

DERECHO MERCANTIL



El contrato de obra por empresa

Antonio Tapia Hermida



1. INTRODUCCIÓN

El origen del contrato de obra por empresa está en las locaciones romanas. Contrato que «no fue configurado por la jurisprudencia clásica sino como un negocio unitario en el que (cabían) diversas modalidades y contenidos»¹. Los juristas romanos configuraban «en una unidad, con carácter de contrato autónomo, a las locatio»². Determinaron como elementos unificadores de la locatio conductio rei y de la locatio conductio operis, el que en ambos casos el locator ponía una cosa a disposición del conductor, que estaba obligado a restituirla³. Incluyéndose en aquella concepción unitaria a la

¹ Gómez-Iglesias Casal, A., «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo», EDITORIAL CIVITAS S. A., Madrid, 1995, p. 25, tras aludir, en p. 24, a la «tricotomía pandettistica», que diferenciaba entre locatio conductio rei (arrendamiento de cosa), locatio conductio operarum (arrendamiento de servicios) y locatio conductio operis (arrendamiento de obra).

² Álvarez de la Rosa, M., «La construcción jurídica del contrato de trabajo», EDITORIAL COMARES, Granada, 2011, p. 77,

³ Gómez-Iglesias Casal, A., op. cit. (La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo), p. 25.

locatio conductio operarum, aun cuando subsistan discrepancias sobre cuál era su objeto⁴. En todo caso ha de tener en cuenta que en el derecho romano clásico «aparece el arrendamiento como un contrato consensual que se perfecciona por el mero acuerdo de las partes sobre el objeto de la prestación y la retribución o contraprestación de la misma»⁵.

La codificación decimonónica, es deudora de la evolución medieval de aquellas locaciones romanas⁶,

⁴ Gómez-Iglesias Casal, A., op. cit. (La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo), p. 25.

⁵ Gómez-Iglesias Casal, A., op. cit. (La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo), p. 23; Sumner Maine, H., «El Derecho Antiguo. Parte Especial», EDITORIAL CIVITAS, S.A., Madrid 1994, p. 86, tratando sobre los contratos en el Derecho Romano, afirma que son los «contratos consensuales, los de más interés e importancia de todos».

⁶ El primer apartado del artículo 1473 del proyecto de Código Civil de 1851 establecía que «el arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga á ceder á la otra el goce ó uso de una cosa, ó á prestarle un servicio personal por precio determinado», sobre el mismo García Goyena, F., «Concordancias, Motivos y comentarios del Código civil Español» (Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo, y una tabla de concordancias con el código civil vigente), Impresión COMETA, S. A., Zaragoza 1974, p. 777, afirma que este primer párrafo « encierra los artículos 1709 y 1710 Franceses, 1555 y 1556 Napolitanos, 1715 y 1716 Sardos 1207 y 1208 de Vaud, 1584 y 1585 Holandeses: estos Códigos destinan un artículo al arriendo de cosas; y otro al de obras, trabajo ó industria: el 2639 de Lusiana comprende, como el nuestro, ambas á dos cosas. Igual viene a ser la definición Romana, contractus consencuatis de rei usu, velo peris pro certa

que perviven como *ius comune*⁷, con su característica, y nunca perdida, supletoriedad que enlaza con el *iusnaturalismo* racionalista⁸. La división del arrendamiento se constituyó en el siglo XIX a partir de las tres realidades no individualizadas que encierran los textos romanos: arrendar cosas, arrendar servicios y arrendar la ejecución de una obra⁹. Pues efectivamente, en el derecho romano

mercede praestandis, y el lenguaje de la ley 1, título 8, Partida 6, «Obras que ha de fazer con su persona ó con bestia, ó poder usar de su cosa, ó de servirse della por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados». El arriendo es igualmente que la permuta, proximus amptori et venditioni, iidemque regulis juris consistit, texto y párrafo 1, título 25, libro 3, Insituciones: ha de haber cosa ó servicio y precio cierto: las obligaciones del vendedor y arrendador viene á ser las mismas, salvo que en la venta se trata de la propiedad, y en el arriendo del uso ó goce de la cosa; vé los artículos 1383 y 1397, y toda la sección 3 á que pertenecen los artículos 1477 y 1484. El artículo 1094 Austriaco encierra este concepto con admirable precisión».

⁷ Sobre la formación y difusión del «derecho común» Tomás y Valiente, F., «Manual de Historia del Derecho Español», EDITORIAL TECNOS, S. A., Madrid, 1990, pp. 183-204.

⁸ Sánchez-Arcilla Bernal, J., «Historia del Derecho Español», CALAMO, PRODUCCIONES EDITORIALES, S. L. U., Barcelona 2001, pp. 271, 304, 343 y 353-354.

⁹ Álvarez de la Rosa, M., op. cit. (La construcción jurídica del contrato de trabajo), p. 77, en la que precisa que aquellas tres realidades «debieron, en Roma surgir a partir del arrendamiento de cosas (*locatio rei*) como una especie de compraventa a término y, por tanto cercana a esta. Si era posible vender un esclavo, podía ser cedido por un tiempo determinado, poniendo a disposición del conductor la propia capacidad de trabajo del esclavo. En parecidos términos se admite el arrendamiento del trabajo de un hombre

junto a la *locatio rei* y la *locatio operarum* cabía «un tercer supuesto, que una actividad dirigida a un resultado sea, mediante contraprestación económica, aprovechada por otro. En esta variante de la *locatio conductio*, la *locatio operis*, el objeto es realizar y entregar en un tiempo dado una obra cierta (prestación del conductor, su obligación, de las denominadas de resultado); el *locator* es quien paga la obra terminada (con o sin aportación de materiales)»¹⁰. En ella se encuentran las raíces el contrato de obra por empresa.

libre, lo que debió dar lugar a una sujeción siquiera temporal. En ambos casos (*locatio rei* y *locatio operarum*), la contraprestación económica por el uso o disposición temporal de la cosa o de la actividad de otro (*locator*) es obligación del conductor»; Ha de repararse en que la ley de 21 de noviembre de 1931, del Contrato de Trabajo, que constituye una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo por cuenta ajena, es nuestra primera norma básica del Derecho común o general del trabajo por cuenta ajena, regulación que a la que sucede la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Libro I aprobado el 26 de enero y Libro II aprobado el 31 de marzo de 1944), la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, el Estatuto de los Trabajadores Ley 8/1980 de 10 de marzo, el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, y el Real Decreto 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, norma vigente; Sobre la evolución histórica de la regulación jurídica de la prestación del trabajo Alonso Olea, M., «Introducción al Derecho del Trabajo», (sexta edición), CIVITAS, Madrid 2002.

¹⁰ Álvarez de la Rosa, M., *op. cit.* (La construcción jurídica del contrato de trabajo), p. 77.

En el Código Civil «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan de la misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en su ejecución en la de servicios»¹¹, siendo «evidente la estrecha relación que media entre el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios»¹², no obstante deberse diferenciar entre ambas locaciones, arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra, diferenciación que no se debe buscar en el modo de prestación del trabajo y de su retribución sino en la manera en que se distribuyen los riesgos asociados a la prestación del trabajo mismo¹³. Esto es, «el sistema jurídico fundado en el arrendamiento dará acogida a una heterogeneidad de relaciones»¹⁴.

¹¹ Alonso Olea, M., «Las raíces del contrato de trabajo», *ARAJL*, núm. 21, 1989, p. 400.

¹² Vaqueiro Pinto, M^a. J., «Contratos de Servicios», en «Contratos Mercantiles» (Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Dir), t. I, TOMSON REUTERS-ARANZADI, Cizur Menor (Navarra) 2009, p. 995.

¹³ Alonso Olea, M., op. cit. (Las raíces del contrato de trabajo), p. 400.

¹⁴ Álvarez de la Rosa, M., op. cit. (La construcción jurídica del contrato de trabajo), p. 82, donde indica que «la categoría jurídica de la «locatio operarum» se va modificando con el tiempo, según las exigencias del fin buscado, ya el uso temporal de unos servicios, ya el uso de un determinado trabajo aplicado a un objeto concreto. De tal manera que en la «locatio operis» caben sujetos de los que se espera tanto un objeto cierto (obra en sentido material) como

Efectivamente, «las razones que llevaron al codificador civil a considerar los contratos de obras y de servicios (...) como modalidades del arrendamiento se encuentra en la recepción romana de la *locatio conductio*, que (...), englobaba la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*»¹⁵.

Ciertamente «el artículo 1544 del Código Civil engloba dentro de un mismo concepto dos tipos contractuales distintos, cuales son el arrendamiento de obra y el de servicios, en los que si bien una y otra modalidad entrañan una prestación de hacer y una correlativa contraprestación de pagar un precio cierto, su régimen jurídico es totalmente diferente, siendo característica esencial del denominado arrendamiento de obra o empresa, según

prestaciones singulares; esto es, operaciones y servicios necesarios en un determinado ciclo de producción»; Montoya Melgar, A., «Derecho y Trabajo», CUADERNOS CIVITAS, Madrid, 1997, pp. 30-31, indica que «el régimen generalizado de las prestaciones de servicios sigue siendo un régimen de arrendamientos civiles, por no haber surgido todavía la figura del contrato de trabajo»; Las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, en parte se han desplazado, «por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente», afirma Alonso Olea, M., op. cit. (Las raíces del contrato de trabajo), p. 401.

¹⁵ Martínez Flórez, A., y Vaquerizo Alonso, A., «El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil», RDM núm. 291, julio-septiembre 2014, p. 39, precisando que aquella «equiparación se justificaba porque el trabajo era prestado por los esclavos y estos eran considerados como cosas».

determinan, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 marzo 1983 y 4 octubre 1989, que el profesional se obliga a prestar al comitente, no propiamente una actividad profesional, sino más concretamente el resultado producido por la misma o, lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la necesidad deseada y prevista por los contratantes, «opus consumatum et perfectum»¹⁶.

Se precisa que «el Código de Comercio no contempla el contrato de obra entre los recogidos en el libro II. Regula una de sus manifestaciones más características, cual es el transporte (...). Pero en la medida en que éste constituye una especie bastante singular, no es posible generalizar su normativa al amplio número de figuras insertas en el tronco común del contrato de obra. Este tronco común habrá de buscarse en el llamado arrendamiento de obra que contempla el Código Civil»¹⁷. Semejante confusión regulatoria, en la actualidad «carece de justificación; de hecho carecía ya de ella en la época de la codificación, como lo prueba la circunstancia de que el propio Código civil regula diversas modalidades de arrendamiento de forma totalmente

¹⁶ SAP de Valencia, Sección 6ª, de 5 de septiembre de 2011.

¹⁷ Pérez de la Cruz, A. y Peinado García, I., «Lección 34. Los contratos de obra, el depósito mercantil y el contrato de edificación», en «Lecciones de Derecho Mercantil», v. II, CIVITAS-TOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 123.

distinta»¹⁸, constituyendo una idea generalmente aceptada que «la llamada teoría unitaria del arrendamiento es errónea»¹⁹.

Ahora el contrato de obra por empresa se concibe, en tanto que la modalidad mercantil del contrato de obra, como aquella en que la prestación de la obra es ejecutada por un contratista con organización y medios propios, es decir por un empresario específicamente organizado para tal fin, «su objeto es la consecución del resultado que el principal encarga y el contratista o empresario se compromete a conseguir y entregar en las condiciones y características estipuladas o en las normales en el tráfico»²⁰, careciendo de una regulación específica, sistemática y general en nuestro ordenamiento jurídico por más que las leyes 38/1999, y 32/2006, normativa concomitante y de desarrollo, regulen aspectos concretos del mismo, fundamentalmente

¹⁸ Martínez Flórez, A., y Vaquerizo Alonso, A., op. cit. (El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil), p. 39.

¹⁹ Martínez Flórez, A., y Vaquerizo Alonso, A., op. cit. (El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil), p. 39, donde precisan que «el contrato de arrendamiento de cosas, el contrato de obra y el de servicios son negocios que cumplen funciones económicas totalmente diferentes y sus normas reguladoras no pueden traspasarse de unos tipos a otros».

²⁰ Afirman Pérez de la Cruz, A. y Peinado García, I., op. cit. (Lección 34). v. II, CIVITAS-TOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 123.

en el sector de la construcción. Sin embargo sí se dispuso una regulación general del mismo en la propuesta 2013 de Código Mercantil (PCM)²¹, que se trasladó al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ACM)²², y que se ajusta a la doctrina y jurisprudencia existente en torno al mismo, compendiándolas en buena medida, por lo que parece apropiado referirse a este último tanto porque indica lo que probablemente esté por venir, en una perspectiva acorde a los actuales modos de crear normas jurídicas²³, como porque constituye una

²¹ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid 2013.

²² Presentado por los Ministerios de Economía y Competitividad, y de Justicia, y aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014, que lo regula en el Libro Quinto, «de los contratos mercantiles en particular», título II, «del contrato de obra por empresa», compuesto por siete capítulos, artículos 521-1 a 527-3.

²³ Las normas jurídico-positivas son contingentes en el tiempo y en el espacio. Lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar, apodícticamente, en su sentencia 164/20902, de 17 de diciembre, que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro». Por ello es necesario y urgente (Gea dixit) que el Derecho se asiente definitivamente en el mundo del discurso lógico y racional, exclusivamente, lo cual es posible dado el estado de la ciencia y haciendo uso de las denominadas lógicas difusas. La «pluralidad de códigos éticos» impide fundamentarlo en el mundo de «valores», en todo caso no puede olvidarse que semejante asentamiento ha llevado al «Auschwitz mundial», a la «gramática de lo inhumano» (Mèlich, J.-C., «La lección de Auschwitz», HERDER, Barcelona 2004, p. 115). Trabajos como los de UNIDROIT y el soft law, son un inicio de la andadura en racio-

razonable interpretación del ordenamiento jurídico vigente en relación con ese contrato. En esa regulación «in fieri», que constituirá una innovación destacable de nuestro ordenamiento jurídico²⁴, «se prescinde tanto de la tradicional asimilación al contrato de arrendamiento (procedente de la locatio conductio romana) como de su unificación con el arrendamiento de servicios»²⁵.

nalización progresiva del Derecho, esto es en hacerlo un producto o resultado del pensamiento.

²⁴ Se incluye entre las «materias que carecían de normativa aplicable y que, por tanto, constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico», a las que alude el Dictamen del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2014.

²⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 29 de enero de 2015, expediente 837/2014, Décima Consideración, apartado B.

2. CARACTERES Y ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA

Mediante los «contratos de arrendamientos y obras o servicios, o de empresa según la terminología moderna»²⁶, se pretende «la obtención de un resultado «opus consumatum et perfectum» al que, con o sin suministro de materiales (artículo 1.588 del Código Civil), se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su contenido de acuerdo con las reglas «res perit domino», a cambio de la fijación de un precio cierto (artículos 1.543 y 1.555 del Código Civil) que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado o en el tiempo y forma prevenidos (artículo 1.599 del Código Civil)²⁷. Mediante aquel

²⁶ SAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 10 de diciembre de 2012.

²⁷ SAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 10 de diciembre de 2012, que destaca que el precio constituye un requisito o factor «tan fundamental que, desde la legislación justiniana se reconoció la existencia de todos (los demás requisitos) únicamente «si

contrato «no se persigue la actividad ajena sino su resultado, consistente en «un acto de producción del cual (el contratista) asume el riesgo y al cual el promitente no estaría en situación de atender por sí, porque implica cierta habilidad técnica»²⁸.

Se trata de «un contrato que se caracteriza por la realización por una de las partes y mediante precio, no ya de «un trabajo» en beneficio de la otra parte, sino de trabajo materializado en una obra que es el objeto del contrato y (...) que va a recibir el que la contrató»²⁹. El contratista «debe hacer (crear o transformar) y también debe dar (entregar o resituir la cosa creada o transformada) (...) Cuando el comitente entrega al contratista una cosa para ser transformada se constituye éste en la obligación de custodia, resultando aplicables las normas del depósito»³⁰. Porque corresponden «al comitente de

merces constituta sit» (Prefacio del Título XXIV, Libro III, de la «Instituta») o «si pretio convenerit» (párrafo II del Título II del Libro XIX del Digesto)».

²⁸ Indica la SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 23 de marzo de 2011, con cita de Lacruz Berdejo, J. L.

²⁹ SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 23 de marzo de 2011.

³⁰ Vaqueiro Pinto, Mª. José, «Contratos de servicios», en «Contratos Mercantiles» (Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Dir.), t. I, ARANZADI-THONSOM REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1005 y 1019; «Conservar los materiales recibidos del dueño o la cosa ajena sobre la que debe operar», es obligación del contratista, afirma Lacruz Berdejo, J. L., «Manual de Derecho Civil», LIBRERÍA BOSCH, Barcelona 1979, p. 706; El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor,

la obra todos los derechos derivados de ella, incluidos aquellos que puedan adquirirse en el ámbito de la propiedad intelectual o industrial»³¹, quedando excluidos de aquella atribución únicamente aquellos derechos «que por su propia naturaleza correspondan al contratista»³².

La regulación «*in fieri*», aborda «la cuestión de la autonomía tipológica de este contrato, a la vista del tratamiento conjunto que todavía se mantiene en el Código civil de los denominados «contratos de arrendamiento de obras y de servicios»», destacándose «la conveniencia de su regulación separada», que «radica en la distinta naturaleza del objeto de cada uno de estos contratos, consistente en un simple «hacer» o actividad considerada en sí misma en el caso del contrato de servicios y en un concreto resultado en el caso del contrato de obra»³³. La nueva regulación pivota en torno a dos ideas fundamentales. «La primera, la extracción de

el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato», indica el artículo 11.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

³¹ Artículo 533-7 ACM.

³² Vaqueiro Pinto, M^a. José, *op. cit.* (Contratos de servicios), p. 1006.

³³ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI. Libro Quinto: De los contratos mercantiles en particular, apartado 11, VI-55, precisándose que ello es «con independencia de que parezca oportuno prescindir del término «arrendamiento» para denominar estas figuras».

los contratos de obras y de servicios del ámbito del arrendamiento. Y, la segunda, la configuración de los contratos de obras y de servicios como tipos autónomos, utilizando para la delimitación entre unos y otros la clasificación doctrinal de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios (o actividad) y obligaciones de resultado»³⁴.

Precisándose que «naturalmente, aun siendo el de servicios un contrato de medios o actividad, también puede perseguir la obtención de un resultado, pero el hecho de que éste no constituya el objeto del contrato, ya sea por no quererlo así las partes, por la propia naturaleza intangible de ese resultado, o bien por el carácter más o menos incierto de éste, determina la ausencia de la obligación específica de ejecución y entrega o terminación que está presente en el contrato de obra. Esto implica la existencia de importantes diferencias en el contenido típico de estos dos contratos que se han de proyectar forzosamente sobre la regulación de muchas de las obligaciones y derechos que los conforman»³⁵.

³⁴ Martínez Flórez, A., y Vaquerizo Alonso, A., op. cit. (El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil), p. 39, donde precisan que ese modelo se ha acogido por el anteproyecto, y que «de acuerdo con esta concepción, los contratos en el que se compromete un resultado son los contratos de obra, mientras que aquellos en los que se compromete únicamente una actividad son contratos de servicios».

³⁵ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI. Libro Quinto: De los contratos mercantiles en particular, apartado 11, VI-56.

De tal manera que «así, por ejemplo, la regulación del contrato de obra exige contemplar obligaciones y derechos específicamente relacionados con la consecución del resultado pactado, tales como la facultad de verificación e inspección, así como precisar los conceptos de terminación, entrega y recepción de la obra, además de requerir una adecuada solución a los problemas de la falta de conformidad de la obra y de la transmisión del riesgo. Estas y otras especificidades aconsejan, en efecto, proceder a regular el contrato de obra de forma independiente del contrato de servicios, evitándose con ello los inconvenientes que genera la tradicional inclusión de ambas figuras bajo un único régimen jurídico, opción ésta que tiende a desdibujar los perfiles normativos del contrato de prestación de servicios, provocando, a su vez, cierta falta de coherencia en la aplicación a éste de muchas de las soluciones normativas previstas para el contrato de obra»³⁶.

Pero esa regulación separada no se aprovecha para despejar completamente la característica pluralidad de la noción de resultado, indicando si se concibe como la «realización de la actividad de comprometida con la debida diligencia que resulte exigible», bien «como la satisfacción del interés pri-

³⁶ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI. Libro Quinto: De los contratos mercantiles en particular, apartado 11, VI-57 y VI-58.

mario del acreedor», o bien «como el resultado de una prestación de hacer que se concreta en la elaboración o modificación de una cosa»³⁷.

La regulación del contrato de obra por empresa, al margen del derecho común o civil, encuentra un sólido fundamento en el sistema mismo de economía de mercado que aboga por la necesidad económica y la oportunidad de que el contratista sea un «empresario». De ahí que se aluda a la mercantilidad del contrato, mediante la previsión expresa de que el contratista que asuma el encargo sea «un empresario», en sentido estricto, o en sentido amplio como «operador del mercado». Circunstancia que se incorpora a la propia definición del contrato de obra por empresa, vinculándose así la mercantilidad del contrato a la condición de empresario o de operador del mercado (sujeto mercantil) del contratista³⁸. De tal manera que «la condición de empresario o sujeto mercantil del contratista determina el carácter mercantil del contrato, pero también la propia existencia del negocio»³⁹.

³⁷ Sobre el tema Martínez Flórez, A., y Vaquerizo Alonso, A., op. cit. (El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil), pp. 41 y 49-52.

³⁸ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI. Libro Quinto: De los contratos mercantiles en particular, apartados VI-62, VI-63 y VI-64.

³⁹ Martínez Flórez, A., y Vaquerizo Alonso, A., op. cit. (El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código

Efectivamente, la exigencia de que el contratista sea un «empresario» o un «operador del mercado» no se extiende al comitente, y la «mercantilidad» del contrato, depende únicamente de aquella circunstancia. Ha de tomarse en consideración que la legislación mercantil *in fieri* no deroga las normas civiles sobre el contrato de arrendamiento de obra⁴⁰. De tal manera que «se pretende incorporar en la propia definición del contrato de obra por empresa un criterio específico de su caracterización como contrato mercantil, como es el relativo a que el contratista asuma el encargo en su condición de empresario»⁴¹, en línea con los criterios generales de mercantilidad asumidos, especialmente para los contratos mercantiles más próximos⁴², por la legislación *in fieri*⁴³. No obstante esta previsión no es en

Mercantil), p. 54, de tal manera, precisan, que «si la obra no es realizada por un empresario o persona sometida al Código no hay contrato de obra por empresa. habrá, en su caso, contrato de obra civil. Y significa igualmente que el contrato de obra por empresa es siempre mercantil; no hay contrato de obra por empresa civil».

⁴⁰ Disposición derogatoria única del ACM.

⁴¹ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI-62.

⁴² Así el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI-30, precisa que «la intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil».

⁴³ Según se indica Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI-28, «Mercantilidad de la compraventa. El criterio de atribución de carácter mercantil a la compraventa ha sido modificado. De forma coherente con el adoptado en el

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. CARACTERES Y ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA	15
3. NOCIÓN Y CLASES	25
3.1. Noción.....	25
3.2. Clases	34
4. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL CONTRATISTA	41
4.1. Consideraciones generales. La aplicación del «principio de conformidad»	41
4.2. El «contratista dependiente»	50
4.3. Las «seudocontratas».....	62
4.4. La obligación de comunicar al comitente de la obra la terminación de ésta y ponerla a su disposición, para su aceptación o rechazo, en el lugar y tiempo convenidos, y de guardar secreto	74

5. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL COMITENTE DE LA OBRA	79
5.1. Análisis general. La asistencia al contratista y los requerimientos de conformidad	79
5.2. Aceptación o rechazo de la obra	82
5.3. Pago del precio, garantías y certificaciones de obra	88
6. LAS MODIFICACIONES DE LA OBRA Y EL «IUS VARIANDI» DEL COMITENTE.....	97
7. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO.....	103
8. EL RIESGO DE PÉRDIDA O DETERIORO DE LA OBRA.....	115
9. CAUSAS ESPECÍFICAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO	119
9.1. Desistimiento unilateral.....	119
9.2. Muerte o pérdida de cualidades del contratista	122
9.3. Imposibilidad sobrevenida.....	124
10. LA SUBCONTRATACIÓN	131
10.1. Régimen jurídico general.....	134
10.2. Las «instrucciones» del contratista. Dependencia y subordinación del subcontratista.....	144
10.3. La acción directa del subcontratista.....	151

