo de negocios jurídicos¹². Y, **(B)** Con respecto a los *sujetos* y al *objeto* del contrato, cabe sintetizar los siguientes aspectos característicos: **(B.1.)** El contratista ejecutará la obra en el ejercicio de su actividad profesional/empresarial, para lo cual dispondrá de la formación y conocimientos necesarios a dicho fin, actuando con la debida diligencia y conforme a buenas prácticas (*lex artis*). Y con respecto a la ejecución de la obra contratada, se determinará en el contrato; a su vez, por pacto expreso, podrá encomendarse la misma a determinado contratista, que además de aportar su trabajo o industria, suministre los materiales precisos y/o equipamientos requeridos para ejecutar la obra (art. 1588 CC). Por otra parte, cabe señalar que no es preciso –salvo pacto expreso– que el contratista ejecute personalmente la obra contratada. De esta forma, se podrá encargar que una obra sea realizada por un determinado ejecutante, con base a su entidad o cualificación profesional (*vid.*, art. 1595 CC). En todo caso, las mencionadas precisiones o especificaciones deben quedar expresadas en el contrato; en tal supuesto, el contratista queda facultado para celebrar contratos con otros sujetos, contratistas *independientes*, acudiendo a la fórmula de la subcontratación (en dicho caso, actuarían “a su cargo”, bajo su dirección y, por ende, responsabilidad). **(B.2.)** La obra supone el resultado de la actividad desarrollada o trabajo ejecutado por dicho contratista. Y, **(B.3.)** En todo caso, la obra será realizada mediando contraprestación, conforme a unos criterios específicos previamente acordados (prefijados en el instrumento contractual).

Por otra parte, en esta materia es necesario hacer referencia a la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*¹³ (en adelante, LOE), cuyo ámbito de aplicación está principalmente dirigido a regular la construcción y la edificación, así como, las obras de construcción de edificios.

¹⁰ Conforme a la noción aportada por la doctrina, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*.

¹¹ Al respecto, STS de 30-5-1987 y STS de 4-9-1993.

¹² No obstante, sí se reconoce la plena validez del contrato de obra verbal, *v.gr.*, Sentencias de Audiencia Provincial nº 5/ 2008, sección 1ª, de 9-1-2008 (JUR 2008, 88458) y nº. 595/2007 de 8 -11-2007 (JUR 2008, 67174).

¹³ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

3.2. Los sujetos-partes en el contrato de obra/edificación

Los sujetos del contrato de obra, es decir, las partes entre los que se celebra el contrato, son el *titular o propietario de la obra* -la titularidad o propiedad de la obra- (edificación o construcción) que encarga la ejecución de la obra (el **Comitente**), y el **Contratista**, que es el sujeto u operador que asume la ejecución de la obra, y se encarga de realizar y culminar la obra contratada.

Con respecto a la intervención de estos sujetos, -identificados *a priori* como partes del contrato de obra-, es necesario exponer algunos de los aspectos que caracterizan la intervención de estos sujetos en esta tipología y práctica contractual. En este sentido, cabe señalar que en materia de construcción, la simplificación de agentes intervinientes, y, por ello, de sujetos -conforme a la identificación precitada-, puede resultar compleja en la práctica, ya que en gran número de supuestos intervienen *terceras figuras* en el proceso constructivo o de edificación. Tal es el caso de la figura del **promotor de la obra**, sujeto que promueve, inicia, dirige y organiza la construcción, y, que, en su caso, aportará los medios necesarios para realizar la obra. Con respecto a este sujeto, es importante significar, que en ciertos supuestos, puede quedar equiparado al constructor, por cuanto pudiera acontecer que fuera el promotor el que pudiera dirigir la ejecución efectiva de la obra. En dicho caso, éste asumiría las funciones “genuinas” del constructor; incluso, pudiera asumir otras posibles atribuciones (esto es, correspondientes -en principio- a otros sujetos o agentes intervinientes en el proceso constructivo). En consecuencia, se deberá observar cada supuesto contractual y/o práctica operada.

En todo caso, hay que señalar que nuestro Derecho Común refiere solamente tres figuras, así conforme al Código Civil: (i) *El dueño de la obra* (arts. 1592 y 1594 CC.), asimismo, hace expresa referencia al “propietario del suelo” el art. 1593 CC.). (ii) *El contratista* (arts. 1591 y 1593 CC.). (iii) *El arquitecto* (igualmente, referido en los arts. 1591 y 1593 CC.). A su vez, cabe advertir las diferencias relativas a las figuras precitadas¹⁴. De este modo, el Contratista, como empresario de obra, se puede identificar en la práctica con el Constructor, que se distingue de la figura profesional del Arquitecto. Y, con respecto a este último sujeto, cabe señalar que el arquitecto y el contrato que le vincula con la construcción, principalmente se relaciona con la

¹⁴ El Código Civil sólo hace referencia a tres sujetos, el dueño de la obra, el contratista (empresario-operador que ejecuta la obra) y el arquitecto (profesional); por lo que, -en la práctica-, podrá coincidir el promotor con el dueño de la obra y/o con el constructor, concurriendo -en cada caso- una pluralidad de actuaciones, prestaciones y responsabilidades. No obstante, dicha interpretación se ofrece sólo como una interpretación y una posibilidad operativa (caso de coincidencia o concurrencia de titularidades y competencias/responsabilidades), ya que la figura del promotor no implica en todo caso ser constructor. Además, en la práctica, no proceden equívocos, pues la figura del promotor de una obra, toda vez que no sea el titular del dominio (*v.gr.*, solar), no será el dueño o propietario de la obra; y, asimismo, tampoco puede ser el contratista, ya que la figura del promotor se caracteriza por su función de promoción y dirección, y, por ende, -en principio-, no quedaría obligado a la ejecución de la obra (o la edificación de la obra proyectada sobre el dominio o solar que así fuera titularidad de otro sujeto distinto: el “propietario o dueño de la obra”). Por tanto, cabe afirmar que en la práctica se deberá observar cada supuesto concreto, identificando cada sujeto, sus competencias y funciones, prestaciones convenidas y otras obligaciones, todo ello vía instrumento contractual.

generación de la “idea” o “creación” de la obra proyectada, su dirección y vigilancia de la ejecución, pudiendo operar así un contrato mixto entre la prestación de servicios y el contrato de obra propiamente dicho¹⁵. En otro orden de cuestiones, la cualificación profesional y/o la especialización técnica es presupuesto nuclear en esta materia; así junto al *Arquitecto*, opera la figura del *Aparejador o Arquitecto técnico*, sujeto especialmente encargado de la dirección técnica de la obra (siendo, en algún caso o tipo de obras, ingenieros). En consecuencia, son varios los sujetos que pueden actuar como agentes intervinientes en el proceso de edificación -todo ello, conforme a la LOE y, a su vez, con el resto de normativa aplicable en este ámbito-.

En suma, con carácter general, cabe identificar, que los sujetos (*partes*) del contrato de obra, -aquellos que celebran el contrato bilateral o multilateral-, son: por una parte, *el dueño de la obra o “propietario”*, aquel que encarga la ejecución de una determinada obra, y, por otra, *el contratista*, aquel sujeto o *agente* que se encarga de realizar dicha obra, y se compromete -asumiendo el riesgo- de llevar a cabo su ejecución. En efecto, entre ambas partes se celebra el contrato de obra, si bien, conviene detallar que en la construcción de edificios (edificaciones / proceso de edificación) cabe diferenciar la intervención de varios operadores o agentes (*agentes intervinientes*), del siguiente modo: *el Propietario -o dueño de la obra-* que recibirá en su patrimonio la obra una vez finalizada; el *Promotor* de la construcción, siendo éste el sujeto u operador que plantea la iniciativa, dirige, organiza e implementa todos los medios necesarios para realizar la obra o construcción; el *Constructor*, que es el principal agente encargado de ejecutar la obra, siendo responsable de cómo se procede (proceso de ejecución, modo de proceder y calidad de la edificación -que comprende la calidad de sus materiales empleado en la misma). A su vez, dicha obra, podrá ser efectuada encomendando el proyecto de la obra y su realización a un profesional, el *Arquitecto*, que asumirá así la dirección facultativa de la misma. A lo mencionado, hay que añadir, que el promotor puede ser a su vez el constructor, y, a su vez, éste puede ser o no el dueño de la obra. De este modo, cuando el promotor y/o constructor no fuera el dueño o propietario de la obra, podrá acudir a la *subcontratación* de servicios, esto es, subcontratar a terceros la ejecución en todo o en parte la obra, sin que ello pueda implicar una fórmula para evitar la responsabilidad con respecto a la ejecución de la misma.

Por lo que respecta a la figura del *Constructor*, su función principal consiste en la materialización de la obra proyectada, siendo el responsable de la adecuada ejecución material y efectiva de la misma, conforme al proyecto trazado y siguiendo las

¹⁵ Haciendo referencia al contrato del arquitecto, que le vincula con el cliente, cabe señalar que en la práctica suele consistir en una mera “hoja de encargo” o similar, en virtud de la cual se le encomienda a este profesional la realización de un trabajo. En todo caso, resulta de interés la Jurisprudencia civil reiterada, que en atención a los elementos y tipos de contrato, diferencia claramente *arrendamiento de obra* y *arrendamiento del servicio/s*, señalando que esta última calificación contractual corresponderá cuando el objeto del acuerdo consista en la prestación de una actividad o el desarrollo de un trabajo, como tal y con independencia de alcanzar un resultado específico o concreto. Por el contrario, corresponderá la calificación de *arrendamiento de obra* en aquel supuesto en que lo encomendado consista en la ejecución de un determinado proyecto, destinado a un objeto e interés específico, y, por ende, el alcanzar el resultado concreto, conforme a lo encomendado es nuclear, quedando el profesional comprometido a ello. (STS 30-5-1987, RJ 1987, 3852), ST 25-5-1988 (RJ 1988, 10363), ST 24-6-1988 (RJ 1988, 5131)

instrucciones técnicas señaladas por los profesionales-técnicos, observando en todo caso buenas prácticas en la construcción. Al respecto, la LOE dice: “*Son obligaciones del constructor: Ejecutar la obra con sujeción al Proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de la obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el Proyecto*” (art. 11.2.d.); y, a dicho efecto, debe asignar los medios humanos y materiales necesarios, conforme lo requiera la obra (art. 11.2.d.). Además, y en plena congruencia con lo mencionado, tiene facultad para decidir sobre la *subcontratación* de trabajos y prestaciones¹⁶.

4. AGENTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE EDIFICACIÓN / PROCESO CONSTRUCTIVO (COMPETENCIAS Y MARCO DE RESPONSABILIDAD).

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 8 LOE)¹⁷ considera agentes de la edificación a todos aquellos sujetos u operadores que de alguna forma intervienen o participan, ya sea directa o indirectamente, en dicho proceso. Asimismo, identifica a dichos agentes u operadores y preceptúa los deberes básicos esenciales que han de asumir. Al respecto, el Capítulo III de la LOE, refiere tanto a los “posibles” agentes de la edificación que intervienen de forma directa en dicho proceso (promotor, proyectista, constructor, director de obra y/o directos de ejecución de la obra), como aquellos otros que pueden intervenir indirectamente (empresas/entidades o profesionales de control de la calidad de la edificación y proveedores/suministradores de materiales/productos, etc.). Por último, la Ley hace expresa referencia a la figura de los titulares/propietarios, y a los posibles consumidores/usuarios que, en su caso, pudieran adquirir la obra o edificación, -una vez finalizada-, ya que en dicho supuesto éstos serían los destinatarios finales de la obra o edificación construida (art. 16 LOE).

A su vez, hay que señalar que la noción utilizada de “*agentes técnicos*” hace referencia¹⁸ a aquellos profesionales técnicos o facultativos, como son *arquitectos, aparejadores e ingenieros*, que intervienen en el ciclo o proceso por encargo del promotor, quedando sujetos a la regulación técnica y jurídica, *v.gr.*, la legislación urbanística en vigor; asimismo, se encargan de elaborar el proyecto (*proyectistas*), de dirigir la obra a ejecutar, con el fin de garantizar su conformidad con los títulos

¹⁶ Al respecto, la LOE dicta que las *subcontratas* que operen han de ser conformes a los términos del contrato suscrito con el promotor (art. 11.2. e. LOE). De igual modo, ha de firmar el *acta de replanteo* o de inicio de la obra, y el *acta de recepción de la obra* (art. 11.2. f.). Asimismo, el constructor facilitará, al director de la obra/s, todos los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada (art. 11.2. g.). También, debe suscribir las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción (art. 11.2. h.).

¹⁷ *Cfr.*, Art. 8 LOE: “*Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación*”, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

¹⁸ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE 1999”, en *III Encuentros CGPJ y GSCAE sobre “La Ley de Ordenación de la Edificación y su desarrollo”*, Lanzarote, 25 -05-2000.

habitantes o autorizaciones administrativas procedentes y, a su vez, conforme al propio fin propuesto (*director o directores de la obra /codirección de la obra/edificación o de la ejecución de la obra*). De igual modo, podrán asumir la función técnica de dirigir toda la ejecución de la obra y supervisar - controlar cualitativamente (requerimientos de calidad) y cuantitativamente (presupuesto) la edificación desarrollada. Una vez identificados los agentes que intervienen, resulta fundamental la concreción de sus competencias, y, de forma más específica, la distribución de atribuciones o funciones entre los distintos operadores mercantiles o profesionales que efectivamente intervengan en cada caso¹⁹. Y, en todo caso, la determinación específica de las atribuciones, obligaciones y responsabilidades procederá con la formalización de los correspondientes instrumentos contractuales. Considerando imperativo el deber de asumir aquellas obligaciones atribuidas conforme a lo preceptuado por la LOE (arts. 9 a 16) y, a su vez, por la legislación sectorial o específica que resultara aplicable (art. 8, último párrafo) -*v.gr.*, en materia urbanística, medioambiental, prevención de riesgos laborales, etc.- (art. 1.2 LOE). Por otra parte, cabe añadir que si una Administración pública interviniera en el proceso, -*v.gr.*, como agente de la edificación-, han de ser observados los requerimientos establecidos por la legislación vigente específica, y, en todo caso, la Ley de Contratos del Sector Público -actual TRLCSP²⁰-; así como, en su defecto, por la LOE (y, en dicho caso, cabe exceptuar lo referente a las garantías establecidas, *vid.*, “garantías de suscripción obligatoria”, *ex art.* 1.3).

5. REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA *SUBCONTRATACIÓN*. NOCIÓN E IMPLICACIONES

Completando lo expuesto, resulta oportuno por su interés práctico en la temática analizada, hacer referencia a la figura de la subcontratación, ya que con frecuencia en el sector de la construcción -entre otros- se acude a este recurso, es decir, a la fórmula de la *subcontratación de servicios (outsourcing)*²¹, principalmente con objeto de

¹⁹ Sintetizando dichas competencias, cabe señalar que (a) compete al promotor: la iniciativa, promoción y financiación del proyecto/obra o edificación; (b) al proyectista: la elaboración del proyecto de la obra o edificación. (c) al constructor: la ejecución de la obra/edificación. (d) a la dirección facultativa (director de obra y director de la ejecución de la obra): la dirección de la obra (función realizada conjuntamente entre ambos); (e) a los laboratorios y entidades de control de calidad: supervisar la calidad; (f) a los suministradores: aportar los materiales o productos necesarios para la construcción de la obra. Por último, (g) cabe hacer mención a los propietarios o titulares, usuarios del edificio: buen uso del edificio y mantenimiento/conservación del mismo. Asimismo, la LOE establece una clasificación de la tipología de edificaciones, determinando diferentes grupos o categorías en virtud de sus usos o destinos principales; de forma que cada agente se correspondería con una actuación o función básica del proceso, conforme señala MERCHÁN GABALDÓN, F., *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000, p.35.

²⁰ *Cfr.*, el vigente TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

²¹ *Outsourcing*, esta denominación refiere la práctica empresarial mediante la cual una empresa u organización puede transferir recursos o la prestación de servicios a otro operador. En suma, es una práctica por medio de la cual una empresa procede a la delegación de la ejecución de ciertos trabajos o servicios a otras empresas especializadas, *v.gr.*, transferir un proceso de negocio encomendado a un

externalizar algunos de los servicios no esenciales encomendados, o bien sólo de aquellos en los que se precisa determinada especialización, conocimiento o infraestructura. La subcontratación supone “*el uso productivo de recursos ajenos a la empresa para realizar tareas que originariamente se ejecutaban dentro de la misma, o que perfectamente podrían realizarse por la empresa contratista sin ayuda de prestadores de servicios externos*”²². En la práctica, el acudir a la figura de la subcontratación implica la generación de otras contrataciones (“cadena de contratos”) que, a su vez, pueden operar en distintos niveles. En virtud del *subcontrato*, el contratista queda vinculado con el contratista, vía otro contrato específico -asimismo calificado como “contrato de obra”-, y esta relación mercantil será independiente de la principal (*contrato de obra principal*). No obstante, cabe admitir el carácter accesorio o complementario de este “subcontrato” respecto al contrato de obra principal, encontrando en él su causa.

5.1. Riesgos y *Compliance*

En todo caso, el fenómeno de la subcontratación en un sector como el de la construcción, ha planteado retos importantes en materia de prevención y control, con el fin de evitar abusos o ilícitos. De este modo, se ha tratado de frenar el acudir indiscriminadamente a esta figura (sin la debida justificación), y en ciertos supuestos con el propósito de eludir el debido cumplimiento de los marcos legales preceptivos (*v.gr.*, en materia de prevención de riesgos, régimen social-laboral, legislación medioambiental, entre otros). Por esta razón, y aunque esta fórmula pueda reportar claras ventajas al empresario principal, es necesario que el legislador discipline los controles aplicables y la previsión de las infracciones o ilícitos objeto de posible sanción, todo ello con el fin de evitar el uso fraudulento de esta fórmula, o su abuso injustificado y sin las debidas garantías, en el tráfico mercantil.

Conforme a la pretensión descrita, el legislador español dictó la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LRSSC)*²³, desarrollada por el Reglamento aprobado por *Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto*. Esta regulación del sistema de subcontratación en la ejecución de las obras ha pretendido incrementar el rigor en materia de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, evitando el posible encubrimiento de prácticas abusivas a través de la generación fraudulenta de cadenas de subcontratación sin control y/o acudir a la cesión de actividades y mano de obra evitando los controles preceptivos, y, con todo, persiguiendo la elusión de la responsabilidad última del contratista.

subcontratista, el uso de recursos, etc.. Todo ello con el fin de ejecutar trabajos, servicios o actividades por otro operador (externo), que, en su defecto, se hubieran realizado por el propio personal y/o sus recursos internos.

²² LÓPEZ CAMPILLO, C., “La subcontratación en el sector de la construcción (I)”, Noticias Jurídicas, abril 2009, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200904-75321054687451.html> (Fecha de última consulta: 8-8-2014).

²³ BOE de 19 de octubre de 2006.

5.2. Marco regulatorio vigente (LRSSC y LOE) y proyectado (*Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, LCM*)

La precitada Ley (LRSSC) es principalmente una norma laboral, y tiene carácter sectorial, en especial destinada a su aplicación en el sector de la construcción²⁴, estableciendo el régimen jurídico aplicable en materia de subcontratación, que define como “*la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado*” (art.1). Su pretensión principal radica en el control de la subcontratación en cadena, y a dicho fin marca una serie de criterios preceptivos, aportando garantías dirigidas a evitar que el empleo de esta fórmula o modo de organización productiva pudiera generar situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 1.1 LRSSC). Entre las novedades que ha aportado esta legislación, cabe mencionar la introducción de un conjunto de medidas garantes, enfocadas en tres direcciones: **(1º) Limita los niveles de contratación permitidos**, que sólo podrán ser tres²⁵; y, a su vez, exige el cumplimiento de

²⁴ Se trata de una normativa preceptiva, marco legal de obligado cumplimiento para todas las obras de construcción (art. 2.1), incluidas en su ámbito de aplicación y cuya ejecución fuera iniciada con la entrada en vigor de la Ley precitada (19 de abril de 2007), conforme dicta la D.F 3ª en relación con la DT1ª; no obstante, cabe señalar que determinadas obligaciones fueron exigidas posteriormente, una vez se dictó el desarrollo reglamentario de la Ley.

²⁵ Con respecto a los niveles y límites aplicables a la Subcontratación (excepciones previstas por la Ley precitada, cabe señalar que si bien el art. 5 determina el régimen de la subcontratación, siendo así la regla general de libertad de contratación (conforme al reconocimiento, con carácter general, del art. 38 de la Constitución Española de 1978), y dice: “*La subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley*”. Por otra parte, la Ley innova, introduciendo una nueva noción de “*nivel de subcontratación*”, que define del siguiente modo, “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*” (art.3). Asimismo, limita la subcontratación a tres niveles a partir del Contratista, con ello trata de frenar las redes o cadenas de Subcontratación sin control o ilimitadas. Así, la limitación de contratación dependerá del nivel de contratación ante el que nos posicionemos, en cada caso, diferenciando: **(i)** El promotor sí puede proceder a contratar directamente con los contratistas que considere, personas físicas o jurídicas. Reconociendo así a este sujeto la plena libertad de contratación, sólo operando las limitaciones exigidas por la legislación específica aplicable en determinado ámbitos, como el sector público, en el que los contratistas deben, en todo caso, cumplir los requerimientos legales establecidos (*vid.*, Art. 3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, y, en concreto, determinando los requisitos en su Art. 61 y ss.). **(ii)** El contratista (es el sujeto que contrata el promotor o el propio promotor ejerciendo como tal) puede podrá contratar la ejecución de prestaciones o trabajos que, a su vez, le hubiera encomendado el promotor mediante contrato previo, con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos. No obstante, cabe señalar que el contratista, supone lo que se denomina el “*nivel cero de contratación*”, y también le es reconocida la libertad de subcontratación; asimismo, puede ceder parte de los trabajos contratados con el promotor a uno o varios subcontratistas o trabajadores autónomos. De este modo, cabe detallar: el primer subcontratista, constituye el primer nivel de contratación, y podrá contratar con hasta dos subcontratistas más. El segundo subcontratista podrá subcontratar la ejecución de los trabajos que tenga contratados a un tercer subcontratista o trabajador autónomo. Y, el tercer subcontratista, en ningún caso podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo, constituyendo con ello, el tercero el nivel máximo de contratación. En suma, cabe concluir afirmando que el Art. 5 de la Ley 32/2006 establece unas prohibiciones y unas limitaciones que operan, principalmente, en la cadena vertical de subcontratación, no afectando ni al promotor ni al contratista, sino al tercer subcontratista y a los trabajadores autónomos (sin trabajadores o empleados propios), junto a los denominados subcontratistas de mano de obra intensiva. No obstante, la Ley, establece en su Artículo 5.3, como *posibilidad excepcional* la *ampliación del límite de*

determinadas condiciones para las subcontrataciones que operen a partir del tercer nivel de subcontratación, ya que debe acreditarse que responden a necesidades reales que hubieran surgido (esto es, han de responder a causas objetivas). **(2º) Exigencia de requerimientos cualitativos y cuantitativos para la empresa/organización:** *requisitos de calidad o solvencia*, que deben cumplir los operadores/las empresas del sector de la construcción, con la finalidad de incrementar las garantías de actuación/ejecución, y asimismo, en lo relativo al deber de acreditación de la formación específica de sus trabajadores y en materia de prevención de riesgos laborales, acreditando la organización preventiva de la propia empresa y la calidad del empleo conforme al deber de reunir unas condiciones básicas laborales (estabilidad en el empleo y condiciones adecuadas en la empresa). Y, **(3º) Exigir el cumplimiento del deber de transparencia** en las obras de construcción, cuyo cumplimiento se pretende supervisar a través de determinados sistemas documentales y de registro; y, asimismo, se trata de asegurar la participación activa de los trabajadores en las organizaciones/empresas que intervienen en la ejecución de la obra.

Desde la perspectiva jurídica, cabe significar que LOE, haciendo mención expresa a las actividades del constructor, y, asimismo, a la posibilidad de acudir a la subcontratación, establece la obligación de formalizar las subcontrataciones que operen y, en todo caso, determina la responsabilidad directa del constructor (principal) –*cfr.*, Art. 17.6 LOE–²⁶. De este modo, la LOE incorpora la doctrina jurisprudencial sentada con respecto al artículo 1591 CC. Así, se configura al constructor como el sujeto o agente “garante principal y pleno” de la actuación desarrollada por el subcontratista/s, al que encomendó/contrató la obra o el suministro. No obstante, lo mencionado no presupone una exención de la responsabilidad para el subcontratista (si bien, -cabe

subcontrataciones, cuando concurra alguna de las circunstancias excepcionales prevista en la Ley y debidamente justificadas (casos fortuitos y fuerza mayor, especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción). Asimismo, se debe notificar a la autoridad laboral competente dicha subcontratación excepcional, remitiendo en el plazo de cinco días hábiles siguientes a su aprobación, un *informe* expresando las causas extraordinarias que acontecen y justificarían esta posibilidad, así como aportar copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación (Art 5.4).

²⁶ Artículo 17 LOE, *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*, apartado 6, “El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”. Conforme señala la Ley precitada, cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a efectos de reclamar lo procedente en su caso (Art. 17.6 LOE). Al respecto, la STS núm. 164/2008, de 3 de julio (RJ 2008, 4365), que conforme a la doctrina sentada relativa al marco de responsabilidad del subcontratista, dice “La intervención de un subcontratista no altera la responsabilidad del contratista determinada en el artículo 1591; dicho participe en determinadas tareas edificativas no es considerado en general como agente de la edificación y la doctrina científica mayoritaria rechaza la acción directa del comitente en contra del subcontratista; y aunque la doctrina jurisprudencial ha sido fluctuante sobre este particular, se destaca la posición relativa a su exculpación; la Ley 31/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2799), de Ordenación de la Edificación, no aplicable al supuesto de autos, en su artículo 17.6 párrafo segundo, establece que “cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiera lugar(.../...)”.

interpretar-, la LOE sí parece excluir a éstos como agentes intervinientes directos de la construcción). Con todo, hay que señalar que en la medida que la LOE no aborda la responsabilidad extracontractual, resultará aplicable las reglas generales del Código Civil, asimismo en lo relativo a la responsabilidad prevista en el art.1902 y ss. del CC., que, conforme a la jurisprudencia, sí determina la responsabilidad del subcontratista por los daños y perjuicios causados a tercero ajeno al contrato de obra. De igual modo, cabe referir la acción directa de que dispone el *subcontratista* (art. 1597 CC)²⁷.

Por otra parte, desde un enfoque jurídico mercantil, con respecto a la subcontratación, cabe significar que el texto proyectado de LCM hace expresa referencia a esta figura en la regulación del *Contrato de Obra por Empresa*.

Artículo 522-6. Facultad de subcontratar la obra. “1. El contratista podrá subcontratar con terceros o valerse de otras personas para realizar la obra, salvo pacto en contrario o cuando de las circunstancias o de la naturaleza de la obra se deduzca otra cosa. En particular, y salvo autorización del comitente de la obra, no se podrá subcontratar con terceros cuando la prestación del contratista consista fundamentalmente en una actividad, manual, intelectual o de otro tipo, determinada en atención a las cualidades de éste. La subcontratación podrá referirse a la totalidad o a una o varias partes de la obra, sin que en ningún caso el contratista pueda subcontratarla íntegramente con un único subcontratista. Los subcontratistas podrán subcontratar parcialmente la ejecución de la obra encomendada, pero los segundos subcontratistas no podrán realizar ulteriores subcontrataciones. 2. El contratista y, en su caso, los subcontratistas, deberán poner en conocimiento del comitente de la obra la subcontratación de ésta, facilitando los datos que permitan identificar a los subcontratistas.”

En este orden y materia, la regulación ofrecida por este texto sigue los criterios ya establecidos por la legislación vigente (precitada) con respecto a la subcontratación, así como la doctrina sentada por la Jurisprudencia (tal y como se ha expuesto *supra*); con todo, cabe destacar su interés jurídico como aportación específica en el orden positivo mercantil, ya que dota al Derecho mercantil de un marco regulador básico

²⁷ Cfr., Art. 1597 Código Civil, “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado 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”. Al respecto, DÍAZ BARCO, F., Manual de Derecho de la Construcción, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.124. En este mismo sentido, la jurisprudencia se pronuncia, véase STS 2374/2013, de 25 de abril de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (Id Cendoj: 28079110012013100256), cuyo Fundamento de Derecho 1º, dice, “Se ha ejercido en el presente proceso la acción directa que contempla el artículo 1597 del Código civil para el contrato de obra que se concede al tercero que pone su trabajo o material frente al dueño de la obra, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código civil, como dicen las sentencias de 2 julio 1997, 6 junio 2000, 18 julio 2002, 31 enero 2005, 24 enero 2006, que añaden que cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior; asimismo, la 19 abril 2004, con apoyo de jurisprudencia anterior, precisa que los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, lo que ratifica con más contundencia la sentencia de 14 octubre 2010 como destaca la doctrina, dando por supuesto que la acción directa “ex artículo 1597” beneficia a los subcontratistas, lo importante es que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de obra. El artículo 1597 habla de “obra ajustada alzado”, por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el artículo 1597; no obstante lo cual, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que estén también determinadas el número de unidades a ejecutar. En todo caso, si se reclama a varios de los contratistas o subcontratistas, la responsabilidades solidaria, como dice la sentencia de 26 septiembre 2008 con cita de abundante jurisprudencia anterior (...)”. (texto disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6725976/Letra%20de%20cambio/20130531>).

específico para este ámbito, disciplinando así el uso de este recurso en la práctica mercantil y aportando mayor seguridad jurídica. Felizmente armoniza y, sobre todo, sintetiza en un único cuadro legal el régimen jurídico preceptivo que resultará de obligado cumplimiento en materia de subcontratación. Al respecto, el CM proyectado refiere la posibilidad de acudir a la *subcontratación*, igualmente estableciendo unas limitaciones y, con todo, insistiendo en la necesidad de establecer un control para evitar abusos a través de este recurso. De este modo, se reconoce la facultad para subcontratar la obra en el citado art. 522-6, *siempre que expresamente no hubiera sido prohibido expresamente en el contrato principal* (contrato de obra - empresarial), en cuyo caso no se podrá acudir a la subcontratación de terceros por parte del contratista, salvo autorización del comitente de la obra. De igual modo, se especifica que en caso de subcontratación, contratista/subcontratista deben comunicar al comitente de la obra el recurso a la subcontratación, informando sobre el subcontrato, así como sobre los datos que identifiquen a los subcontratistas (empresarios/profesionales). Por otra parte, el precitado artículo establece una serie de *limitaciones*: (i) No se podrá subcontratar con terceros cuando la prestación del contratista consista fundamentalmente en una actividad, manual, intelectual o de otro tipo, determinada en atención a las cualidades de éste. (ii) En ningún caso el contratista pueda subcontratarla íntegramente con un único subcontratista. (iii) Si bien, los subcontratistas podrán subcontratar parcialmente la ejecución de la obra encomendada, ahora bien, los segundos subcontratistas no podrán realizar ulteriores subcontrataciones.

Por último, cabe destacar que expresamente determina la responsabilidad directa del contratista frente al comitente en los supuestos de subcontratar la ejecución de una obra (*cf.*, art. 522-7), todo ello conforme a la doctrina sentada por la jurisprudencia y los criterios comunes aplicables en virtud de la regulación vigente, tal y como previamente ha sido expuesto en este texto. Por otra parte, conviene precisar que, en la práctica, el recurso a la subcontratación procederá para la realización de parte o partes de la ejecución de una obra (cabe interpretar que no cabe por la totalidad o integridad de la misma).

6. COROLARIO

En virtud de todo lo expuesto, hay que poner en valor la aportación jurídica que representa, en nuestro Ordenamiento jurídico positivo, el texto propuesto del nuevo Código Mercantil (actual Anteproyecto de Ley del CM), -tal y como se argumenta en este trabajo-, ya que, entre otras innovaciones jurídicas, disciplina con toda claridad un régimen jurídico básico para determinados tipos de contratos. Y, en particular, perfila los criterios que han de informar la calificación mercantil del *Contrato de obra por empresa*, dotándole de un marco básico regulador preceptivo, y fijando los principales elementos que han de concurrir para determinar su *mercantilidad* (al respecto, la intervención de la figura empresarial resultará esencial). Todo ello, con el propósito de facilitar la práctica jurídica y aportar seguridad jurídica en materia de contratación.

En este sentido, y en particular, el proyectado CM supone una aportación relevante por lo que respecta a la posible configuración jurídica del *Contrato de obra de construcción / edificación*, -objeto específico de este estudio-, ya que informará su práctica en el tráfico jurídico mercantil conforme a un cuadro sistemático de criterios. De este modo, se ordenan y clarifican los presupuestos necesarios que han de concurrir en la práctica mercantil (permitiendo evaluar y determinar con nitidez la tipología y el carácter mercantil de la relación jurídica operada en cada caso). Por otra parte, el régimen proyectado felizmente respeta el principio de la libertad de pactos entre las partes, debiendo respetar las normas imperativas previstas.

En conclusión, hay que significar la armonización regulatoria que aporta el proyectado CM, en aras a incrementar la seguridad jurídica en materia de contratación, facilitando el marco legal básico que ha de regir la práctica contractual mercantil.