

El “ius variandi” en las obras con ajuste alzado. Antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen del derecho comparado

Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

Juzgado Central nº 6. Audiencia Nacional
Madrid

Resumen: Se cuestiona en el presente estudio la interpretación que la jurisprudencia ha venido haciendo del artículo 1593 del código civil, jurisprudencia que ha tolerado las modificaciones que unilateralmente vienen realizando las constructoras pese al carácter cerrado del precio. Esta jurisprudencia entra en clara contradicción con los antecedentes históricos de este precepto y con la normativa reguladora de consumidores y usuarios. La Ciencia Jurídica ha articulado propuestas más que suficientes desde la perspectiva del derecho comparado sino para reformar dichos preceptos cuando menos para adecuarlos a las exigencias de los tiempos y la protección de quienes acceden a un bien de primera necesidad como es la vivienda.

Abstract: This study calls into question the interpretation that the law has been making of Article 1593 of Spanish Civil Code. Case law has tolerated the changes that to be doing unilaterally by builders despite the fixed price of such contracts. These cases comes in clear contradiction with the historical background of this rule, and the regulations of consumers and users. Legal Science has articulated more than enough proposals from the perspective of comparative law, to reforming those provisions, adapting the demands to the times and saving of individuals rights who need accessing to housing.

Palabras clave: interpretación art. 1593 del Código Civil, obra, precio cerrado.

Keywords: interpretation of Article 1593 of civil code, building, fixed price.

Sumario:

- I. El riesgo y ventura en el contrato de obra.**
- II. Antecedentes históricos de dicho precepto.**
- III. Alcance del principio dispositivo en el art. 1593 del Código Civil.**
- IV. Interpretación del artículo 1593 del cc por la jurisprudencia.**
- V. El pacto expreso de precio cerrado.**
- VI. Vías alternativas de exclusión de riesgos propuestos convencionalmente. Tratamiento jurisprudencial.**
- VII. Incidencia de la legislación de consumidores y usuarios en la interpretación del requisito de autorización presunta.**
- VIII. Tratamiento de esta cuestión en los países de nuestro entorno.**
- IX. Conclusiones.**

Recibido: noviembre de 2010.

Aceptado: enero de 2011.

I. EL RIESGO Y VENTURA EN EL CONTRATO DE OBRA

El proyecto de una edificación siempre supone un negocio arriesgado bastante complejo de amortizar. Representa un coste muy importante respecto de una realidad futura e incierta. Es por esto que quien contrata una obra lo hace normalmente sobre la base de un presupuesto más o menos limitado y de este modo siempre tendrá interés que el precio final del mismo no se modifique para evitar sobresaltos y situaciones que superen los medios financieros a su disposición. Este interés, sin embargo, se presenta en confrontación con la realidad de la obra, dadas las grandes dificultades de prever el aumento del precio de los materiales, el incremento de los salarios de la mano de obra, la calificación jurídica de los terrenos, etc. Resulta por ello manifiestamente difícil hacer una previsión de futuro que permita asegurar el coste final, siendo inherente a la actividad constructora la existencia de un margen aleatorio mayor o menor.

Nuestro código reconoce como propio y natural del contrato de obra que la misma se realice con un precio alzado, y que no se repercuta en el mismo los mayores costes que se deriven de las eventualidades que puedan presentarse durante el curso del proceso constructivo, es más da por supuesto que esto sea así, siempre que se realice sobre un precio alzado en vista de un plano convenido, previniendo en concreto el art. 1593 que no podrá incrementarse el precio de la obra aunque haya *aumentado el de los jornales o materiales*". No atiende el código a circunstancias de fuerza mayor o la diligencia de las partes, en orden a atemperar este precepto¹. Sin embargo, tan enfática declaración contenida en el art. 1593 se ve constreñida por lo señalado en el inciso final del mismo precepto "*pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización*

¹ Como luego se indica, el precedente de dicho precepto se encuentra en el artículo art. 1793 del Codé Civil francés, pero a diferencia del art. 1593, el precepto francés exige que para que pueda autorizarse dicha modificación del contrato, se documente por escrito los cambios o aumentos y previamente se convenga el precio con el propietario. El proyecto de código civil de García Goyena transcribe casi literalmente al francés. García Goyena en sus concordancias señala que las convenciones han de ser fielmente ejecutadas según la voluntad de las partes y en el caso del artículo (1534) está bien manifiesto la del propietario del suelo acerca de la cosa u objeto del contrato, en función del plano o proyecto de la obra, y del precio, que lo será globalmente por ajuste alzado.

el propietario”. En realidad el énfasis puesto en la invariabilidad del precio, resulta redundante en la medida que no es más una aplicación del principio general *pacta sunt servanda*. Es por tal razón, que la verdadera relevancia del precepto venga dada por este último inciso, aspecto que como luego se verá, no se corresponde con el origen histórico del precepto y que ha sido sobredimensionado por la jurisprudencia.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE DICHO PRECEPTO

La actual redacción del artículo 1593 del Código Civil resulta un tanto confusa en cuanto que en apariencia no presentan singularidad alguna que no pueda resolverse por las reglas generales. Para el entendimiento del precepto ha de tenerse presente su origen histórico, el cual se encuentra, como ha quedado indicado, en el artículo 1793 del Código Civil francés y en el artículo 1534 del proyecto de Código de García Goyena de 1851 que reproduce literalmente el precepto francés. La razón de ser del art. 1793 se encontraba en la preocupación del legislador por evitar las especulaciones abusivas de arquitectos y contratistas, quienes –según los autores franceses que participaron en la elaboración del Code- de antiguo venían traficando dolosamente sobre los planos preparados en los edificios².

En estos preceptos si bien se admitía la posibilidad de que se pudiese pedir el aumento del precio por las modificaciones que se introdujesen, se requería para ello que los cambios o ampliaciones del plan se hayan autorizado por escrito y que se haya convenido el precio con el propietario. La razón de ser de estas exigencias formales añadidas, venían determinadas por razones de seguridad jurídica. Y es que no se entiende que la complejidad de un documento formal, un plano realizado por un técnico especialista fundamentado en la realización de mediciones y valoración de cantidades, pesos y medidas pueda ser suplida sin tener en cuenta iguales previsiones. La razón de ser del precepto es magníficamente ilustrada por García Goyena para el código de 1851³:

«Las convenciones han de ser fielmente ejecutadas según la voluntad de las partes, y en el caso del artículo (1534), está bien manifiesta la del propietario del suelo acerca del plano o proyecto de la obra y del precio alzado. Pero han sido muy graves y frecuentes los abusos de

² Cfr. SABATER BAYLE, E., «Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 19 (1989) 285.

³ Cfr. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, imprenta de la sociedad tipográfico-editorial, Madrid 1852, p. 485.

los arquitectos en esta materia, sopretesto de haberse encarecido los materiales o jornales o de cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles o necesarios; alegábase más de una vez que el propietario había aprobado los segundos, espresa o tácitamente, aunque no por escrito. Los arquitectos invocaban la máxima constante de derecho, que nadie debe de enriquecerse a espesas de otros; los propietarios replicaban que nada tenían que ver con el alza o baja de los materiales y jornales y que en el segundo caso no podrían pedir rebaja en el precio alzado, que ellos no habían consentido en los cambios, que al hacer el ajuste echaron sus cuentas y su posición particular no les permite nuevas y mayores desembolsos. El artículo (1534 que requería al igual que el francés la forma escrita), previene estos abusos con la prueba escrita que exige el consentimiento del propietario. Pero si este en casos estraordinarios como si al abrir los cimientos se encontrasen obras o edificios subterráneos que fuese absolutamente necesario destruir y limpiar se negará a un razonable aumento del precio, podría el arquitecto recurrir al juez para obtenerlo. La comisión desechó esta opinión: habrá pues de estarse al testo literal y perentorio del artículo».

Lo cierto es que desaparecidas aquellas exigencias formales, el precepto ha perdido su sentido y ha venido a constituir, como ya pronosticaba García Goyena, una fuente de litigios amparada en la posición de dominio que detentan quienes se encuentran al frente de las obras.

III. ALCANCE DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL ART. 1593 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro código civil aunque sólo reconoce la posibilidad de arrendamientos de obra por ajuste o precio alzado, regulando este tipo contractual bajo tal denominación en la sección 2ª del título VI del libro IV, junto al de servicios y el de transporte, admite en el artículo 1592 la posibilidad de que la prestación se verifique de otro modo, mediante piezas o unidades de medida⁴. El hecho de

⁴ Esta circunstancia de que el Código Civil español, sólo regule el contrato de obra por ajuste alzado separándose de su precedente francés, quizás tenga su origen en el derecho prusiano que hizo de la previsión de una contraprestación global el rasgo característico de esta categoría contractual. (ALR I, 11 § 869). Esta referencia al precio global se conserva todavía en algún autor después de publicado el BGB, que postulan la diferencia entre el arrendamiento de obra y servicio en el tipo de remuneración del contrato confundiendo el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios parciario. (Véase LOTMAR, Ph., *Der Arbeitsvertrag*. Dos volúmenes, reimpresos y editados por REIHBINDER, M., Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922): Colloquium zum 150. Geburtstag Bern 15./16. Juni 2000 / herausgegeben von Pio Caroni. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 2003. Bern 2001).

que dicho precepto se encuadre como excepción dentro del título obras por precio o ajuste alzado es bien expresivo de la condición de dicho contrato, cuya calificación entra más dentro de los contratos de servicio mediante prestación parciaria que de los de arrendamiento de obra. Y es que dicho precepto establece dos reglas particulares que vienen a desnaturalizar en gran medida la condición de la prestación como de resultado que es característica del arrendamiento de obra: en primer término el hecho de que el contratista pueda exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción y en segundo que se presuma aprobada y recibida la parte satisfecha. Tales previsiones desnaturalizan la condición de obligación de resultado, en cuanto que recibéndose parcialmente no puede apreciarse la funcionalidad de la obra que es esencial para el entendimiento del contrato conforme al artículo 1591 y 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación. De este modo, resulta bastante el hecho, de que la parte de la obra recibida sea en sí conforme a lo estipulado con independencia de que resulte adecuada o no para la función de que la misma se espera⁵.

Junto al supuesto previsto en el artículo 1592, el artículo 1593 establece el caso de que la obra se realice por un ajuste alzado, es decir por un precio único en razón de un plano previamente convenido. En tal caso se establece que el contratista no podrá pedir aumento de precio aunque se hayan incrementado el de los jornales o materiales. La previsión contenida en el artículo 1593 no es sino una consecuencia necesaria de la configuración de la prestación contractual como de resultado. Es lo que ha venido siendo calificado como principio de riesgo y ventura y al mismo se refiere con entera corrección técnica la STS, 1ª, 10.10.2003 (ED 2867/2003, Corbal Fernández):

“El contrato por ajuste alzado supone para el constructor la exigencia de aplicar su experiencia para calcular el coste total de la obra y apreciar la posibilidad de eventualidades e imprevistos que pueden aparecer en el transcurso de la misma, y que debe asumir. Una cosa es que quepa matizar el principio de invariabilidad del precio de una obra contratada por ajuste alzado en determinadas hipótesis de trabajos necesarios y a fin de evitar el enriquecimiento injusto (v. S 12 Ene. 1999), que es el pensamiento que subyace en la resolución recurrida, y otra

⁵ No empee, al carácter de ajuste alzado el hecho de que -como comúnmente se suele hacer en los contratos de obra con precio alzado- se proceda al desglose del precio fijado en diversas partidas. Así la STS de 28.2.1989 ponente (Ortega Torres) señala que “no ofrece duda que la obra se contempla como un conjunto a realizar por el precio indicado, siendo irrelevante que se consignen partidas como «movimientos de tierra», «hormigones», «albañilería», «carpintería», «electricidad», etc., cuyo único significado es el de explicar y justificar el quantum en definitiva señalado como importe total del precio“. Véase también STS 7.10.1986, (Carretero Pérez).

distinta que quepa comprender en tal doctrina el supuesto de autos. No resulta aceptable atribuir al dueño de la obra el incremento del coste de la misma, ni directamente mediante la supuesta necesidad de una modificación del proyecto; ni indirectamente, tratando de compensar la mayor profundización del muro cambiando la cota de la solera con la subsiguiente consecuencia, a cargo del comitente, de la modificación a efectuar en la rampa de acceso. Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los arquitectos respecto de los otros agentes intervinientes en la construcción, ya que la absolución de aquellos en este proceso afecta solo a la relación con el comitente”.

El artículo 1593, requiere además de la existencia de un precio alzado, que los trabajos se realicen con sujeción a un plano. El plano es una concreción del resultado, que como es sabido, configura y caracteriza al arrendamiento de obra frente a lo que es propio de los contratos de servicios. A través del plano, se limita o constriñe el objeto de la prestación definiendo la calidad y cantidad de lo construido. Ciertamente no puede pretenderse del mismo una pretensión de totalidad o exhaustividad completa pero lo que queda fuera debe de reconducirse a las valoraciones tipo medio y en último término a las previsiones generales de la conducta diligente como marco de la prestación del contrato. Es por todo ello que cuando el artículo 1593 se remite a la existencia de aquel plano, lo que hace es marcar la separación, siempre difusa entre el tipo contractual de arrendamiento de obra y servicios y debe de tenerse presente que es de esencia a los primeros la exigencia de un resultado, con independencia de los avatares que se produzcan durante la realización del servicio. No quiere decir esto, que no pueda contratarse una obra sin sujeción a plano, pero tal contrato determinará el control discrecional de los elementos que no estén reglados en el contrato y de otra la asunción por el propietario de la ventura mayor o menor de los avatares de la construcción por aumento del precio o los materiales.

Una concreción singular de este plano al que se refiere el artículo 1593, es el proyecto de obras al que se refiere la Ley de Ordenación de la edificación. El artículo 4.1 de la LOE entiende el proyecto como el *conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el ámbito de aplicación de la ley*. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable⁶.

⁶ El proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22.02.1994 distinguía a su vez entre el proyecto arquitectónico y el proyecto de obra integrado a su vez por la memoria, los planos, el pliego de condiciones y el presupuesto, reconociendo la competencia exclusiva al arquitecto superior para redactar el primero y extendiéndola a los aparejadores o arquitectos

Para FEMENIA LÓPEZ el concepto de proyecto se entiende en la LOE en sentido objetivo y no subjetivo. Son las obras de arquitectura, las que configuran el concepto legal de proyecto de obra a los efectos de la responsabilidad por vicios y deficiencias constructivas y no una determinada cualificación profesional⁷. De este modo aún siendo competencia exclusiva del arquitecto o técnico correspondiente la elaboración del respectivo proyecto, estos deberán de ajustarse a las instrucciones del dueño de la obra, y durante su generación intervendrán el resto de los agentes de diverso modo, y esto es así, porque el proceso de generación del proyecto de ejecución definitivo se desarrolla en diversas fases en el que el grado de concreción dependerá de los intereses de unos y otros. Estas fases vienen definidas en el RD 2512/1977 sobre tarifas de honorarios de los arquitectos (art. 1.4 de la tarifa I) en las siguientes: Estudio previo, Anteproyecto, proyecto básico y proyecto de ejecución⁸.

Sin entrar en detalles sobre el alcance de la intervención de las partes en cada una de estas fases, a los efectos que aquí interesan, deberá de tenerse en cuenta que el proyecto de la obra es un proceso diferido y aún cuando su elaboración corresponde en última instancia al arquitecto, durante el curso de su generación intervienen activamente cada uno de los interlocutores en el proceso constructivo, siendo la función del arquitecto la de trasponer a un formato técnico el modelo libremente elegida por aquellos.

técnicos cuando la edificación únicamente requiera el proyecto de obra. La ley no distingue en este punto hablando indistintamente de proyecto de obras y proyecto de edificación si bien el carácter de la obra determinará necesariamente unas exigencias técnicas y jurídicas distintas según sea su objeto.

⁷ FEMENIA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad del Arquitecto en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Editorial Dickinson, Madrid 2004, p. 84.

⁸ Como expone GONZÁLEZ PÉREZ (Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación p.103) en la práctica profesional se ha generado la utilización de un proyecto básico, con la finalidad de adquirir la certeza de que la obra proyectada se ajusta a la ordenación urbanística y por tanto al otorgamiento de la licencia, antes de elaborar el proyecto con toda la documentación exigida para poder ejecutarse las obras. De este modo se evitaban los trabajos que exigía la elaboración del proyecto en su totalidad, en aquellos casos en que la legalidad de las obras proyectadas se presentaba dudosa, por no ofrecer la suficiente claridad y precisión el planeamiento aplicable. El proyecto básico contenía las determinaciones básicas de la obra y permitía a los técnicos de la Administración concedente y a los órganos de esta verificar la adecuación de las obras proyectadas al planeamiento. El art. 8 del proyecto de 9.01.1996 distinguía respecto del presupuesto entre el proyecto básico que únicamente debería de incluir un avance estimativo del presupuesto de ejecución material mientras que el proyecto de ejecución debería de incluir además un presupuesto de ejecución material, desglosando por capítulos con expresa definición, medición y valoración de cada una de las unidades de obra, cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.

IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1593 DEL CC POR LA JURISPRUDENCIA

Si la ratio que amparaba el precepto era evitar especulaciones abusivas de los arquitectos y contratistas, la evolución doctrinal y jurisprudencia de dicho precepto ha supuesto un cambio de las tornas hasta el punto de que al amparo del mismo se ha producido en nuestro país un reconocimiento general del *ius variandi*, de muy difícil control por parte de los propietarios. Siguiendo a SABATER BAYLE tres han sido las líneas directrices de la interpretación dada a este precepto por la jurisprudencia⁹:

- En primer lugar, cabe destacarse el carácter dispositivo del artículo 1593. Si bien existe una tendencia a afirmar el principio de invariabilidad cuando el precio se concierta en concepto de precio alzado, tal previsión puede ser derogada por pacto inicial de revisibilidad del precio, al no tratarse de una norma de *ius cogens*, sino de una norma puramente dispositiva interpretativa de la voluntad de las partes, (SSTS 30.4.1980, 4.4.1981, 16.9.1983, 8.11.1983, 26.7.1998, etc.)¹⁰.
- La segunda característica a que se refiere SABATER BAILE, es la existencia de una suerte de diversificación de opiniones doctrinales sobre la fundamentación del precepto comentado, -a nuestro modo de ver un ejemplo de erratismo jurisprudencial puro y duro, consecuencia de una dependencia de la apreciación de los hechos en la instancia y de los dictámenes periciales-. Para explicar la inversión del precepto, se atiende a diversos argumentos, el respeto a lo pactado en cuanto que lo autorizado implica una novación contractual, la consideración de que el riesgo de desfase entre el precio inicial y el coste real mediante la existencia de una cierta dosis de aleatoriedad, y en algún caso como veremos del propio principio del enriquecimiento sin causa.
- Pero como se argumentará a continuación, la característica propia de nuestra jurisprudencia que le hace separarse del resto de los países de nuestro entorno cultural es la existencia de una postura, que la autora anteriormente citada, califica de «*altamente permisiva*» en el tratamiento dado al trascendental tema de las autorizaciones de los cambios en el plano productores del aumento de obra, cuyo coste deberá de soportar el dueño de la obra que los hubiera autorizado.

⁹ SABATER BAYLE, Y Elsa SAVATER BAYLE, «Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado», ob. cit. p. 509.

¹⁰ Como ha quedado indicado, a nuestro modo de ver y sin desconocer el carácter dispositivo del precepto, el suprimir el carácter de precio a tanto alzado, desnaturaliza el tipo contractual, quedando por ello excluido del marco establecido en el en la sección 2ª del título VI del libro IV que precisamente se intitula de los arrendamientos por ajuste alzado, decayendo en tal caso en un arrendamiento parciario o en un modelo contractual atípico.

Y es que la interpretación del requisito de autorización dada al artículo 1593 por la jurisprudencia, lo ha sido de forma tan relajada que ha determinado sino su exclusión, cuando menos una inversión de la regla general. De este modo, no sólo se admite una autorización verbal véanse las ya antiguas SSTs de 13.3.1971, 26.12.1979 y 31.1.1967, sino que esta incluso puede sobrentenderse tácitamente de la interpretación del contenido de las cláusulas contractuales, atendiendo a los actos de las partes, coetáneos y posteriores al contrato, art. 1282 Cc., (SSTs 1ª 1ª, 30.11.2004, [Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares], 20.03.2001, [José Manuel Martínez Pereda Rodríguez], 16.09.1986 [Santos Briz]). Es más, la jurisprudencia ha entendido que el requisito de la previa autorización se cumple de modo razonable con el conocimiento sin oposición de la ejecución de las obras, (SSTs, 1ª, 3.07.1990 [Martínez-Calcerrada Gómez], 2.12.1985 [Santos Briz], 25.01.1989 (Fernández Rodríguez), 10.06.1992 (Eduardo Fernández-Cid Telmes) y 28.02.1986, (Albácar López), lo cual incluso se da por sobrentendido salvo prueba en contrario, STSS 1ª, de 10.06.1992 (Fernández-Cid de Telmes) y de 19.10.1995, (Ortega Torres)¹¹.

De otra parte, respecto del alcance de la invariabilidad del precio las sentencias SSTs 1ª, 7.12.1959, 19.10.1961, 18.11.1965 y 3.10.1986 (Santos Briz), tenían declarado que las cláusulas de precio alzado quedan derogadas por mutuo acuerdo ante las modificaciones acordadas en la obra, bien de forma expresa o tácita, y el hecho de que originariamente se hablase de precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones ulteriores que alteran o aumentan la obra, sin que el hecho de la falta de las preceptivas autorizaciones administrativas para tales modificaciones baste por sí solo para sostener la ausencia de acuerdo respecto de dichas modificaciones (STS 1ª, 10.02.1969). Siendo en todo caso la apreciación del consentimiento de dichas ampliaciones y la realización de obras con autorización del propietario, cuestiones de hecho atribuidas a la soberanía del tribunal de instancia, salvo que estas resulten carentes de fundamentación, absurdas o notoriamente desproporcionadas, (STS 1ª, 13.03.1971). La STS 31.3.1982 (Castro García), citando otras en el mismo sentido lleva a sus límites esta postura permisiva, al admitir que los aumentos en la obra, ya sea por incremento del volumen de la construida, ora por un mayor valor de la ejecutada en razón de la calidad de los materiales empleados, suponen variaciones *«con alcance novatorio o simplemente modificativo en la mayoría de los casos, que permiten desnaturalizar el carácter de precio alzado del contrato»*.

¹¹ Sentencias estas últimas que rectifican el criterio de la sala mantenido en otros pronunciamientos, STS 1ª, 31.10.1980 (Castro García), 17.12.1982 y 31.03.1982 que exigían una prueba puntual de este requisito

Con fundamento en dicho precepto gran número de sentencias del Tribunal supremo han interpretado el art. 1593 del Código Civil en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo -lo que se conoce como aumento de obra-, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente, véase SSTs 1ª 28.03.1996 (Eduardo Fernández-Cid de Telmes), 14.10.1996 (Villagómez Rodil), 23.07.1998, (Marina Martínez-Pardo), 02.07.1998 (García Varela) y 23.01.2001 (González Poveda).

De este modo vemos como la inicial intención del legislador ha sido desfigurada hasta tal punto por la jurisprudencia, que la posibilidad preservación del precio ha venido a ser una pura entelequia y lo que es más grave, es que esta jurisprudencia no ha posibilitado ni tan siquiera que se articule la posibilidad de que se pacte por las partes una estipulación en contrario. Pero, a nuestro modo de ver lo que es más grave es que si examinamos estadísticamente dichas sentencias, aún incluso en aquellas sentencias que se muestran reticentes al *ius variandi*, (STS 28.2.1989, Ortega Torres), existe un respeto inquebrantable a los informes periciales realizados en el curso de la causa, dejando entrever los execrables razonamientos de *per aliunde* muy propios de nuestro entorno jurídico con anterioridad a la ley 1/2000¹².

V. EL PACTO EXPRESO DE PRECIO CERRADO

Anteriormente hemos significado como la distribución de los riesgos tiene un carácter puramente dispositivo y que las partes pueden distribuir estos como tengan por conveniente. Y es que como señala la STS 1ª 26.06.1998 (Fernández-Cid de Temes), *el artículo 1593 no contiene una norma de derecho necesario sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, que no implica limitación a su voluntad contractual, sino un complemento*

¹² Así la TS 1ª, 17.07.2007, (Almagro Nosete), compara la regulación del contrato de obra sujeto al derecho administrativo con el amparado en el art. 1593 del Código Civil, y hace de peor condición a este último en orden al *ius variandi* pues dado en el primero la naturaleza administrativa del contrato y el carácter público de la obra se imponen determinadas restricciones y autorizaciones previas a la posibilidad de modificaciones o aumentos de obra, por lo que el aumento o variación en la obra está sujeto a la normativa y procedimiento aplicable, mientras que en el contrato de obra civil no existe restricción alguna.

*de la misma de manera que la fijación del pago del precio en el contrato de obra queda encomendada a su voluntad*¹³.

Pero si esto es así, como veremos la interpretación que se viene haciendo del artículo 1593 constriñe en gran medida tal posibilidad. Debe de tenerse presente que conforme a la redacción de dicho precepto, la autorización que previene el código en el artículo 1593 es propia y necesariamente una novación del contrato que necesariamente hace interdicción de cuanto se hubiese convenido con anterioridad¹⁴.

Podría aducirse la existencia de un pacto impidiendo a las partes la posterior novación bajo la técnica de los contratos normados, pero el alcance de los mismos, en cuanto limitación de futuro de la facultad de libre disposición, máxime cuando la misma no se encuentra sujeta a plazo, es bastante más que discutible. También podría alegarse que en estos casos, por razón de la cláusula especial de precio cerrado, debería de presumirse precisamente que la complacencia a las nuevas unidades de obra, lo es en el entendimiento que estas no implican modificación del precio del contrato. Ciertamente existe una línea jurisprudencial que lo ha entendido así, v. SSTS 1ª, 10.06.1992 (Fernández Cid de Telmes), 3.06.1986 (Pérez Gimeno), 6.11.2001 (Almagro Nosete) y 30.01.2008 (García Varela), entre otras, pero aunque pueda parecer lo contrario este criterio es bastante minoritario no tanto por la falta de autoridad de las instancias superiores como por la soberanía del juzgado de instancia para la apreciación de la situación fáctica de la controversia y del hecho de la autorización. Véase en este sentido las SSTS 1ª, 28.02.1986 (Albácar López), STS 1ª, 16.09.1986

¹³ Véase en este sentido la sentencia de STS 1ª, 27.05.2005 (González Poveda)- que *«cuando haya aumento de obra por incremento de la construcción o un mayor valor de lo ejecutado por superior calidad de los materiales empleados, el contratista siempre que conste el consentimiento del comitente en cualquier forma, aunque sea tácita, tiene derecho al mayor precio, que puede ser concretado pericialmente o por simple diferencia de valor, pues que el propio art. 1593 así lo permite, pero se ha aclarado que dicho precepto no contiene una norma imperativa o de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad de las partes, que no implica una limitación legal de voluntad contractual, constituyendo un simple complemento de la misma, de manera que la fijación de mayor precio del contrato de obra queda encomendada a la voluntad de las partes pero, si no llegan a acuerdo alguno, es llano que corresponde la determinación a los Tribunales»* Véase también en este sentido las sentencias STS 1ª, 22.01.2004 (Auger Liñán), 26.06.1998 (Fernández Cid de Telmes), 23.11.1987 (Fernández-Cid de Telmes) y 18.10.1989 (Fernández Cid de Telmes), entre otras.

¹⁴ Como ya señalaba MANRESA este aumento del precio no procede de la naturaleza del contrato, sino de una verdadera novación que las partes han introducido en él, de su propia voluntad concordada, pues ya vemos que el código exige el requisito indispensable de que el propietario haya dado su autorización, la cual, en concurrencia con la propuesta del arquitecto o contratista, no es otra cosa que una fórmula de consentimiento. Véase Comentarios al Código Civil español, tomo X, 2ª edición, Madrid 1908, p. 761.

(Santos Briz), 26.11.1999 (Martínez-Calcerrada Gómez), 6.4.1999 (González Poveda), 31.10.1998 (Villagómez Rodil), 02.07.1998 (González Poveda), 23.07.1996 (Ortega Torres), 28.03.1996 (Fernández Cid de Telmes), 19.10.1995 (Ortega Torres) y 21.07.1993 de Julio de González Poveda), las cuales han declarado que *el problema de si las obras que sustentan el aumento o precio están o no autorizadas por el dueño, es cuestión de hecho de libre determinación por el juzgador de instancia*, por lo que reconocida en primera instancia dicha autorización huelga cualquier posible motivo casacional¹⁵.

De esta suerte, apreciándose la aquiescencia del dueño de la obra, poco le queda a la parte y únicamente una conducta extremadamente celosa y una presencia inimaginablemente constante en la obra para evitar una desviación del contenido contractual puede impedir la discrecionalidad del contratista en la alteración del precio, cuando no el simple abuso de su posición dominante. Pero es que aún en el supuesto de que la parte haya hecho constar su protesta frente a las eventuales alteraciones producidas del plano, no por ello queda salvado su derecho a preservar el contrato al principio de riesgo y ventura. Así otro de los argumentos que han permitido eludir la cláusula de precio cerrado es la de las sentencias que han hecho aplicación de la teoría de la alteración de la base del negocio. Así, se ha argumentado la exclusión del pacto de precio cerrado, incluso en casos en que el dueño de la obra ha salvado su derecho, en el sólo hecho de que tratándose de un contrato de ejecución diferido y atendidas las necesidades que surgen en el curso de aquella, se produce una alteración del sinalagma funcional del contrato. Entre estas sentencias cabe citar la STS 1ª, 10.3.2001 (Martínez Calcerrada) en la que se desdice el carácter cerrado del presupuesto inicial convenido con tal carácter, habida cuenta de que al parecer de la sala, se habían dado circunstancias sobrevenidas que determinaron el reajuste en el equilibrio inmanente en el sinalagma prestacional. En el supuesto de hecho de dicha sentencia la Cooperativa en el curso de la ejecución de dicha obra y compelida seguramente por la necesidad de que no se paralizasen los trabajos procede a aceptar algunas de las modificaciones propuestas por la constructora, mediante dos anexos al contrato inicial y pese

¹⁵ Ejemplo de esta línea jurisprudencial es la STS S1ª, 13.07.2001, (Corbal Fernández), en la misma se señala: *«el art. 1593 CC se refiere al aumento de obra respecto de la proyectada cuyo precio puede ser reclamado por el constructor o contratista cuando hubiese sido autorizado por el propietario de la misma, autorización que en el caso se estima en la resolución recurrida que se produjo en su forma tácita “a través de los múltiples asentimientos a las certificaciones parciales de la dirección técnica, sin reparo por la propiedad”, debiendo significarse, por un lado, que dicha modalidad de consentimiento se halla reconocida por una profusa doctrina de esta Sala (Sentencias de 3 Jul. 1990, 11 Oct. 1994, 19 Oct. 1995, 31 Oct. 1998, 6 Abr. 2000 y 23 Ene. 200, entre otras), y, por otro, que el sustrato determinante de la realidad de la aprobación constituye “cuestión de hecho”, sujeta al régimen jurídico de estas cuestiones en cuanto a la posibilidad de su control en casación».*

a que esta, al tiempo la recepción hace salvedad de otras modificaciones que posteriormente se producen, su conducta precedente a juicio de la sentencia es argumento bastante para estimar que el pacto de precio cerrado había quedado desnaturalizado por la actuación precedente de la cooperativa. V. en este mismo sentido la STS 1ª, 12.1.1999 (Fernández Cid de Telmes). Sin embargo, dicho pronunciamiento aislado, no se compece con los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la aplicación de la teoría de la equivalencia de las prestaciones, así la STS, 1ª, 15.12.2005 (Cuesta Cascajares), sin ignorar la posible aplicación de dicha teoría, estima difícil de encajar la equivalencia de las prestaciones, como concepto, en un contrato como el de obra «cerrado», en el que se prevé con anterioridad la circunstancia de que se trata, quedando así distribuidos los riesgos, y sin que posteriormente pueda hablarse de un «enriquecimiento injusto» o «sin causa», que en principio se basaría en los arts. 1089 C.c., por un lado, y en los 1895 y sigs C.c. del mismo código, sobre el «cobro de lo indebido». No cabe pues hablar de la obtención de una ventaja patrimonial, injustamente obtenida por una parte, que cause un empobrecimiento indebido a la otra que es requerida para la aplicación de aquellos preceptos, (con cita en las SSTs, desde la de 24.06.1920, y principalmente la de 12.01. 1943).

En otras ocasiones la novación contractual y la exclusión de las estipulaciones contractuales de precio cerrado ha venido determinada por la aplicación de la interpretación del contrato conforme a los actos coetáneos y posteriores, así la STS 1ª 16.09.1986 (Santos Briz), admite la modificación de dicha cláusula contractual, al señalar que si bien se convino en un principio por precio alzado, *después perdió ese carácter a virtud de hechos posteriores admitidos por ambas partes, principalmente a virtud de las sucesivas ampliaciones de plazo y de la obra, que se excedió de lo pactado aunque ese exceso no se demostró inútil o innecesario a los fines pretendidos de construir un edificio sobre los terrenos en que los ahora recurridos efectuaron desmonte y nivelación. De toda esa resultancia fáctica se deduce claramente que la intención de las partes no fue la demostrada en el documento cuya interpretación se impugna en el motivo, sino que se reveló después como persecutora de un contrato de obra por unidades métricas, dando así lugar a que esta intención, manifestada por hechos acreditados en la litis, haya de prevalecer, como establece el art. 1281.2.º CC, sobre las palabras que se utilizaron originariamente para contratar y que se reflejaron en dos documentos privados aludidos en el ap. 3 de los que preceden.* Las prisas y las situaciones de necesidad de quienes acceden a la vivienda no son argumentos a favor sino todo lo contrario, aunque sea a un coste altísimo como el que supone para el proceso de edificación la paralización de una obra.

VI. VÍAS ALTERNATIVAS DE EXCLUSIÓN DE RIESGOS PROPUESTOS CONVENCIONALMENTE. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Pese a esta imposibilidad categórica a la que nos viene abocando esta doctrina jurisprudencial, la necesidad de las partes y el principio dispositivo han pretendido buscar cauces alternativos para sustraerse al *ius variandi* que de modo arbitrario vienen ejercitando las constructoras en función de sus propias necesidades. Trataremos a continuación de alguna de las soluciones propuestas convencionalmente y su tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- a) **Pacto de exigencia de forma expresa.** Como hemos visto el gran argumento del *ius variandi* pretendido por los contratistas, se encuentra en por la admisión indiscriminada de la autorización tácita de nuevas unidades de obra. Frente a la arbitrariedad que supone esta política de hechos consumados de las constructoras, la primera reacción que se nos puede ocurrir es la de excluir convencionalmente dicha autorización mediante un pacto de forma expresa. Sin embargo, tal argucia no está exenta de problemas. Tal es el caso de la STS 1ª, 30.01.2008, (García Varela), en dicha sentencia se estudia una cláusula convencional en la que se fijaba la necesidad de concertar un anexo por escrito para cualquiera ampliación de las unidades de obra inicialmente proyectadas. Señala la sentencia de instancia que *«en ese contrato, Punto tercero letra E) se hace constar que en caso de que haya de requerirse algún trabajo de los no indicados en la letra A) de ese Punto para que proceda tanto su ejecución como su pago, será necesario que previamente se hayan aprobado cantidades y precios mediante un Anexo al contrato. Dicho anexo no está acreditado que se realizara por lo que en principio todas las reclamaciones de la actora que provengan de trabajos distintos de los contratados y especificados en la letra A) del referido Punto tercero del contrato no pueden ser estimadas, a no ser que la obligación dimanase de otra diferente relación jurídica que si resulta acreditada»*. Frente a lo cual el recurrente alega nuevamente la doctrina jurisprudencial de la novación tácita del contrato y la no extensión de dicha exigencia formal a la obligación novada, como obligación ex novo, curiosamente el argumento de la Sala para excluir la aplicación del último inciso del artículo 1593 viene dado precisamente porque el contrato de ejecución de obra convenido no era de precio alzado sino por unidad de medida, (lo que a nuestro modo de ver resultaba bastante discutible). De este modo y de forma absolutamente sorprendente la sentencia hace de peor condición en este caso al contrato de obra a precio alzado, concluyendo la sentencia *«El contrato de ejecución de obra,*

obrante en autos, obliga a las partes contratantes, en la estipulación mencionada en su letra E), a que en el caso de requerirse algún trabajo de los no indicados en Punto tercero letra A), será indispensable tanto para su ejecución como para el abono de su importe, que previamente se hayan aprobado cantidades y precios mediante un Anexo al presente, sin que aparezca probada en las actuaciones la realización del mismo, de lo que deriva la omisión de consentimiento de la adjudicataria "TEXSA, S.A." para la verificación de las labores cuyo abono se reclama por la recurrente». Sea como fuere tal exigencia de forma expresa, parece venir en contradicción con lo dispuesto en el art. 1279 y 1280, por lo que no parece que sitúe en mejor posición al contratista que la cláusula de precio cerrado anteriormente referida¹⁶.

- b) Supeditar la autorización de nuevas unidades de obra a la previa aprobación de la dirección facultativa.** También resulta común dicha cláusula convencional, sobre todo tras la aprobación de la ley 8/1998 de ordenación de la edificación que somete a cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo a un conjunto individualizado de cargas y responsabilidades. El gran problema que presenta esta cláusula es que la dirección facultativa suele ser contratada a instancia de la propiedad, esta circunstancia ha determinado que la jurisprudencia haya venido identificando las decisiones que esta última con la de la propia propiedad, sujetando a aquellas al mismo régimen establecido en el artículo 1593.
- c) Condicionar el ius variandi a determinadas condiciones de futuro.** El problema que presenta este tipo de estipulaciones es que dada la variedad y la amplitud de excepciones y contracautelas, resulta más que dudoso que podamos situar la prestación en el marco del art. 1593, atendida la exclusión de los dos presupuestos necesarios de la aplicación de dicho precepto: precio alzado y plano convenido. En realidad lo que se pretende es prever en el proyecto todas las posibles incidencias que pudieran presentarse. Sin embargo, tales estipulaciones contractuales suelen oscurecer más el marco contractual que clarificarlo, dada el sinfín de variables que deberán de ser tenidas en cuenta.
- d) Disgregación de la obra en unidades de completas-.** Resulta relativamente común que para evitar los tortuosos derroteros del contrato de

¹⁶ En alguna otra sentencia, también se ha mostrado también de acuerdo con la eficacia pretendida de dicha cláusula convencional, si bien como argumento a fortiori y no como causa decidendi, así la sentencia TS, Sala Primera, de lo Civil, S de 3.11.de 2006, ponente: Ruiz de la Cuesta Cascajares, Rafael – N° de Sentencia: 1081/2006 – N° de Recurso: 5416/1999.

obra a precio alzado, se proceda a la desmembración del contrato en tantas unidades de medidas como sean necesarias, encargando el contrato a tantos prestadores de servicio como unidades de obra se prevean. De este modo, se logra distribuir los riesgos entre los distintos contratistas pero lo que es más importante no cabe la presunción de incorporación al contrato de nuevas unidades de medida o se encuentran ciertamente limitada. Se trata en este caso realizar una serie de contratos concadenados en los que sólo cabrá hacer extensión a otras unidades de medida, sino mediante nueva concertación con sujeción a las reglas generales de los contratos. Esto que parece evidente no lo es tanto para la jurisprudencia que precisamente ha utilizado este argumento para reconducir la actuación de los agentes vía artículo 1592 a un contrato de tipo parciario por precios o unidades, interpretando el contrato a luz de los antecedentes coetáneos y posteriores. Por otra parte esta configuración de las relaciones de las partes contribuye a crear confusión en relación a los derechos de unos y otros¹⁷.

- e) **Sumisión de las cuestiones litigiosas a arbitraje.** La sumisión de estas cuestiones litigiosas a arbitraje suele resultar la más adecuada para solventar las cuestiones relativas a los contratos de obra en la medida que las empresas dedicadas al arbitraje suelen estar más especializadas en estas cuestiones y cuentan con los medios humanos y materiales adecuados para la adopción de decisiones sobre la base de criterios técnico-jurídicos y no estrictamente jurídicos. En los equipos arbitrales se integran con normalidad los técnicos en la edificación, no como peritos sino miembros del equipo arbitral, y es que careciendo de la necesaria especialización y faltos de los conocimientos técnicos

¹⁷ En tal sentido XIMENEZ DE SANDOVAL, y SANTANA AROZENA consideran que constituye una omisión que lamentar, que la Ley no haya dispuesto la existencia preceptiva de un constructor principal, poniendo coto así a las situaciones –tan frecuentes hoy en el ámbito de las instalaciones de grandes superficies- de concurrencia en una misma obra de tantos constructores como prácticamente unidades de obra, con las considerables disfunciones que ello genera en el plano de las relaciones constructor-dirección facultativa, cuya interlocución se multiplica más allá de lo que tolera un razonable control y coordinación del proceso constructivo en su conjunto, conduciendo además, por su través, a una formalización hipertrofiada del trámite de recepción de la obra, a la firma de cuya acta habrán de ser llamados, con el consiguiente deslinde, una multiplicidad de constructores, enturbiando con ello, a fin de cuentas, la siempre deseable determinabilidad futura del origen de eventuales vicios y defectos constructivos, por mucho que en última instancia quepa el recurso a la declaración de responsabilidades solidarias, lo que no deja de ser una solución, quizás equitativa desde la perspectiva de propietarios y usuarios, pero intrínsecamente injusta desde la de los distintos agentes intervinientes, (XIMENEZ DE SANDOVA, L E., y SANTANA AROZENA, F., “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE”, en VVAA, *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, Estudios de Derecho Judicial* n° 27, CGPJ, Madrid 2000, p. 44).

adecuados las resoluciones de los tribunales de instancia dejan bastante de desear en todos los aspectos, observándose una tendencia manifiesta en la remisión incondicionada de estos al informe pericial, o motivación «per alliunde». Pero si ciertamente el arbitraje puede ser desde un punto de vista técnico jurídico el mecanismo más adecuado para obtener una resolución justa, el proceso arbitral carece de la eficacia y dinamismo necesario para dar una respuesta rápida a las cuestiones que se presentan en casos de urgencia.

VII. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE AUTORIZACIÓN PRESUNTA

Como venimos señalando resulta bastante cuestionable la interpretación que se viene realizando del art. 1593 de nuestro código civil. Dejar la determinación del alcance de las modificaciones de la obra contratada, al arbitrio de la parte que detentando la posesión de la cosa litigiosa, se encuentra en posición de dominio, restringe notablemente las posibilidades de defensa de los futuros propietarios. Tales dificultades se agrandan sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces el ejercicio de este *ius variandi* no es sino una forma de justificar, a través de un mayor número unidades de medida, su propia falta de diligencia. Téngase presente que en la mayoría de los casos estudiados el litigio se presenta siempre entre grandes constructoras y cooperativas de propietarios que pretenden acceder por primera vez a la vivienda y que adoptan dicha forma societaria por presentarse como el modo más asequible de acceder al mercado inmobiliario.

Sin embargo, recientemente, parece que se va abriendo paso una brecha a esta línea jurisprudencial, como consecuencia de la extensión de la legislación de consumidores y usuarios a las cuestiones relativas al contrato de obra. Como señala la SAP Madrid, de 15.10.2001, «*La vivienda es normalmente la adquisición más importante y costosa en la vida de una persona, de manera que por su cualidad de bien esencial para el desarrollo de la vida resulta indispensable su especial protección y la de los consumidores que la adquieren. Es por ello por lo que la Constitución Española ha elevado a rango constitucional el principio de “defensa del consumidor” cuando en sus arts 51 y 53.3 le proclama y le otorga la categoría de principio informador de la legislación positiva en la materia. También el art.1º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se hace eco de ello*». Resulta pues preciso que la vivienda adquirida tenga las características pactadas en cuanto a cabida y calidad, para lo que no solo la referida Ley General sino

también el Código Civil, la Ley de Ordenación de la Edificación y cualesquiera otras normas reglamentarias han puesto en manos de los compradores diversas acciones derivadas del contrato de compraventa que coexisten con las del arrendamiento de obra¹⁸.

Tales previsiones son enteramente aplicables al supuesto que nos ocupa, de modo que si el artículo 1593 ha desprovisto de cualesquiera exigencias formales a la modificación de los planos, tales modificaciones amparadas en el *ius variandi* ejercitado unilateralmente por el contratista, pueden resultar abusivas y deben de ser interpretadas en consonancia con lo dispuesto en la legislación de consumidores y usuarios.

De este modo, la información a estos efectos tiene que ser determinante. Desde luego debe de desecharse el criterio jurisprudencial de la mera complacencia al discurrir de la obra, pues el consumidor o usuario no tiene porque ser experto en la técnica constructiva, ni tiene porque conocer el alcance de determinadas decisiones. De otra y conforme al art. 8 b) y d) del TR de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios RDL 1/2007 de 16 de noviembre, en el proceso constructivo se deberá garantizar al consumidor, futuro propietario, la información sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la protección ante cláusulas abusivas, que no induzcan a error y que los datos y características que se publiquen sean luego exigibles, (art. 61). Igualmente el empresario, (art. 60) antes de contratar deberá de poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

En cuanto a la forma, si bien parece que no es directamente exigible la forma escrita en todos los casos, parece que no cabe duda que su ausencia es

¹⁸ Y es que como señala la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 13.10.1999 (Menéndez Hernández), definiendo en su integridad y antecedentes las cláusulas abusivas “...Es ya reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 12.07.1996, 14.09.1996, 8.11.1996, 30.11.1996, 4.12.1996 y 1.02.1997, entre las más recientes) influenciadas por la Directiva de la CEE de 5.04.1993 que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores, considerando como tales (art. 3) las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, considerándose que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, transfiriendo a quien afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente la asunción plena de la carga de la prueba”.

determinante de la inversión de la carga de la prueba. Resulta en todo caso dudoso la extensión de la autorización tácita a este tipo de contratos, pues deberá de constar de forma inequívoca la voluntad de contratar o, en su caso, la de poner fin al contrato.

Por todo lo cual, tal como ha quedado configurado el *ius variandi*, salvo que concurran motivos válidos especificados en el contrato, la autorización prevista en el artículo 1593 deberá de reputarse como abusiva sobre todo cuando dicha autorización se entienda extendida tácitamente a nuevas unidades de obra, sin la necesaria información al adquirente de los pasos dados por el contratista. De este modo quedando vinculado el contrato a la voluntad del empresario, en cuanto que en la mayoría de los casos se les reserva facultades de interpretación o modificación unilateral, proscritas en el artículo 85 del Texto Refundido, deberán de valorarse las cláusulas, que afectando al perfeccionamiento y ejecución del contrato, puedan estimarse abusivas y que como queda indicado son relativamente frecuentes por parte de los contratistas. Particularmente deberán de ser tenidas en cuenta las siguientes:

- a) Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. (art. 89.1).
- b) La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores de gestión que no le sean imputables. (art. 89.2).
- c) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad. (art. 89.3 –d).
- d) La extensión del contrato de obra a bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. (art. 89.4).

VIII. TRATAMIENTO DE ESTA CUESTIÓN EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

La mayoría de las ordenaciones legales de los países europeos, admiten la posibilidad de alteración de la obra contratada como consecuencia de un acontecimiento imprevisto, causante de un desequilibrio de los costes y beneficios de las obligaciones que pongan seriamente en peligro la realización de la obra. Pero, si esto es así el reconocimiento de esta facultad está sometido a importantes restricciones a fin de impedir abusos.

Como hemos visto en el caso de **Francia**, estas modificaciones están muy seriamente limitadas y no ya tan sólo por lo restrictivo de las previsiones contenidas en el artículo 1793 del Code, sino sobre todo por la interpretación que de los mismos viene haciendo la jurisprudencia. Los supuestos de caso fortuito son admitidos en circunstancias muy excepcionales.¹⁹ Como hemos señalado el artículo 1593 no es sino trasposición del art. 1793 del Código Civil francés que ha mantenido inalterados estos preceptos conforme a su redacción original y que resulta más previsor que su correlativo español, al exigir que los cambios o ampliaciones del plan se hayan autorizado por escrito y que previamente se haya convenido el precio con el propietario. La jurisprudencia sin embargo, en algún caso, ha permitido una alteración de los precios sin necesidad de aprobación del cliente en supuestos que se haya producido un desequilibrio en la relación contractual como consecuencia de una orden dada por el cliente. (SS de casación III, de 24.6.1990, (D. 1990 257, note Bénabent], 8.3.1995, [Bull Civ. III no. 73; 20], 20.1.1999, (Bull. Civ. III, nº 15. [Defr1999, 1128, Perinet Marquet], Cfr. Barendrect: [2007, p. 270 y ss])²⁰.

La línea sistemática iniciada por el ordenamiento francés es seguida por la mayoría de los ordenamientos continentales, que recogen la preocupación tenida en cuenta por el legislador francés de evitar que el *ius variandi* desvirtúe el elemento consensual del contrato y la fuerza obligatoria de lo inicialmente convenido, si bien en la mayoría de los países se han establecido reglas particulares que posibilitan la adecuar la voluntad contractual a las circunstancias del caso en el curso de la construcción. Tal es el caso, de los códigos civiles de Italia, Portugal, Grecia y Polonia.

El Código Civil italiano de 1942 recoge básicamente la razón de ser y el espíritu formalista de su correlativo francés si bien ha desarrollado aquellas previsiones para adecuarlas a las exigencias que se puedan producir en el curso de la obra. Este código, prevé la modificación de la obra según que el *ius variandi* sea ejercitado por el comitente o por el contratista. En el primer caso, se sujeta a las previsiones contenidas en el artículo 1793, exigencia de autorización por escrito y acuerdo en el precio. Así el artículo 1659 de dicho código se previene:

¹⁹ Starck, Roland, Boyer, *Obligations Contract litec.* no. 1222 Benavent Droit Civil, Les contracts speciaux no. 563.

²⁰ Siguen literalmente al código civil francés, aparte del homónimo artículo del código Belga, el artículo 1632 del código civil venezolano de 1982, (anteriormente en el artículo 1433 del Código de 1862), 2606 del de la Baja California, el artículo 1598 del Código Civil portugués de 1867, el artículo 1640 del italiano de 1865 y el artículo 1534 del Proyecto de Código Civil de García Goyena.

“El contratista no puede hacer modificaciones en la obra proyectada si el comitente no le ha autorizado. Las autorizaciones se deben de probar por escrito.

Incluso cuando se hayan aprobado los cambios, el contratista, si el precio de toda la obra se ha establecido alzadamente, tampoco tendrá derecho a una indemnización por los cambios o adiciones, a menos que se acuerde otra cosa”.

Sin embargo, el código Civil italiano, es consciente de la necesidad de modular tales previsiones en atención a las necesidades cambiantes de las obras. Es por ello que tan estrictas determinaciones del *ius variandi*, admiten en éste, la necesaria modulación para adecuarse a las exigencias técnicas de la obra, estableciendo el artículo 1660:

“Si para llevar a efecto la obra conforme a las reglas del arte fuese necesario realizar variaciones en el proyecto y las partes no se pusiesen de acuerdo, se podrá acudir al juez quien determinará los cambios que deben de introducirse.

Si el importe de las modificaciones superase el sexto del precio convenido, el contratista podrá rescindir el contrato y obtener, en su caso una justa indemnización.

Si las modificaciones del proyecto son de considerable entidad, el comitente podrá cancelar el contrato y obtener una justa indemnización”.

Como vemos el artículo transcrito no resulta muy distinto de la propuesta realizada por García Goyena en 1851 para el art. 1534 del Código Civil, previniendo la posibilidad de intervención judicial en la obra a través de un procedimiento urgente de carácter sumario, a fin de superar las dificultades de la falta de acuerdo de las partes. Aunque la autorización contenida en el artículo 1659 es propiamente una novación contractual y en puridad intervienen ambas partes, el legislador italiano hace un tratamiento distinto cuando el *ius variandi*, se insta por el propietario de la obra, admitiendo también la existencia de un margen que permita a éste adecuar las obras a sus circunstancias del caso en concreto, si bien establece un límite para ello que la modificación no supere una sexta parte del precio total convenido. Parece que en tal caso, es igualmente de exigir en la propuesta, la forma escrita y la determinación del precio, pues el supuesto no es distinto del previsto en el artículo 1659. Tales previsiones se contienen en el artículo 1661 del propio código:

“El dueño de la obra (comitente) podrá realizar variaciones al proyecto, siempre que su importe no supere una sexta parte del precio total convenido. El contratista tendrá por ello derecho a ser compensado

por los mayores trabajos que esto implique, aun en el caso de que la obra se haya determinado a tanto alzado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando las variaciones aún cuando se encuentren dentro de los límites anteriores, supongan cambios substanciales de la obra o de las cantidades previstas para alguna de las partidas prevista en la ejecución de la obra”.

El Código Civil portugués de 1966 reproduce, en la regulación de “A empreitada”, básicamente al italiano distinguiendo las modificaciones realizadas por cuenta del contratista, de las que vengan instadas por el propietario, si bien matiza las conclusiones de aquél por la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa. Dedicó la sección 2ª del Capítulo VIII, del título III, de los contratos en particular, a la regulación de alteraciones y obras nuevas. A tal efecto previene que cuando el precio se haya establecido alzadamente y la autorización no haya sido dada por escrito con fijación del aumento del precio el empresario no podrá exigir del dueño de la obra otra indemnización que la correspondiente al enriquecimiento de éste.²¹ Se regula también en el artículo 1215 el supuesto de las alteraciones necesarias de modo semejante al modelo italiano, permitiendo las mismas previa autorización del tribunal competente, pudiendo desistir el contratista del contrato cuando el precio de las alteraciones suponga más del veinte por ciento del valor de la obra o exigir en otro caso una indemnización equitativa. También, al igual que ocurre en la regulación italiana, se admiten las modificaciones a instancias del dueño de la obra de alteraciones en el plano convenido, siempre que su valor no exceda de la quinta parte del precio estipulado y no haya modificación de la naturaleza de la obra. Se ha de entender que para tales alteraciones del plano surtan efecto deberá de adoptarse las mismas previsiones que para su aprobación, no siendo bastante la prueba por escrito. En tal caso el empresario tendrá derecho conforme al artículo 1216 al aumento del precio estipulado correspondiente al acrecimiento de los acopios y trabajos y a una prolongación del plazo para la ejecución de la obra. Si por el contrario, las alteraciones introducidas implicasen una disminución de los costes o del trabajo el empresario tendrá derecho al precio estipulado, con deducción, de aquellos que como consecuencia de los cambios, el contratista se ahorre en acopios o por el tiempo que pueda dedicar a otras aplicaciones de su actividad. Regula por el último en el artículo

²¹ Señala al efecto el artículo 1214: 1) El contratista no puede hacer alteraciones en el plano convenido sin autorización del dueño de la obra. 2) La obra modificada sin autorización se tendrá como defectuosa, pero, si el dueño quiere aceptarla tal como fue ejecutada, no estará obligado al pago de ningún suplemento del precio ni indemnización por enriquecimiento sin causa. Si se hubiese fijado para la obra un precio global y la autorización no hubiere sido dada por escrito con fijación del aumento del precio, el contratista sólo podrá exigir al dueño de la obra la indemnización a la cantidad en que se hubiese enriquecido.

1217 las alteraciones posteriores a la entrega y obras nuevas como un contrato con autonomía propia respecto de las obras previstas inicialmente en el contrato.

Para el BGB, el dueño de la obra toma una posición más activa y en consecuencia no se produce la falta de alteridad de las prestaciones, que venimos significando, sobre la previsión de que ambas partes participan activamente en la obra. El BGB, se posiciona en la lógica de que el contrato se realiza por cuenta y ventura del contratista, pues en realidad y propiamente lo esencial de este contrato es la necesidad de obtener un resultado, pero sin desconocer la posición en que se encuentren unos y otros. El § 635 trata de las prestaciones suplementarios como consecuencia de una rectificación de la obra. En principio, existe acuerdo en la doctrina que el cliente está autorizado a ordenar un cambio unilateral de la obra, si bien establece criterios muy estrictos para impedir el eventual enriquecimiento de los contratista vaya más allá de la pérdida de los trabajos desarrollados, restringiendo notablemente la posibilidad de indemnización por las legítimas expectativas. Así, si el prestador de servicios ordena la realización de trabajos extra, sin un acuerdo adicional al precio del contrato inicial de las partes, podrá tener derecho al pago del trabajo adicional en virtud de CC art. 632 siempre que los trabajos extra resulten especialmente importantes, inesperados e inducidos por el cliente, (JANSEN TOWARDS, [1998]: p. 165). En tal caso el contratista podrá a su elección eliminar el error producido o producir un nuevo trabajo. En el caso de que opte por ejecutar el trabajo el contratista deberá de hacerse cargo de la nueva obra siempre que esto sea posible a un coste razonable, en otro caso aunque la norma no lo dice deberá de estarse a lo dispuesto en el § 347 y siguientes para la rescisión de los contratos, como consecuencia del ejercicio unilateral de un derecho o de una facultad legal de terminación del contrato. Entonces, si la rescisión se produce, la necesidad de restitución se regula de modo semejante a lo que sucede para las impensas del poseedor de buena fe. En tal caso cualquier prestación recibida deberá ser devuelta, así como los beneficios derivados del ejercicio de dicha facultad.

Sin embargo lo normal en estos contratos, es que ante la imposibilidad de restitución, dada la transformación del objeto de la obra, el deudor deberá pagar una indemnización. Si el contrato especifica incentivos, la determinación de la contraprestación vendrá dada por el tipo de rendimiento, que se tomará como base para el cálculo de la indemnización de valor.

Por el contrario no habrá obligación de pagar una indemnización de valor:

1. Si el defecto que le da el derecho de rescisión se puso de manifiesto sólo durante el tratamiento o la transformación de la cosa.

2. Cuando los desperfectos sean imputables en mayor o menor medida al acreedor o la cosa haya perecido estando en posesión de este último. En este caso, el acreedor será responsable en la medida en que sea responsable del deterioro o la destrucción o del daño producido, para cuya valoración se habrá de tomar en cuenta la medida de diligencia que el deudor ha de tomar generalmente en sus propios asuntos. Cualquier enriquecimiento restante deberá ser devuelto.

Por otra parte, el acreedor puede exigir una indemnización, de conformidad con los §§ 280 a 283, como consecuencia de una instrucción errónea. Si como consecuencia de dicha instrucción errónea se produce la pérdida de la obra, se estará a lo dispuesto en el § 645, el contratista tiene derecho a una parte de la remuneración correspondiente al trabajo realizado, así como al reembolso de los gastos que no están incluidos en la remuneración. Lo mismo se aplica cuando el contrato deviene imposible por la falta de colaboración por parte del dueño de la obra, conforme al § 643, todo ello sin perjuicio de la mayor responsabilidad del cliente por su culpa en los hechos producidos. En todo caso, el contratista deberá de asumir los gastos necesarios para obtener un rendimiento adicional, en particular los costes de transporte, mano de obra y materiales. Por excepción a la regla general, el § 650 atiende al caso de que el contrato contenga tan sólo una estimación de costos. Tal posibilidad en todo caso no se presume puesto que en caso de duda, conforme al párrafo 3º del § 632 cuando el precio es estimativo, se debe de entender que la prestación no es remunerable. En el caso, de que el precio sea estimativo, sin que el contratista haya contraído responsabilidad en su cálculo, y resulte evidente que la obra no pueda completarse sin exceder notoriamente el presupuesto previsto, el contratista podrá rescindir el contrato y reclamar la parte correspondiente por los trabajos realizados y el derecho a ser compensado por los gastos no incluidos en aquella, conforme a lo anteriormente previsto para el caso de pérdida de la obra en el § 645. Sin embargo como ha quedado apuntado la regulación existente en aquel país se ha visto seriamente afectada como consecuencia de la legislación protectora de consumidores y en particular de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta de bienes de consumo y las garantías (DOCE n º L 171, p. 12) y de otra parte como consecuencia de la Ley de protección del crédito, Forderungssicherungsgesetz (en adelante FoSiG) que constituye un conjunto de iniciativas legislativas con entrada en vigor el 1 de enero de 2009 cuya intención es la protección de los créditos debidos a pequeños constructores y subcontratistas del pago de las cantidades debidas²².

²² La ley aprobada por mayoría abrumadora pretende promover el marco jurídico adecuado para el sector de la construcción:

- Se facilitan las condiciones para la reclamación del pago anticipado de las unidades de obra a medida que se vaya ejecutando.

En los Países Bajos, el Código Civil de 1992, previene una doble ordenación de la materia, una de carácter general, (Libro VII, tít XII, Sec. I) y la otra para el caso de que la obra se realice por encargo de una persona física que no actúa en el ejercicio de una profesión oficio o cargo, (tít. XII, Sec. II). Dicha ordenación, toma también precauciones frente al posible ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte de los contratistas, señalando en el art. 755 con carácter general que si el cliente solicita adiciones o cambios en el trabajo convenido, el contratista sólo puede pedir un aumento de los costes, si en su debido tiempo, le advirtió del incremento de los precios resultantes de dicha orden, a menos que el cliente se hubiese dado por enterado sin necesidad de previa advertencia. Sin embargo, aún en este caso, dicha alteración no puede ser perjudicial para los clientes que podrán renunciar a ella, salvo que dichas alteraciones se hayan articulado en un procedimiento de especial prevenido en el artículo 214 de la propia ley. Frente al principio general reconocido en casi todas las legislaciones de admitir en mayor medida la posibilidad del *ius variandi*, las legislaciones de Polonia y del Reino Unido se muestran muy reacias a la posibilidad de cambios unilaterales en el contrato, tanto a instancia del dueño de la obra, como del contratista.

En el Reino Unido la facultad unilateral del cliente de modificar el contrato debe tener una mención expresa en el contrato y en todo caso tales modificaciones deben de guardar iguales formalidades que las exigidas para la aprobación del proyecto de obra. No existe en este país una definición típica del contrato de obra en función del resultado, ni las exigencias de una definición contractual típica del contrato, que han posibilitado la alteración de la prestación convenida en las ordenaciones continentales, de modo tal que conforme a lo que exige la lógica general de los contratos, la modificación del plan o proyecto de obra deberá de ajustarse a las mismas exigencias formales que para su constitución. Por excepción, se admite las modificaciones del contrato como consecuencia de que se produzca en el curso de la obra, un suceso externo que produzca la frustración del contrato. La frustración (*frustration*), acaece cuando la realización

- Se adecúa los plazos de prescripción y caducidad la normativa de consumidores y usuarios, estableciendo, en garantía de aquellos que al hacerse en el primer pago provisional, la necesidad de retener una garantía equivalente al cinco por ciento de los costos de construcción.

- Se fortalece la posición de los subcontratistas a fin de evitar que estos se vean perjudicados en caso de insolvencia de la constructora principal.

- Se suprime el certificado de terminación de obra, establecido en el año 2000, que anteriormente se preveía en el § 647 por medio de dos peritos imparciales, por no haber tenido éxito en la práctica.

- Se reconoce el derecho al dueño de la obra a retener una parte del precio, a fin de asegurar que el contratista corrija los defectos advertidos durante la ejecución de la obra. El importe de las cantidades a retener no podrá exceder de dos veces el costo estimado de rectificación de dichos defectos y sin que pueda exceder del 5% del valor total de la obra.

se hace imposible, impidiendo su continuación por una circunstancia que queda fuera del control de las partes, o cuando exige para su continuación la realización de trabajos que desnaturalizan lo inicialmente previsto en el contrato. En cualquier caso, el hecho, que por sucesos de fuerza mayor se haga más oneroso un contrato de lo inicialmente previsto, (*hardship*) no implica la frustración de aquel²³. En caso de que la realización del contrato llegue a ser más difícil u oneroso, la frustración debe de ser aceptada, debiendo justificarse conforme a las circunstancias del caso que la situación inicial ha cambiado hasta el punto de exigir una reordenación del contrato. Si la frustración es aceptada, no por ello el contratista tendrá derecho a que se reajusten los precios. Esta doctrina opera para relevar del contrato algunas de las consecuencias legales, que como consecuencia de la frustración, han perdido su razón de ser, pero no por ello las partes quedan relevadas del resto de sus obligaciones, ni cabe que unilateralmente se aparten del contrato. Para que dicha relevación produzca efecto es necesario en todo caso, que las partes documenten enteramente un nuevo contrato en claro y sin ambigüedades en sus términos. Respecto de la aplicación del principio de riesgo y ventura, la jurisprudencia se muestra especialmente contraria, sin que en ningún caso, sea necesario pagar una remuneración por ningún trabajo hecho, sobre la base de del enriquecimiento sin causa, -«*quantum meruit or restitution*»-²⁴. La frustración no puede ser mantenido en el supuesto frecuente, en la práctica del derecho contractual, de que las partes hubiesen hecho específicas previsiones en el contrato para el caso de alteración de las condiciones, debiéndose documentarse cuando sea su deseo ponerle fin por haber ocurrido una circunstancia prevista en el contrato y que determine su terminación²⁵.

Un caso aparte es el de Suecia cuya regulación viene orientada a la protección del consumidor. El prestador de servicios tendrá derecho un pago por trabajo extra sólo cuando los trabajos extras que le son encargados no pudiesen haberse previsto al tiempo de la celebración del contrato (art. 38 de ley de Servicios al Consumidor Ley KTjL)²⁶.

IX. CONCLUSIONES

Resulta curioso cómo ciento cincuenta años después siguen siendo válidas las palabras de Garcia Goyena respecto de los abusos de arquitectos y contratistas,

²³ Cf. *Davis Contractors v. fareham UDC* [1956] AC 696; *TSAKIORGLOU & Co. Ltd. V. Noble, and Thrl GmbpH* [1962].

²⁴ *Chitty on contracts* no. 24.096.

²⁵ *Chitty on contracts* no. 24-056

²⁶ *Barendrecht* p. 273.

que amparados en los hechos consumados suelen justificar su falta de diligencia y previsión, por medio de supuestas unidades de obra tácitamente consentidas por el comitente²⁷. Y es que no se entiende como pueda modificarse por un simple acuerdo verbal sin referencia a las mediciones y precios de las partidas, lo acordado en un documento formal, como es el proyecto de obra, proyecto que aparte de estar avalado por los profesionales titulados integrados en la dirección facultativa, visado y aprobado por los colegios respectivos y sometidos a un sinfín de trámites administrativos, debe de justificar técnicamente, conforme al art. 4 de la Ley de Ordenación de la Edificación las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable²⁸. Lo más grave del modo en que se viene configurado el *ius variandi* en el ordenamiento jurídico español, es que la decisión última viene de la mano de quien se encuentra detentando la posesión de la obra, con lo que las posibilidades de defensa se ven gravemente constreñidas, particularmente en el caso de contratos sujetos a la legislación protectora de consumidores y usuarios. Pero si esto es cierto, no se puede cerrar tampoco la puerta al ejercicio del *ius variandi*, que es connatural a los avatares de un contrato de ejecución diferida como el de obra. Pretender que el contrato de obra se realice por precio cerrado a riesgo y ventura del empresario es una ilusión jurídica que no se compadece con la realidad de las cosas y que lo que es peor es realmente antieconómico. Conforme a lo expuesto resulta manifiesto que en el estado de nuestra ciencia jurídica, el artículo 1593 y la jurisprudencia que le ha seguido suponen un auténtico anacronismo como se puede comprobar del examen de las soluciones que el derecho comparado ha dado a esta cuestión. Pero es que aparte de ello la Ciencia Jurídica ha articulado propuestas más que suficientes sino para reformar dichos preceptos cuando menos para darles una interpretación adecuada a las exigencias de los tiempos y la protección de quienes acceden a un bien de primera necesidad como es la vivienda. De este modo la interpretación de estos preceptos debiera de fundamentarse en los siguientes principios:

²⁷ Ya en la pragmática promulgada por D. Carlos y doña Juana en Valladolid en 1537, recogida en la Ley IV, tit. I, libro X, de la Novísima Recopilación, se hacía eco de estos excesos señalando: «*Porque los oficiales de cantería y albañilería y carpintería y otros oficiales toman obras de Concejos y otras personas a hacer, y después de hechos los contratos, o rematadas en ellos las obras, alegan engaño en más de la mitad del justo precio, seyendo expertos en sus oficios, de que resulta agravio á los que hacen las obras y dilación; por ende mandamos, que de aquí adelante los tales oficiales no puedan alegar haber sido engañados en las obras de su arte, que tomaron a destajo o en almoneda, ni sobre ellos sean oídos*».

²⁸ Téngase, además presente que conforme a dicho precepto cuando se complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio, se mantendrá entre todos ellos la necesaria coordinación.

- En primer lugar debiera de requerirse a la hora de interpretarse la autorización del art. 1593, la concreción de las mismas exigencias legales de carácter formal requeridas para su constitución, de modo que quien alegue, el *ius variandi* aporte cuando menos las previsiones necesarias en orden a la modificación del proyecto de obra que se contienen en el artículo 4 de la LOE.
- En segundo lugar, para apreciar el *ius variandi*, deberá de atenderse a la racionalidad del cambio propuesto, teniendo particularmente en cuenta los intereses de terceros y las alteraciones físicas o jurídicas en el bien que es objeto de la obra, en el que se deberá de tener muy particularmente en cuenta la opinión de la dirección facultativa.
- En tercer lugar y aunque no existe una previsión semejante a la contenida en los artículos 1215 y 1669 de los códigos civiles portugués e italiano, en algún supuesto casos de fuerza mayor u otros que excedan de la normal previsión humana, debiera de habilitarse el trámite del interdicto de obra nueva para suplir en nuestras leyes procesales la ausencia de un trámite de urgencia que evitase los enormes perjuicios económicos que siempre implica la paralización de la obra²⁹.

²⁹ El 12.04.1994 se publicó en el boletín oficial de las cortes generales, el proyecto de Ley por la que se modifica la regulación del Código Civil 121/000043 sobre los contratos de servicios y obras, proyecto que no llegó a buen puerto quizás por la substanciación y simultánea aprobación de la Ley de Ordenación de la edificación que se aprueba sobre esas mismas fechas. En dicho proyecto, el art. 1593 se traslada al 1595 que por su indudable interés transcribimos: «El contratista no podrá pedir aumento de la contraprestación por el hecho de que se eleve el coste de la mano de obra, el de los materiales o cualesquier otro salvo que por disposición legal o por pacto se establezca otra cosa. Las variaciones en el proyecto o encargo requerirán la conformidad de ambas partes. No obstante el contratista deberá de atenerse a las ordenadas por el comitente que sin alterar substancialmente la obra, supongan aumento o disminución que no exceda de la décima parte del presupuesto. En tal caso quedará modificado proporcionalmente el precio y, si el contratista lo pidiera, se modificará adecuadamente el plazo de la ejecución de la obra. Esta última regla se aplicará cuando las variaciones vengán impuestas por exigencias legales técnicas o para respetar derechos de terceros si suponen aumento o disminución que exceda de la cuarta parte del presupuesto cualesquiera de las partes podrá desistir del contrato si es el contratista el que desiste tendrá derecho al coste de la obra realizada, si es el comitente, deberá el precio de la misma. Si las variaciones se deben a falta de previsión de alguna de las partes, esta indemnizará los daños y perjuicios y quedará privada de la facultad de desistir». Sobre el alcance de este proyecto véase PERNAUTE GIL, M^a L., “Hacia una reforma de la regulación del contrato de obra en el Código Civil”, *Actualidad administrativa*, nº 2, 1995, pp. 23-48

