

00721
935

1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

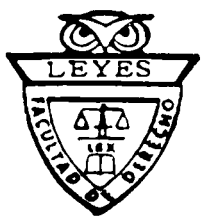
FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO COMPARATIVO DE LA *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS* CON EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO.



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JAZMIN MARIBEL VARGAS RODRIGUEZ

ASESOR: DR. JORGE CARLOS ADAME GODDARD



MÉXICO, D.F.

2003

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACION DISCONTINUA

"A penas desamarrada la pobre barca, viajero, del árbol de la ribera,
se canta:

No somos nada.

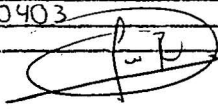
Donde acaba el pobre río la inmensa mar nos espera"

Antonio Machado

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Ignacio Manuel Vargas Rodríguez

FECHA: 230403

FIRMA: 

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

*Gracias señor por permitirme llegar a este momento,
siempre con tu bendición.*

Con profunda admiración y respeto,
en especial a ti **Mamy**,
Muestra de valentía y generosidad
Y por que sin duda,
tu eres mi ángel en la tierra.

A ti **Papá** ejemplo de constancia y trabajo
y de que todo es posible en esta vida, con dedicación.

A **José Luis** y a **Chayito** compañeros de mi vida.

A mi abuelita **Transito (+)**
Con añoranza de que no estés conmigo.

A mi abue **Miguel**
Que generosamente cedió parte
de nuestra convivencia para hacer
posible este trabajo.

A mi abue **Gabino**
Por tu profunda y admirable
alegría ante la vida.

*Gracias **Jesús**,*
por tu comprensión y tolerancia.
Y por que se,
que para mi corazón basta tu pecho
y para tu libertad bastan mis alas. . .

4

Con profunda admiración y respeto

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

A la Facultad de Derecho

Y al Instituto de Investigaciones Jurídicas

Por ser mi vida . . .

Hay quienes hacen caminos:

Dr. Diego Valadés

Admiración e inspiración.

Dr. Jorge Adame

Ejemplo de disciplina e inteligencia,
apoyo
y comprensión.

Dr. José Ovalle

gracias por confiar en mi
y ser mi amigo.

5

**Arianna, amiga mía
Orgullo y ejemplo en mi vida.**

*A ti Yolanda,
porque contigo aprendí que la felicidad
no es carecer de problemas, si no
saber enfrentarse a ellos.
Gracias*

**A todos mis amigos cuyo espíritu me ilumina, día a día.
Y en especial a mis amigos del IIJ.**

Al Dr. Hugo Alejandro Concha Cantú

**Viky García, Anita Vega, Adrian Mancera, María Carmen Macias,
Julieta Rojas, Marcela Morales, Don Miguel López Ruiz,
Raúl Marquez, Edith Cuautle, Karla Templos.**

A mis amigos de Tertulias
**Dr. David Cienfuegos, C.P José Ramón Parra.
Dr. Ricardo Méndez Silva, Lic. Jesús Guerra.**

6

"Ama a tu profesión. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor proponerle que se haga abogado . . . el amor al oficio lo eleva a la categoría de arte. El amor por sí solo transforma el trabajo en creación. La abogacía no es ciertamente un camino glorioso; está hecho como todas las cosas humanas, de penas y de exaltaciones, de amarguras y de esperanzas, de desfallecimientos y de renovadas ilusiones. Pero gran virtud es entrever algún día en ella ese pequeño hilo de oro de la gloria que ansiamos para nuestro hijo" (*Couture*).

ÍNDICE

Introducción	XV
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO LA LOCATIO CONDUCTIO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

I. Definición	1
II. Características	3
III. Partes	10
IV. Objeto	12
V. Acciones	15
VI. Modalidades	17
1. Locatio conductio rei	19
A. <i>Definición</i>	19
B. <i>Características</i>	20
C. <i>Partes</i>	20
D. <i>Objeto</i>	21
E. <i>Posición del locator (arrendador)</i>	22

F. <i>Posición del conductor (arrendatario)</i>	24
G. <i>Causas de terminación del contrato</i>	26
H. <i>Tipos especiales</i>	27
2. <i>Locatio conductio operis</i>	32
A. <i>Definición</i>	32
B. <i>Características</i>	32
C. <i>Partes</i>	33
D. <i>Objeto</i>	34
E. <i>Acciones</i>	35
F. <i>Distinción entre el contrato de obra y otros contratos</i>	36
G. <i>Posición del conductor</i>	47
H. <i>Posición del locator</i>	48
I. <i>Responsabilidad</i> 48	
J. <i>Causas de terminación del contrato</i>	52

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO MEXICANO

I. <i>Antecedentes del Código Civil mexicano de 1928 en el Distrito Federal</i>	53
II. <i>El contrato de obras a precio alzado en el código civil del distrito federal de 1928</i>	83
1. <i>Definición</i>	85

2. Características	87
3. Partes	89
4. Objeto	91
5. Distinción respecto de otros contratos	93
A. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y contrato de trabajo	93
B. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de prestación de servicios profesionales	96
C. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y contrato de compraventa venta	100
D. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y el mandato	112
6. Posición del empresario	113
A. Ejecutar la obra	114
B. Garantizar la utilidad de la obra	116
C. Entregar la obra	116
D. Responsabilidad	118
E. Riesgo	121

7. *Posición del dueño de la obra* 122

- A. *Recibir la obra* 122
- B. *Pagar la obra* 128
- C. *Cooperación en la realización de la obra* 128
- D. *Indemnizar en caso de que se desista de la empresa comenzada, el pago de daños y perjuicios* 129
- E. *Indemnizar a los herederos del empresario* 130

8. *Causas de terminación del contrato* 130

- A. *Entrega de la cosa y su pago* 130
- B. *Desistimiento del dueño de la obra* 130
- C. *Muerte de las partes* 131
- D. *Imposibilidad de ejecución de la obra* 132
- E. *Rescisión por mutuo consentimiento* 133
- F. *Resolución del contrato por incumplimiento* 133
- G. *Por nulidad del contrato* 134

//

CAPÍTULO TERCERO
DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA LOCATIO
CONDUCTIO OPERIS Y EL CONTRATO DE OBRA
A PRECIO ALZADO

I. Nociones de la <i>locatio conductio operis</i> y el contrato de obra a precio alzado	135
II. Características	137
III. Objeto	138
IV. Posiciones del conductor y del empresario	138
V. Derechos del conductor y del empresario	141
VI. Posiciones del <i>locator</i> y el dueño de la obra	142
1. <i>Obligaciones y derechos del locator y del dueño de la obra</i>	142
2. <i>Responsabilidad</i>	143
A. <i>Por incumplimiento del contrato</i>	143
B. <i>Puede haber casos en que se dé el cumplimiento, pero este es negligente</i>	144
C. <i>Responsabilidad por tener una cosa ajena</i>	149
VII. Riesgo.....	150
CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFÍA.....	157

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación se denomina "Estudio Comparativo de la *Locatio Conductio Operis* con el Contrato de Obra a precio alzado", y obedece a una serie de interrogantes que se me presentaron como estudiante y a otras tantas que fueron surgiendo del análisis de los contratos antes señalados, uno perteneciente al derecho romano y el otro al derecho positivo mexicano. Cuestionamientos constantes dieron origen a esta tesis: ¿Existe similitud entre la *locatio conductio operis* y el contrato de obra?, ¿Cuáles son esas similitudes y diferencias entre ambas figuras?, ¿Es el contrato de obra a precio alzado en realidad un contrato de compraventa de cosa futura?

Figuró como motivación fundamental de esta tesis, analizar la tendencia de nuestra regulación civil relativa a los contratos de obra sobre bienes inmuebles, su empleo cotidiano, las similitudes de esta figura con la de la *locatio conductio operis* así como las evidentes diferencias que surgen del capítulo III del Código Civil para el Contrato de obra a precio alzado y el arrendamiento respecto al derecho romano. Igualmente influyó en la determinación de realizar este estudio la insuficiente regulación del contrato de obra sobre bienes muebles en nuestro derecho civil.

Por todo lo anterior, el objetivo de esta investigación ha sido comprender la naturaleza jurídica del contrato de obra a precio alzado, desde una perspectiva romanista, para propiciar así, la renovación de esta Institución. Objetivo ambicioso

si tomamos en cuenta la amplitud y complejidad del tema de nuestro sistema jurídico civil. Que he tratado de cubrir con empeño y con el importante apoyo de mi director de tesis el Dr. Jorge Adame Goddard.

Para lograr dicho objetivo se desarrollarán tres capítulos: el primero denominado "La *Locatio Conductio* en el derecho romano clásico". En este capítulo se busca hacer un estudio sobre el contrato de arrendamiento en general, analizando sus especies, con miras a comprender la naturaleza jurídica de la *locatio conductio operis*.

En el segundo capítulo, intitulado "El Contrato de Obra en el Derecho Mexicano", se hace un estudio exhaustivo del contrato de obra en la legislación civil mexicana. En su primer apartado analizo los antecedentes del Código Civil Mexicano de 1928 en el Distrito Federal, comparando cada una de las disposiciones en esta materia con las de los Códigos de 1870 y de 1884, y con las de aquellas legislaciones extranjeras que han influido en nuestra legislación civil. Todo ello a fin de comprender la *ratio iuris* del contrato de obra. En el segundo apartado de este capítulo se analiza particularmente cada uno de los elementos que comprenden al contrato de obra a precio alzado en el Código Civil del Distrito Federal de 1928, como son las características del contrato, las partes que lo componen, su objeto, la distinción con otros contratos, las similitudes, las posiciones de las partes y las causas que originan la terminación del contrato.

Finalmente en el tercer capítulo se realiza el estudio comparativo entre la *locatio conductio operis* y el contrato de obra a precio alzado, lo cual nos permite conocer las semejanzas y diferencias entre ambos contratos. De esta forma he intentado dar respuesta a las preguntas que dieron origen a este trabajo de investigación.

De este estudio se desprende un carácter retrospectivo en razón del análisis del arrendamiento de obra en el derecho romano clásico y el posterior estudio del contrato de obra desde su aparición en la legislación civil mexicana. Así mismo incluye una comparación con otras legislaciones extranjeras que tuvieron en su época una importante influencia en nuestra legislación civil.

Esta tesis también guarda un carácter prospectivo, tendente a una renovación de la figura con propuestas de solución. Por consecuencia, asume igualmente un carácter comparativo, pues coloca al arrendamiento de obra del derecho romano clásico y al contrato de obra a precio alzado del derecho civil actual mexicano, en una confrontación jurídica cuya finalidad es el mejoramiento del propio sistema legal, así como ayudar a las decisiones judiciales, a la armonización y unificación del contrato de obra en nuestro derecho civil.

En cuanto al análisis del tema y por constituir un objeto de conocimiento tan complejo, recurrimos a los siguientes métodos: *analítico*, por el estudio de todos los elementos que conforman tanto al contrato de obra como a la *locatio conductio operis*; *deductivo* por el análisis del tema, partiendo del ámbito general a sus manifestaciones particulares; *comparativo* por la operación lógica de contrastar los

elementos de las figuras contractuales antes señaladas; *exegético* por la operación racional de interpretación de los textos normativos positivos que lo componen. Con este ejercicio se persigue dar una visión crítica y propositiva del tema.

De este estudio comparativo se desprende la actualidad y vigencia de una institución milenaria aparentemente arcaica y obsoleta, pero la dinámica jurídica de la cotidianidad revela su enorme importancia práctica.

CAPÍTULO PRIMERO

LA LOCATIO CONDUCTIO

EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

I. DEFINICIÓN

Este apartado está dedicado al estudio de la *locatio conductio* en el derecho romano clásico, con la finalidad de comprender la naturaleza jurídica de la *locatio conductio operis*, para posteriormente emprender el análisis comparativo entre este contrato y el de obra a precio alzado, objeto del tema de este trabajo de investigación.

Locatio conductio es el nombre con el que se denomina al arrendamiento entre los romanos. Este término latino procede de *locator* (el que entrega la cosa o presta el servicio), que a su vez se deriva de *locare*, que viene de *loco*, *as*, *are* (de *locus*, lugar), que quiere decir "colocar", poner, dar en alquiler, arrendar; esto es, confiar o entregar algo a una persona. La etimología de *conducere* es oscura. Se dice de este sustantivo que deriva de *conduco*, *is*, *ere*, *xi*, *ctum* (de *cum* y *duco*, llevar) que significa conducir, llevar, tomar a sueldo, asalariar, encargarse por cierto precio. *Conductio* – *onis* significa conducción, alquiler. En las obras no jurídicas significa "llevar juntamente" (*conducere populum in forum*, *conducere copias*), pero los juristas clásicos le dieron la acepción de *secum ducere*.

Con el fin de conocer las diferentes opiniones que han surgido en la doctrina sobre la denominación *locatio conductio*, expondré algunas de ellas, por considerarlas las más significativas, para posteriormente escoger la que nos auxiliará más para los fines de esta investigación.

El *Diccionario de derecho romano* de Gutiérrez Alviz y Armario lo define como "...el contrato consensual, sinalagmático o bilateral perfecto, de buena fe, por el cual una persona se obliga a garantizar a otra el uso temporal de una cosa,

o la prestación de determinados servicios, o la ejecución de una determinada obra, a cambio de una también determinada contraprestación, *pensio, merces*".¹

Por su parte, Arangio Ruiz² lo define como "...un contrato consensual en virtud del cual una de las partes llamada *locator*, se obliga a poner a disposición material de la otra, denominada *conductor*, cierta cosa, que ésta se obliga a restituir después de haber gozado de ella por cierto tiempo o de haberla manipulado o transportado del modo convenido, correspondiendo al *locator* o al *conductor*, según las diversas hipótesis, la retribución de una suma de dinero, llamada *merces*".³

El maestro Schulz Fritz aporta la siguiente definición, "aquel contrato consensual por el que una de las partes *locator* colocaba una cosa, un trabajo o servicios, a disposición de otra parte llamada *conductor* con una cierta finalidad y a cambio de una remuneración prometida por el *locator* o el *conductor*". Creo conveniente, no dejar implícito a quien corresponde el pago y el especificar, que quién obtenía la ventaja del contrato era quien estaba obligado a pagar el precio convenido por la prestación ofrecida, y que esto variaba según la hipótesis planteada en cada una de las modalidades que integran al contrato en estudio.

Finalizamos con lo dicho por el maestro Álvaro D'Ors, por creerla la más clara y puntual para los efectos de esta investigación, que en su esquema más general lo define como el contrato por el que una persona llamada *locator*

¹ Gutiérrez Alviz y Armarío, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1976, p. 443.

² Arangio Ruiz, Vicenzo, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 385.

³ *Idem*. Explicando su posición, expresa el autor, que basta leer las pocas líneas que Gayo dedica a la *locatio conductio* (III, 142 y ss.), o recorrer en el *Digesto* el título respectivo (19, 2) para verificar que ésta no es la concepción de los romanos. No sólo ellos no hacen nunca explícitamente esa distinción, sino que tratan sin orden los casos que la doctrina moderna separa según su correspondencia a cada uno de los tres tipos. Sobre todo no establecen ninguna diferencia entre *locatio conductio rei* y *operis*: quien *locat* es siempre el propietario o poseedor de una cosa, y objeto de la locación es siempre la cosa misma. Sólo que mientras en algunos casos ella es locada para que el locatario la goce o perciba sus frutos (*locare rem utendam*; Gayo, III, 144; o *fruedam*, C. 4, 65, 6; o *tundum fruendum*, D. 19, 2, 25), en otros, lo es para que el locatario la transporte (*vinum transportandum, mulierem vehendam locare*), o la limpie (*vestimenta polienda*), o, tratándose de un esclavo, lo instruya en un oficio o en un arte (*servum docendum*). Incluso cuando se habla de *insulam aedificandam*, o, en general, de *opus faciendum locare*, no es objeto del contrato la actividad del artífice, sino el material que le entrega el locador.

No hay, pues, que maravillarse porque, distinguiendo sutilmente entre la posición del lavandero y la del joyero, el viejo Afeno (D. 19, 2, 31) diga "*rerum locatarum duo genera esse*"; donde los modernos verían más bien dos diversas especies de *locatio operis*.

(arrendador) "coloca" temporalmente algo en manos de otra llamada *conductor* (arrendatario), que "lleva" aquella cosa. Y le corresponde pagar el precio a la parte que obtenga la ventaja de ese respectivo colocar o llevar la cosa, el cual es variable según la clase de arrendamiento.

II. CARACTERÍSTICAS

La *locatio conductio* se caracteriza por ser un contrato⁴ *consensual*, *sinalagmático perfecto*, de buena fe, por lo tanto, *oneroso*, *comutativo*, *principal* y *nominado*; era, además, del derecho de gentes, por cuyo motivo podía ser realizado también por los peregrinos.⁵

La *locatio conductio* fue considerada entre los romanos un contrato similar a la compraventa,⁶ por lo que al igual que ésta, no se celebra por palabras, sino por el consentimiento.⁷ La *locatio conductio* es, por tanto, un contrato consensual,⁸ porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes; es decir, por el solo acuerdo de éstas sobre la cosa y el precio sin que se requiera formalidad alguna.

Aunque si las partes determinan que se haga por escrito, entonces no era perfecto hasta en tanto no se cumpliera con dicha formalidad, que tenía como

⁴ En la romanística existe un gran interés por conocer objetivamente el concepto de contrato, ya que "en la terminología clásica, la palabra *contractus* no resulta ni muy frecuente ni muy precisa; desde luego, no siempre que existe una *obligatio contracta* se habla de *contractus*, y se observa cierta tendencia a reservar la palabra para designar las convenciones que engendran obligaciones bilaterales, no crediticias. Esta tendencia aparece muy claramente en el jurista más interesado por las cuestiones terminológicas, Labeón". D'Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1960, p. 362. A partir de este momento, cuando nos refiramos a esta obra se le nombrará D'Ors, *EDPR*.

⁵ Caremes Ferro, José, *Curso de derecho romano*, 10a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1846, pp. 302 y 303.

⁶ Gayo II. La locación y conducción es semejante a la compraventa y se apoya en las mismas reglas de derecho. Porque así como la compraventa se celebra, si se hubiera convenido sobre el precio, así también se entiende que se celebra la locación y conducción, si se hubiere convenido sobre el alquiler. D. 19,2,2: Gayo 3, 145; y Paulo D. 19, 2, 22, 3.

⁷ Paulo D. 19,2,1.

⁸ Los contratos más importantes son los consensuales. Entre ellos se encuentran el *mandatum*, *societas*, *emptio venditio* y *locatio conductio*. D'Ors, Álvaro, "Credittum", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1963, p. 553.

utilidad simplemente la de prueba.⁹ Los contratos, junto con los delitos, préstamos y estipulaciones, representan la fuente de las obligaciones civiles y pretorias.

Efectivamente, la evolución del derecho romano hacia una actividad menos formalista y la protección de la *fides*, sobre todo por el pretor, crea el fundamento de la noción universal de contrato.

Los contratos consensuales,¹⁰ que Gayo (III, 136) opone a los formales, y que en las Instituciones Justinianeas (3, 22, 1) se enfrentan también a los reales, son aquellos "...en los cuales la obligación nace del acuerdo entre las partes, expresado de cualquier manera",¹¹ pues podía celebrarse sin la presencia de las partes; es decir, *inter absentes*, por medio de carta o por nuncio, como se presente el caso.¹² Es así que hallamos los caracteres de consensualidad y bilateralidad en las obligaciones recíprocas de las partes.¹³

A los contratos consensuales se les ha calificado de "sinalgmáticos", figura que proviene del término griego *synallagma*,¹⁴ que se caracteriza por la reciprocidad de obligaciones.¹⁵ El maestro Di Pietro distingue un aspecto importante del *contractus* indicando que éste no se caracteriza por la "convencionalidad", sino por la mencionada reciprocidad de las "convenciones". Esta reciprocidad implica aquellas prestaciones simultáneas en los contratos, que se encuentran mutuamente ligadas, de manera que cada una de las partes, en tanto no venga obligada a realizar primeramente la prestación, puede retener ésta

⁹ El escrito y las *arras* que podían acompañarlo desempeñaban, respectivamente, la misma función que en la venta. Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 307.

¹⁰ La concepción de los contratos consensuales es una de las grandes aportaciones del derecho romano clásico al mundo del derecho. García Garrido, Manuel, *Derecho privado romano*, 4a. ed., Madrid, Dickinson, 1989, p. 596.

¹¹ Arancio Ruiz, Vicenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 373.

¹² García Garrido, Manuel, *op. cit.*, nota 10, p. 597.

¹³ "La causa del contratto sta precisamente nello scambio delle due prestazioni, oggetto delle due obbligazioni, l'obbligazioni, l'obbligazione di una parte trova la sua giustificazione obbiettiva in quella dell'altra parte; a mettere in essere due obbligazioni, di cui una si giustifica obbiettivamente sull'altra é efficiente il consensus", Grosso, Giuseppe, p. 144, citado por Martínez Cruz, Mario, *La interpretación romanista del contrato de fletamento*, tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, 1998, p. 17.

¹⁴ El término griego *synallagma* aparece en Labeón (D. 50, 16, 19) y en Aristón y Ulpiano (D. 2, 14, 7, 2) para designar el contrato con obligaciones recíprocas en general.

¹⁵ D'Ors, *EDPR, cit.*, nota 4, p. 509.

hasta que la otra parte le ofrezca la contraprestación a que está obligada. También, en tal caso el derecho de retención se basa en la *bone fides*.¹⁶

En Roma, al considerar los efectos que producían los contratos, los dividieron, según la terminología impuesta por los intérpretes modernos, en unilaterales¹⁷ y sinalagmáticos.¹⁸

Los intérpretes distinguieron a los contratos sinalagmáticos, en perfectos (*aequales*) e imperfectos (*inaequales*), en relación a como surjan las obligaciones. Nombrando sinalagmático perfecto al contrato que, al perfeccionarse engendraba obligaciones para todas las partes contratantes, obligaciones que nacen *ab initio* del contrato, que son simétricas, y de alguna manera simultáneas;¹⁹ e imperfecto, aquel que, al concluirse el contrato, sólo imponía obligaciones para una de las partes contratantes, pero que luego, por circunstancias posteriores y eventuales, podían engendrarlas también para la otra parte.²⁰ De los cuatro contratos consensuales reconocidos por el *ius civile*; todos, a excepción del mandato, que era sinalagmático imperfecto,²¹ eran sinalagmáticos perfectos.²²

Cabe aclarar que las fuentes no justifican en modo alguno que estos contratos sean llamados sinalagmáticos;²³ aclaran únicamente que el contrato significa literalmente: "un contrato obligatorio celebrado sin forma".

En el caso de la *locatio conductio*, estamos en presencia de un contrato sinalagmático perfecto, pues desde el momento mismo de su perfeccionamiento nacen obligaciones para ambas partes contratantes, existe una interdependencia de las obligaciones contractuales; todo ello se produce por efectos de la *bona*

¹⁶ Ulp. D. 19, 1, 13, 8; 21, 1, 31, 8.

¹⁷ Contrato unilateral es aquel que engendra obligaciones a cargo de una sola de las partes contratantes como en la estipulación o el mutuo. En cambio, se habla de un contrato sinalagmático cuando engendra obligaciones para todas las partes contratantes, como ocurría con la venta, o la misma locación

¹⁸ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 151.

¹⁹ Gayo, Di Pietro, Alfredo, *Institutas*, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 450, nota 92.

²⁰ Tenemos un ejemplo en el comodato; el contrato, al concluirse, no creaba obligaciones, sino para el comodatario: cuidar la cosa prestada y restituirla al vencimiento del término señalado; pero si él realizaba gastos extraordinarios para su conservación, nacía a cargo del comodatante la obligación de reembolsárselos. Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 151.

²¹ Como sinalagmáticos imperfectos también se encuentran el comodato, el depósito y la prenda.

²² Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 151.

²³ Ulp. D. 2, 14, 7, 2; 50, 16, 19.

fides que debe presidir estos contratos dada la amplitud de los poderes del juez para interpretar los términos del contrato y la "reciprocidad obligacional".

En general, todos los contratos unilaterales eran de derecho estricto; en cambio, todos los sinalagmáticos, tanto perfectos como imperfectos, eran de buena fe.²⁴

Por lo que toca a la *fides* transcribimos lo dicho por el maestro Álvaro D'Ors, quien indica que la *fides* es una idea central del pensamiento jurídico y político de Roma: propiamente, la lealtad a la palabra dada. Es una virtud del más poderoso; menciona como tipos la *fides deorum* (cfr. la exclamación "*pro deum fidem!*") que es la protección que dispensan los dioses; la *fides romana*, que por excelencia es la firmeza de Roma respecto a sus aliados; asimismo, hay una *fides patroni* respecto a sus clientes; una *fides tutoris, iudicis*, etcétera. Enfatizamos lo dicho por el maestro, respecto que la *fides* "llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma, y es el fundamento de todas las obligaciones no – formales, por ejemplo, el préstamo mutuo (*fidem sequi = credere*). Y distingue de todo lo dicho a la *bona fides*, pues ésta se refiere a la lealtad recíproca de las dos partes de un contrato, y de ahí quizá (a través de la *bona fides* del comprador) se aplica el concepto a la posesión sin conocimiento de perjudicar un mejor derecho".²⁵

Todo contrato consensual²⁶ tiene como factor común la buena fe, que implica la lealtad o rectitud de las partes que intervienen en un contrato, lo que supone el fiel cumplimiento de las prestaciones estipuladas: "La buena fe que se exige en los contratos requiere la máxima equidad".²⁷ En el orden procesal permite al juez, al indagar su existencia apartarse de la letra del contrato.²⁸

²⁴ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 152.

²⁵ D'Ors, Álvaro, *EDPR, cit.*, nota 4, p. 35.

²⁶ Los cuatro contratos consensuales son la expresión más acabada del contrato fundado en la buena fe, y por eso han constituido el modelo dominante para la evolución histórica del contrato hasta nuestros días. D'Ors, *EDPR, cit.*, nota 4, p. 463.

²⁷ Trifonino, 3 *disput.* D. 16, 3, 31.

²⁸ D. 17, 2, 3, 3; D. 19, 2, 35; D. 22, 1, 32.

En los contratos de buena fe, la interpretación y ejecución del juez gozaba de mayor amplitud de criterio; tenía un enorme poder discrecional que le facultaba para tomar en cuenta todas las particularidades de cada caso en concreto, para efectos de fijar la justa condena pecuniaria. Debía estatuir, ante todo, según la equidad, y teniendo también en cuenta la buena fe e intención presunta de las partes, de acuerdo con aquel principio que formulara Papiniano (D.50,16,219), de que en las convenciones debe entenderse, más que a las palabras, a la verdadera voluntad o intención presunta de las partes (*in conventionibus contrahentium, voluntatis potius quam verba spectari placuit*); de ellos derivaban acciones en las que el juez debía investigar todo lo que fuera debido según la equidad (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*).

Un *bonae fidei iudicium*²⁹ es un procedimiento ante el juez, con una fórmula en la que, mediante una cláusula especial, se ordena al juez que sentencie conforme a los dictados de la buena fe.

Las partes en dichos contratos utilizaban *formulae*, que mantenían siempre la misma estructura, las cuales fueron llamadas *formulae in ius conceptae*, que contenían la cláusula *fide bona*.³⁰ El contenido de las obligaciones de estos contratos era flexible y siempre obedecía a la buena fe.

En las relaciones de buena fe había una exigencia mayor, pues el deudor debía comportarse con lealtad respecto a la otra parte. La falta de esta lealtad, a la *bona fides* debida en consideración a la otra parte, constituye un tipo de *fraus* (como era *fraus* la falta de *fides* por parte del patrono); pero este término podía entenderse como *dolus malus*,³¹ y para evitar esta interpretación tan restrictiva la

²⁹ Los *iudicia*, que no fueron *bonae fidei iudicia*, no tuvieron una denominación común en los tiempos clásicos, no fueron llamados *iudicia stricta* o *iudicia stricti iuris*. Tal nomenclatura hubiera sido impropia, ya que en muchos de ellos se da también la *bona fides* en la misma medida en que en los *bonae fidei iudicia* propiamente dichos. Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 33-35. En lo sucesivo al referirnos a esta obra será con las siglas: Schulz, *DRC*.

³⁰ La *clausula ex fide bona* no fue tan eficaz como podía esperarse. Los juristas clásicos fueron responsables, y no los jueces romanos, que dependían en su actuación de los juristas – no se atrevieron a usar del amplio arbitrio que esta cláusula les concedía y se mostraron más bien conservadores y faltos de fuerza creadora. Schulz, Fritz, *DRC*, *cit.*, nota 29, p. 503.

³¹ Véase, en este sentido, D. 6, 1, 63. *Cfr.* sobre *fraus*. D'Ors, Álvaro, *EDRP*, *cit.*, nota 4, véase la nota 127.

jurisprudencia clásica acabó por adoptar el término "culpa" para referirse a la falta de la diligencia debida (*negligentia* como *contratio a diligentia*).³²

La jurisprudencia republicana (C. Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo) consideraba como un elemento esencial del *dolus malus* la simulación (*aliud simulatur et aliud agitur*), pero Labeón prescinde de este elemento y atiende principalmente al engaño resultante, con lo que se amplía considerablemente la noción de dolo, y se consigue un cierto acercamiento al régimen de la *bona fides*. Toda declaración falsa puede incluirse dentro de esa noción; por ejemplo, declararse solvente, asegurarse que se darán fiadores, o que se pagará inmediatamente, dañar el objeto que se debe dar al acreedor, etc.; el fingirse acreedora para cobrar un crédito, en cambio, se considera *furtum* (D. 47, 2, 43 pr.-1; *cf. h. t.* 52, 15). La palabra *fraus*, que significa originariamente "infracción" o la consecuencia penal de la misma se aproximó a *dolus*.³³

El lenguaje legal clásico conoce únicamente la expresión *bonae fidei iudicium*, no la de *bonae fidei actio*. Los términos *bona fide iudicium*, *bonae fidei contractus*, *bonae fidei negotium* no son clásicos.³⁴

Las obligaciones de buena fe surgen en el *ius gentium* al introducir nuevos contratos que para su perfeccionamiento no requerían de una formalidad solemne, pues se concluían con el mero consentimiento y se probaban por escrito. Éstos se hallaban protegidos por acciones *bonae fidei*, en cuya fórmula el magistrado otorgaba al juez la facultad de establecer la condena fundando su resolución en la equidad, la voluntad presunta de las partes y demás circunstancias del contrato. Al juicio se le denominaba *arbitrium*, y el juez debía contemplar al mismo tiempo todas las relaciones de derecho a que el acto diera lugar.³⁵

Las obligaciones de buena fe, además tienen como característica que aun sin que la excepción esté inserta en la fórmula, podía el juez tenerlas en cuenta en

³² D'Ors, Álvaro, *EDPR*, cit., nota 4, p. 152.

³³ *Ibidem*, p. 392.

³⁴ Schulz, Fritz, *DRC*, cit., nota 29, p. 83.

³⁵ Tenía como consecuencias: 1. Que se podía invocar el dolo y la violencia por el deudor como defensas para sustraerse al cumplimiento de la obligación; 2. Si hay mora por parte del deudor, modifica su situación y producía ciertos efectos, como la obligación de restituir los frutos de la cosa debida, de pagar intereses, etcétera; 3. Contra las obligaciones de buena fe podía oponerse la

la segunda etapa *in iudicio*, para juzgar según la equidad, pero tal distingio desapareció con la abolición del procedimiento clásico en la tercera época.³⁶

La *locatio conductio*, además de ser un contrato consensual, sinalagmático perfecto y de buena fe, es un contrato *oneroso*,³⁷ pues genera provechos y gravámenes recíprocos para las dos partes contratantes, "puesto que debe mantener un equilibrio de intereses económicos".³⁸ Es decir, son aquellos que implicaban sacrificios o desembolsos recíprocos para las partes celebrantes del contrato.

Los contratos onerosos, nos dice Caremes, admitían una nueva división que correspondía a los nombrados contratos conmutativos, que son aquellos cuyas prestaciones a cargo de las partes eran ciertas, y por otro lado, los contratos *aleatorios*, que son aquellos que sus prestaciones dependían de un acontecimiento incierto, es decir, del azar. En el caso de la *locatio conductio*, estamos ante un contrato *conmutativo*, pues desde que se perfecciona el contrato las partes conocen las prestaciones a las que están obligadas al celebrar el contrato.

Según la relación de dependencia que entre ellos pudiera existir, los contratos se dividían en principales, cuando desempeñaban una función propia, existiendo por sí mismos, como la venta, la misma locación o el préstamo, y accesorios, cuando su existencia dependía de la existencia de otros contratos a los cuales iban unidos, como la fianza. Por lo antes dicho, la *locatio conductio* pertenece a los contratos principales.

Por último, atendiendo a su calificación, los contratos se dividían en nominados e innominados. En este caso la *locatio conductio* es un contrato nominado pues la ley lo regula y les ha puesto un nombre; en cambio, los innominados³⁹ aquellos contratos que carecían de una denominación especial.

compensación, y también pueden ser modificadas por medio de pactos. Cabe aclarar que estas características fueron de orden procesal.

³⁶ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, pp. 55 y 56.

³⁷ La relación entre el arrendador y el arrendatario se rige por el principio de la onerosidad según la buena fe, lo que implica el máximo equilibrio de utilidades. D'Ors, Álvaro, *EDPR, cit.*, nota 4, p. 362.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 153.

III. PARTES

Las partes son los sujetos que intervienen en la relación contractual, los titulares de los derechos y obligaciones que surjan del contrato. En la *locatio conductio* intervienen dos partes; por un lado el *locator*⁴⁰, como aquella parte que "coloca" en manos de otro, por un cierto tiempo y por una suma de dinero (*merces*) algo, que la otra parte denominada "*conductor*"⁴¹ se lo lleva, ya para su uso o para trabajarla, de acuerdo con las características de las distintas modalidades del contrato.

Los mencionados términos latinos *locator* y *conductor* han sido traducidos al español práctico como "arrendador" y "arrendatario", respectivamente. Dicha traducción es imprecisa, si con el concepto de arrendatario se denomina a la parte que ha de pagar el precio, y con la de arrendador aquella parte que se compromete a la correspondiente contraprestación, porque los términos *locator* y *conductor*, usados por el derecho romano, no se refieren al precio ni distinguen a quien lo paga de quien lo recibe, pues unas veces lo paga el *conductor* y otras el *locator*, dependiendo de la ventaja que uno u otro contratante puede obtener de ese respectivo colocar y llevar la cosa, lo cual es muy variable según el tipo de arrendamiento, y por eso el pago, como precio, de una cantidad (*merces*), que siempre interviene en el contrato, puede ser a cargo de uno u otro contratante, según quien sea que obtenga la ventaja de aquel contrato.⁴² Al respecto, Arangio coincide con D'Ors, e indica que el "pago corresponde a aquel que saca provecho de la *locatio*: al *conductor* en los casos de la *locatio operarum* y de la *locatio rei*

⁴⁰ El *locator* (arrendador) era quien colocaba algo en manos del *conductor*, proporcionándole ya sea, el uso y disfrute temporal de una cosa o la prestación determinados servicios o la colocación de los materiales para que llevara a cabo el encargo hecho por el *locator* de una obra, la cual, una vez terminada, debía remunerar, y al final recibía la obra terminada.

⁴¹ El *conductor* (arrendatario) era quien llevaba aquella cosa, quien hacía uso y disfrute temporal de dicha cosa, quien recibía la prestación de los servicios; por lo tanto, estaba obligado a pagar un precio por dichas prestaciones; es decir, a satisfacer la *merces* o *quota* estipulada. Por otra parte, el *conductor* también podía ser el encargado de realizar una obra, y por ello tenía el derecho a un pago llamado *merces*.

⁴² D'Ors, Álvaro, *EDPR*, nota 4, p. 553.

utendae o fruendae, al *locator* en los casos de *locatio rei vehendae o poliendae, insulae faciendae, locatio conductio operis*. Etcétera".⁴³

En el derecho moderno se da mayor importancia a la retribución⁴⁴ (la "renta"; del latín *reddita*), aproximándose a la idea griega, donde el contrato recibe el nombre de *misthosis*, precisamente por el precio (*misthos*) que se debía pagar. Siendo la naturaleza de la prestación que se realiza a cambio de lo que se paga, lo que diferencia a cada una de las modalidades del contrato en estudio.

En cambio, para los romanos, lo fundamental era la circunstancia de que en todos esos casos se alquilaba, se daba mayor importancia al *locare* que al *conducere*; es decir al "colocar", la cosa, o la ejecución de una obra. A esta concepción se debe el hecho, para nosotros extraño, de que aparezca como *locator*, por un lado el arrendador de una casa o finca, en la *locatio conductio rei*, y por el otro lado en el caso de la *locatio conductio operis* al *locator*, como la parte que debe pagar el precio por la obra encargada; cuando nosotros, por el contrario, equiparamos al *locator* como al arrendador viendo esta figura como la parte que debe ejecutar la obra y por su parte recibe una remuneración.

Esa dificultad que pudo presentarse en cada una de las modalidades del arrendamiento, para determinar cuál de las partes contratantes correspondía al *locator* o cuál al *conductor*, es un problema que seguramente no tuvo la más mínima importancia jurídica; coincidimos con Schulz, en que:

Esta diferenciación terminológica fue más bien formal y que en todo caso, el trabajador podía llamarse a sí mismo *locator* o *conductor* según le pluguiese. Ejemplo de ello lo encontramos en que si alguien alquilaba un flautista para amenizar una reunión vespertina, no se paraban a deliberar si este caso era una *locatio conductio operarum* o una *locatio conductio operis* y si, consiguientemente, el flautista era *locator* o *conductor*. Los juristas, en una palabra, no se cuidaron de decidir qué expresión de estas dos resultaba más propia.

El maestro Fritz Schulz considera que se debe dejar a un lado la mencionada tricotomía, que es la que origina estos conflictos terminológicos, que

⁴³ Arangio Ruiz, Vicenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 386.

⁴⁴ D'Ors, Álvaro, *EDPR, cit.*, nota 4, p. 360.

no tienen importancia jurídica. Enfatiza que se trata de "un producto del escolasticismo jurídico continental", que en lugar de facilitar la comprensión de la *locatio conductio*, "crea dificultades y errores innecesarios, pues alude a diferencias jurídicas en una materia en que realmente éstas no existen".⁴⁵

IV. OBJETO

Al hablar sobre el objeto del contrato, se entiende toda prestación principal u obligación principal que cada parte ha de cumplir en el contrato. Esta prestación principal tiene como contenido un objeto material, que puede ser una cosa, o una obra, dependiendo del tipo de arrendamiento. Y un precio, que es lo que se debe regularmente como contraprestación.

a) En el caso del arrendamiento de cosa *locatio conductio rei*, el *locator* se obliga a garantizar el uso o el uso y disfrute de una cosa al *conductor*, quien como contraprestación se obliga a pagar un precio (*merces*). Por tanto, las obligaciones principales en este contrato consisten, por parte del *locator*, en colocar el uso o el uso y disfrute de una cosa, al *conductor*. Y por parte del conductor, en pagar un precio. En este arrendamiento el objeto material de la prestación es la cosa,⁴⁶ que podía ser mueble o inmueble, corporal o incorporal, siempre que se hallara en el comercio.

Sin embargo, no se podía arrendar una servidumbre predial sin el predio mismo, ni tampoco las cosas que se consumían por el uso, pues se cree que las cosas en un arrendamiento no deben consumirse, porque el arrendamiento de cosa tiene por objeto atribuir al arrendatario el disfrute de la cosa con la obligación de restituir la misma; se entiende que para que se tenga una *res utenda* (o *fruenta*) *locata* (locación de cosas en el sentido de la dogmática moderna) el objeto debe ser no consumible, a no ser que fueran arrendadas como cuerpos

⁴⁵ Schulz, Fritz, *DCF*, nota 29, pp. 519, 523

⁴⁶ En la *locatio conductio rei* el objeto del contrato de arrendamiento podía ser también un derecho, cuyos productos eran percibidos por el arrendatario; pero esta modalidad del contrato se daba casi únicamente en el derecho público (arrendamiento del cobro de impuestos aduaneros y de contribuciones). Kunkel, Jörs, W., *Derecho privado romano*, Barcelona, Labor, 1957.

ciertos (*ad pompam vel ostentationem*) o salvo reservas análogas a las hechas en materia de *comodato*. También podía ser locado el ejercicio de *iura in re aliena*, como el usufructo y la superficie.⁴⁷ Como también las cosas ajenas, pues nada se oponía a que el *locator* procurase al *conductor* el goce de las mismas.

b) En el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*), el *locator* coloca los materiales para la ejecución de una obra por la cual pagará una *merces* al *conductor*, quien la ejecuta y la debe entregar terminada, sobre la cosa que el *locator* ha puesto en sus manos con ese fin. El *locator* tiene como prestación principal la colocación de los materiales y el pago del precio una vez que le es entregada la cosa acabada. Colocar la cosa significa dejarla en poder del *conductor*. La obligación principal del *conductor* es ejecutar la obra que le ha sido encargada por el *locator*, y finalmente una vez terminada dicha obra entregarla acabada (*opus perfectum*).⁴⁸ En este caso el objeto material es la cosa en la cual se hace la obra, la cual debe ser lícita y posible; por ejemplo, la pintura de un cuadro, la confección de un vestido, la conducción de una nave a determinado puerto, la construcción de una casa, la limpieza de un traje, el lavado de la ropa blanca, etcétera.⁴⁹ Sin embargo, en esta especie de arrendamiento, la cosa puede ser consumible o no consumible en razón de la variedad de sus funciones; un ejemplo de ello ésta en los contratos de transporte, en el grano dado para moler, en la uva entregada para pisar, etcétera.⁵⁰

El pago, como precio, de una cantidad que siempre interviene en el contrato puede ser a cargo de uno u otro contratante, según quien obtenga la ventaja de aquella cesión.⁵¹ El *conductor* en el arrendamiento de cosa y el *locator* en el de obra, debían dar como contraprestación un precio, pues de otro modo estaríamos en presencia de un *commodatum* o *mandatum*.

Esta remuneración, que se traduce en un precio (*pretium*), se llamaba también *merces*, *pensio* o *manupretium*; debía reunir las mismas condiciones que

⁴⁷ Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 387.

⁴⁸ El objeto de la *locatio conductio* según D'Ors, no es el trabajo, sino el resultado; *opus es*, precisamente, la obra acabada (*opus perfectum*). D'Ors, Álvaro, *EDPR*, *cit.*, nota 4, p. 363.

⁴⁹ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 312.

⁵⁰ Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 387.

⁵¹ D'Ors, Álvaro, *EDPR*, *cit.*, nota 4, pp. 500 y 501.

el precio de la compraventa, pues debía ser verdadero (*verum*); es decir, no simulado, cierto (*certum*) y, en principio al menos, en "dinero amonedado" (*in pecunia numerata*); hubo cuestionamientos sobre si el pago por el arrendamiento sólo podía consistir en dinero para tratarse propiamente de una *locatio conductio*, o si podría pagarse con el uso de una cosa, un ejemplo muy significativo de ello nos lo da Gayo (III, 144).⁵²

El maestro Alfredo Di Pietro señala al respecto que en el caso del párrafo anterior no estamos ante una *locatio conductio*, sino ante un contrato innominado.⁵³ Sin embargo, tratándose de *fundus rurales*,⁵⁴ se pudo arrendar también mediante una retribución que consistiese no en dinero, sino en un porcentaje sobre el producto de las cosechas.⁵⁵ En el caso de un arrendamiento fructífero se requería señalar el número cierto de dichos frutos,⁵⁶ siendo esta situación muy parecida a la existente entre los socios.⁵⁷ Sin embargo, el pago en la *locatio conductio* es siempre en dinero; de lo contrario se estaba ante un contrato distinto.

La *merces* debía convenirse para considerarse contraído el arrendamiento. Al respecto, Gayo indica que "...si no se ha estatuido un precio *merces* cierto, no

⁵² Se ha cuestionado acerca de si se ha contraído una locación en el caso de que yo te haya dado una cosa para que tú la uses y yo he recibido de ti el uso de otra cosa.

⁵³ Comparar con el caso análogo de la *permutatio*: Gayo, III, 141 y nota.

⁵⁴ En esta figura jurídica, conocida bajo el nombre de colonato parciario (*colonia partiaria*) o aparcería, la *merces* podía consistir en una parte de los frutos producidos por el fundo. Es la única excepción a la regla de que el precio del arrendamiento debía consistir en dinero. Observa Girard que la calificación de este contrato ha dado lugar a ciertas dificultades. Según una doctrina sostenida por M. Waaser (*colonia partiaria des römischen Rechts*, 1885), la operación no constituiría una locación más que cuando la *merces* consistiera en una cantidad determinada de frutos (*pars quantia*), mientras que sería una sociedad cuando la *merces* consistiera en una parte proporcional de esos mismos frutos (*pars quota*). Pero Pernice refuta su argumentación, y según la doctrina dominante no hay para qué establecer distinciones; en uno y otro caso el colonato parciario sería una especie de locación. Ferrini, por su parte, sostiene un punto de vista intermedio, ya que según él, el colonato parciario sería locación para los clásicos, pero no para el derecho Justiniano, en el cual se hizo de la exigencia de que el precio fuera en dinero, un requisito esencial para la existencia del contrato (véase *Opere di Contardo Ferrini*, vol. III, p. 1. "La colonia partiaria").

⁵⁵ Cfr. Inst. 3, 24, 1-2; D.16, 3, 1, 9; D. 19, 5, 5, 2. Según Ferrini (*Pandette*, 4a. ed., p. 537), es Justiniano la exigencia de que la *merces* consista en *numerata pecunia*. En el mismo sentido, Longo, G., *Studi Albertario*, 1, p. 687 y ss.; Studi Arangio Ruiz, Vicenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 388; véanse ahora Mayer Maly, *op. cit.*, p.128 y ss.; Thomas, *Acta juridica*, 1 (1958), pp. 191 y ss. No hay arrendamiento, sino contrato innominado, cuando la *merced* no consiste en dinero.

⁵⁶ Cf. D. *id.*, 25,6; D.19,2, 35, 1

⁵⁷ Cf. D. *id.*, 25, 6.

se puede considerar contraída la *locación*.⁵⁸ La determinación del precio podía encomendarse al *arbitrium* de un tercero.⁵⁹ Si al celebrarse el contrato de arrendamiento no se conviene sobre el precio, y se deja al que más tarde convengan las partes, según Justiniano no se trata propiamente de un contrato consensual de *locatio conductio*, sino de un contrato innominado del género "*do ut facias*",⁶⁰ de tal modo que se perfeccionará en el momento en que se entregue la cosa y no por el mero consentimiento, concediéndole a las partes la *actio praescriptis verbis*.⁶¹ Lo mismo sucede cuando no se designa el precio por el tercero encargado para ello (ya sea porque no pudo o no quiso), se considerará de igual forma ineficaz el contrato, pues se entiende que no se verificó propiamente un arrendamiento.

V. ACCIONES

El derecho clásico maneja una serie de acciones personales con las que se puede exigir el cumplimiento de obligaciones. Estas acciones derivan de la *manus iniectio*, prototipo de las acciones *in personam*. Recordemos que la acción es un acto jurídico por excelencia, que ejercita siempre el actor (demandante), y en el que podemos obtener una decisión definitiva (*iudicatum*), fundada en la opinión (sentencia) del juez competente.⁶²

El maestro Álvaro D'Ors nos dice que "...entre los clásicos no hay más *contractus* que los sancionados por acciones de buena fe: *in omni contractu bonam fidem praestare* (D. 17, 1, 59, 1).⁶³ Dejando aparte la acción de buena fe de

⁵⁸ Gayo III, 142.

⁵⁹ Se cuestionó sobre la existencia de la *locatio conductio* en caso de que fuera determinado su precio por un tercero. La discusión al respecto es análoga a la ya planteada por Gayo III, 140. La solución final la dio Justiniano, en el mismo sentido ya explicado en la nota de dicho párrafo, haciendo válidos los razonamientos dados a favor de la existencia del precio referido a la estimación de un tercero, al caso de la *locatio conductio* Inst. 3, 23, 1 *in fine*; 3, 24, 1; Cod. 4, 38, 15 *in fine*; año 530.

⁶⁰ D. 19, 5, 5.

⁶¹ Inst. 3, 24, 1.

⁶² D'Ors, Álvaro, *EDPR*, cit., nota 4, pp. 81-92.

⁶³ *Ibidem*, p. 371.

la tutela y la similar de la dote. Las acciones con fórmula *ex fide bona* son acciones nacidas de los contratos”.

En la última época clásica, las acciones contractuales del arrendamiento dieron lugar a los juicios de buena fe, lo mismo sucedió con la compraventa, el mandato y la sociedad, entre otros.

La reciprocidad, que caracteriza a la *locatio conductio*, permite que la iniciativa procesal pueda ser tomada por cualquiera de los sujetos de la relación obligacional correspondiente; en otras palabras, que de ésta nazcan acciones posibles a favor de una y otra parte. Lo que hace que las acciones en este contrato sean previsibles por ambos lados.

Lo común es que las acciones contractuales sean de buena fe, lo que exige de las partes un comportamiento más cuidadoso en el cumplimiento de sus obligaciones. El régimen de estas acciones es más flexible, pues concede al juez un mayor *arbitrium* para determinar la condena.

De la *locatio conductio* derivan dos acciones: la *actio conducti* y la *actio locati*, acciones con las que las partes hacen valer sus derechos y pueden exigir todas las prestaciones derivadas del contrato o de sus pactos accesorios. La primera corresponde al *conductor*, y la segunda al *locato*,⁶⁴ estas acciones, que al igual que las nacidas de la compraventa, son civiles y de buena fe. Schulz nos dice que “las *formulae* de los antiguos tiempos de la República se inspiraban en los modelos de las acciones derivadas de la compra venta. Fueron por tanto *in ius conceptae* y contenían la cláusula *ex fide bona*”.⁶⁵

Las prestaciones dependen de la especie de arrendamiento, por lo que posteriormente, en cada uno de los apartados en los que se estudiará específicamente cada una de las modalidades del arrendamiento se profundizará en las prestaciones que corresponden en su caso, tanto al *locator* como al *conductor* y que pueden ser exigibles con sus acciones respectivas.

⁶⁴ Inst. 3, 24.

⁶⁵ Lenel, Edict. 111.

VI. MODALIDADES

Los juristas clásicos visualizaron a la *locatio conductio* como un contrato unitario que aglutina a tres tipos de contratos denominados del siguiente modo por los romanistas modernos: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*. Esta división ha sido trasladada al derecho romano actual, y en su virtud se distinguen en él, como especies de *locatio conductio*.

Tal tricotomía no se halla en las fuentes romanas, ni fue implícitamente aceptada por los juristas clásicos. Éstos solamente conocieron una *locatio conductio*, y, en principio, aplicaron las mismas reglas a todas las variedades de este contrato pues ni Gayo, en las escasas letras dedicadas a la *locatio conductio*, ni Ulpiano y Paulo, en sus comentarios a la materia, hacen mención de las citadas tres categorías de la *locatio conductio*, pues en dicha época sólo se tuvo noticia de un tipo contractual único de arrendamiento.⁶⁶ Por lo que esta división no es estrictamente de derecho romano clásico, sino que fue discernida por los autores modernos, posiblemente en el siglo XVII.⁶⁷

Transcribo lo dicho Fritz Schulz con relación a que dichas especies son conceptualizadas como:

- a. *Locatio conductio rei*. Contrato por virtud del cual una parte llamada *locator*, convenía ceder a la otra parte llamada *conductor*, el uso de una cosa, obligándose el *conductor* a pagar una compensación.
- b. *Locatio conductio operis*. Contrato en que una parte (*conductor*), se obligaba a producir un cierto efecto o resultado con su trabajo; por ejemplo, construir una cosa o confeccionar un traje, a cambio de una compensación que debía ser pagada por la otra parte (*locator*).

⁶⁶ Caremes Ferro, José, *op. cit.* nota 5.

⁶⁷ *Cfr.* De Zulueta, II, 171, N. 1.

- c. *Locatio conductio operarum*. Contrato en el que una parte (*locator*) se obliga a rendir servicios de cierta especie; por ejemplo, trabajo doméstico, a cambio de una remuneración que debía ser pagada por la otra parte *conductor*'.

Estas especies han sido clasificadas indistintamente por la doctrina actual romana, lo que se opone a la concepción unitaria del derecho romano clásico;⁶⁸ sin embargo, para efectos de esta investigación es importante conocer estas especies, pues de ellas deriva la figura de nuestro estudio.

A modo de ejemplo, el maestro Álvaro D'Ors menciona sólo dos especies en la *locatio conductio* la que corresponde al arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*) y el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*), señalando que dentro de la *locatio conductio rei* se desprende la *locatio conductio operarum* como una subespecie de la misma. Sabino Ventura Silva es un autor que menciona a las tres especies sin hacer subdivisión alguna.⁶⁹ Hay otros autores, como Margadant, que realizan una clasificación tetrapartita: "a) En primer lugar, el arrendamiento de cosa (*locatio conductio rerum*); b) El contrato de aparcería; c) El contrato de trabajo (*locatio conductio operarum*); d) El contrato de obra (*locatio conductio operis*)".⁷⁰ Los anteriores ejemplos son sólo enunciativos, pues en la doctrina hay infinidad de opiniones al respecto.

Siguiendo lo establecido por D'Ors analizaremos las mencionadas especies, obedeciendo a su naturaleza jurídica. Deben distinguirse en la *locatio conductio* fundamentalmente dos tipos de *locación*: el arrendamiento de cosa

⁶⁸ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 4a. ed., Barcelona, Ariel, p. 377.

⁶⁹ Es importante destacar que gran cantidad de autores establecen la clasificación tripartita de la *locatio conductio*, como Ortolán, que señala: "Existen diversas clases de arrendamiento: 1. *locatio conductio rerum*, (arrendamiento de cosas); 2. *locatio conductio operarum*, (arrendamiento de servicios); 3. *locatio conductio operis* (arrendamiento de una obra que se ha de ejecutar". Ortolán, M., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, 6a. ed., Madrid, Leocadio López, 1934, pp. 322 y 323.

⁷⁰ Margadant S., Guillermo Floris, *El significado del derecho romano (dentro de la enseñanza jurídica contemporánea)*, México, UNAM, 1960, p. 410.

(*locatio conductio rei*) y el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*).⁷¹ Algunos autores hablan de un tercer tipo de arrendamiento: la *locatio conductio operarum*, considerada por muchos, como una modalidad más del arrendamiento; sin embargo, ésta es una subespecie del arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*), pues en este supuesto la cosa que se coloca son los servicios del *locator* o el trabajo indiferenciado de los esclavos.

Por *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa) se entiende aquel contrato por virtud del cual el *locator* coloca una cosa temporalmente en manos del *conductor* para que éste la use o disfrute y luego pague por ella una cantidad en concepto de renta, llamada *merces*.

En cambio, la *locatio conductio operis* (arrendamiento de obra) consiste en colocar una cosa por parte del *locator* al *conductor* para que éste realice con ella el proyecto convenido o solicitado por el *locator*, quien deberá pagar por ello un precio (*merces*) al *conductor* que termina la obra.⁷²

Para la mejor comprensión de la figura jurídica que nos ocupa, se emprenderá un breve estudio de la *locatio conductio rei* para en apartados posteriores iniciar el análisis jurídico de la *locatio conductio operis*.

1. Locatio conductio rei

A. Definición

El arrendamiento de cosa es aquel en el cual el *locator* coloca o cede al *conductor*, a cambio de una *merces* que éste se obliga a pagar, el uso o el uso y disfrute temporal de una cosa. En otras palabras, en este arrendamiento surge una obligación por parte del *locator* de mantener al *conductor* en el uso, uso y disfrute de un inmueble, o mueble no consumible por el tiempo convenido, y al *conductor* a pagar la *merces*.⁷³

⁷¹ En esta misma línea de pensamiento se inscribe García Garrido, "...la locación conducción puede dividirse en dos clases: I. Arrendamiento de cosas que comprende también el de servicios; II. Arrendamiento de obra". García Garrido, Manuel, *op. cit.*, nota 10, p. 666.

⁷² D'Ors, Álvaro, *EDPR, cit.*, nota 4, p. 361.

⁷³ *Idem*.

B. Características

Las características de la *locatio conductio* no varían con relación a sus especies; por tanto, la *locatio conductio rei*, al igual que la *locatio conductio*, es un contrato consensual, sinalagmático perfecto, oneroso, y, por lo tanto, de buena fe, como ya fue explicado en el apartado II.

C. Partes

La denominación de las partes es la misma en todas las especies de arrendamiento; en el caso de la *locatio conductio rei*.

El *locator* (arrendador) es aquel que coloca algo, que puede ser una cosa mueble o inmueble necesariamente no consumible, en manos del *conductor* proporcionándole, ya sea el uso o el disfrute temporal de una cosa.

Por ejemplo, el *locator* puede poseer por mediación del *conductor* (*possessio corpore alieno*); este último tampoco es poseedor, sino un simple detentador⁷⁴ y, por consiguiente, no goza de la protección interdicial acordada en beneficio del *possessor*.⁷⁵ Así, cuando un tercero reclame la propiedad de la cosa arrendada, el *conductor* no puede defenderla, sino el *locator* poseedor. Pero si se trata de una cosa mueble y nadie la defiende, el demandante puede dirigir la acción *ad exhibendum* contra el *conductor*, que dificulta dolosamente la entrega de la cosa al demandante (entrega por el trámite pretorio del *iussum ducendi vel ferendi*). El arrendatario habría de respetar el derecho real del tercero y no tendrá más derecho derivado del contrato que el de exigir una indemnización por el perjuicio.⁷⁶

El *conductor* es quien lleva consigo aquella cosa, quien hace uso y disfrute temporal de la cosa; por tanto, está obligado a pagar un precio por dichas prestaciones; es decir, a satisfacer la *merces* o *quota* estipulada.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 362

⁷⁵ Dispone, sin embargo, del *interdictum de vi armata* D. 43, 16, 12; *eod.*, 18.

⁷⁶ Kaser, Max, *Derecho romano privado*, Madrid, Reus, 1968, p. 199.

En el caso de la *locatio rei*, el "conductor" es denominado también "inquilino" (*inquilinus*) si se trata de un edificio,⁷⁷ o "colono" (*colonus*) si se trata de un campo: o también "publicano" (*publicanus*) si se trata de un "vertical".⁷⁸

D. Objeto

Me dedico a lo establecido en el objeto de la *locatio conductio rei*, que indica que será la obligación o prestación principal, que en el caso del *locator* reside en el deber de colocar temporalmente una cosa en manos del *conductor*, cediéndole el uso o el uso y disfrute de dicha cosa. Y en lo que respecta al *conductor*, el deber de pagar un precio (*merces*) por dicha prestación, la cual se fija en proporción al uso y disfrute efectivo, que se tenga de la cosa arrendada.

Como objeto material, se encuentra la cosa, la cual puede recaer sobre toda clase de cosas existentes en el comercio, ya sea mueble, inmueble, corporal o incorporeal, con tal que sean inconsumibles,⁷⁹ no se excluye la posibilidad de arrendar el ejercicio de *iura in re aliena*, tales como el usufructo, la *habitatio* y la superficie;⁸⁰ nada impide arrendar cosas ajenas, pues el *locator* puede perfectamente obligarse a procurar el disfrute al inquilino.⁸¹

"La *merces* debe consistir en una suma cierta de dinero determinada, por lo menos al concluir el contrato, de lo contrario no se entiende celebrado el contrato. Y estando en presencia de un contrato innominado cuando la *merces* no consiste en dinero.⁸² A excepción de la *colonia partiaria*, donde la *merces* consiste en una cuota *-pars quota-* de los frutos del fundo".⁸³ Nos dice D'Ors que la *merces* es debida, normalmente, por plazos vencidos, en proporción al uso del arrendatario.⁸⁴

⁷⁷ D. 41, 2 37.

⁷⁸ D. 50, 16, 16.

⁷⁹ No importa, sin embargo, que sea consumible cuando se destina *ad pompam vel ostentationem*, a la manera que dijimos al hablar del comodato. Cita de Iglesias, Juan, *op. cit.*, nota 68, p. 396.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ D. 9, 6,

⁸² *Cfr.* Inst. 3, 24, 1-2; D. 16, 3, 1, 9; D. 19, 5, 5, 2. Según Ferrini (*Pandette*, 4a. ed., p. 537), es justiniana la exigencia de que la *merces* consista en *numerata pecunia*.

⁸³ Iglesias, Juan, *op. cit.*, nota 68, p. 396.

⁸⁴ En los arrendamientos rústicos, la legislación imperial admitió incluso la reducción judicial de la misma en años de mala cosecha, con obligación de resarcir en años de buena. D'Ors, Álvaro, *EDRP, cit.*, nota 4, p. 362.

E. Posición del locator (arrendador)

Al celebrarse un contrato surgen para ambas partes contratantes derechos y obligaciones. En el caso de la *locatio conductio rei* por parte del *locator* nacen las siguientes obligaciones:

Tiene la obligación de entregar la cosa con sus accesorios y colocar en manos del *conductor* la simple tenencia o *possessio naturalis* (es decir, una *nuda traditio*⁸⁵ *quasi traditio*) de una cosa,⁸⁶ procurar el uso o el uso y disfrute temporal de la cosa arrendada *uti frui licere praestare*, durante el término del contrato, fuera de vicios que la inutilicen para el uso pactado, y si es necesario realizar las reparaciones necesarias para preservar la cosa *ex fide bona* y mantenerla en estado de aptitud,⁸⁷ según su actual y propio destino, sin que se pueda realizar modificación alguna a la cosa, durante el contrato, que obstruya el uso, para el que fue celebrado el contrato.

También está obligado a satisfacer todos los gravámenes que pesen sobre la cosa arrendada;

Reembolsar al *conductor* los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa.⁸⁸

Debía responder indemnizando por todos los daños y perjuicios ocasionados al *conductor*, si por un hecho o culpa⁸⁹ del *locator* el *conductor* no podía usar, gozar y disfrutar de la cosa arrendada de conformidad con el contrato, o sea, el pleno *id quod interest*. Del modo contrario queda liberado, pero no recibía la *merces*. El *locator* era responsable no sólo de su *dolo* y de su *culpa grave*, sino también de su *culpa levis*. De la misma forma, debía responder cuando garantizara tácitamente o expresamente la aptitud de la cosa en arriendo.⁹⁰

⁸⁵ Ulpiano, L. 6, 2, D., de precar., XLIII, 26... *Fructuarii... et colonus et inquilinus sunt in praedio, et tamen non possident.*

⁸⁶ Era una *nuda traditio*, pues el *locator* continuaba siendo propietario de la cosa que poseería, en adelante, por medio del *conductor*. El *locator* poseía en este caso *animo proprio, corpore alieno*. Cita sacada de Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 308.

⁸⁷ D. 19, 2, 15, 1.

⁸⁸ D. 19, 2, 55, 1.

⁸⁹ D. 19, 2, 30.

⁹⁰ Labeón D. 60, 7; Ulpiano D. 19, 1.

También respondía contra la evicción⁹¹ de la cosa arrendada⁹² y los vicios ocultos⁹³ de ella en la duración del arrendamiento.

Respecto del riesgo, era asumido por el *locator*, quien soportaba el *periculum* de la pérdida de la cosa; por tanto, no tenía derecho a exigir la *merces*. Si la cosa arrendada perecía por caso fortuito o fuerza mayor en condiciones tales que el *conductor* quedara libre de responsabilidad, se aplicaban a la vez los principios *res perit domino* y *res perit creditor*: la cosa perecía para el dueño y para el acreedor, que en este caso era el *locator*, puesto que este último no podía ya cobrar la *merces*, siendo así que ésta era debida por causa del servicio que prestaba la cosa al *conductor*, y una vez destruida no podía seguir prestando el servicio.

El mismo principio se aplicaba en caso de que la cosa arrendada pereciera por caso fortuito o fuerza mayor, en poder del *locator* antes de que fuera entregada al *conductor*. Pero en este último caso no podía decirse que la cosa perecía para el acreedor que era el conductor; la cosa perecía para el *locator*, puesto que no pudiendo entregarla al *conductor* no podía cobrar la *merces*. El contrato no podía en este caso producir sus efectos. El peligro en otros casos fortuitos no constitutivos de *vis mayor* lo asumía el *conductor*, el cual, aunque privado del disfrute de la cosa, deberá satisfacer la pensión arrendaticia.⁹⁴

Tenía la *actio locati* para reclamar el pago de la renta o alquiler y la devolución de la cosa a su debido tiempo, y exigir que el *conductor* le indemnizara

⁹¹ Según Schulz, el *locator rei utendae* estaba obligado a entregar al *conductor*, la cosa objeto del arrendamiento, así como a repararla *ex fide bona*. Se consideró suficiente esta regla y las normas tan complicadas, referentes a la evicción y a los vicios culitativos de la compraventa, no se aplicaron al arrendamiento. No pudo darse la evicción en el arrendamiento, porque el *conductor* no era *possessor* y, consiguientemente, no procedía contra él la *rei vindicatio*. El edicto de los ediles no se aplicó tampoco, puesto que éste se refiere únicamente a las ventas y a los arrendamientos no se extendió la jurisdicción de aquéllos. Schulz, Fritz, *DRC*, cit., nota 29, p. 523.

⁹² Debía el *locator* garantizar al *conductor* contra la evicción, como en caso de venta, e indemnizarle si vendía el inmueble, porque en esta caso, a no ser que el contrato de venta estableciere lo contrario, el *conductor* podía ser expulsado por el nuevo propietario de la cosa. En otros términos, el comprador de la cosa arrendada no estaba obligado a respetar el arrendamiento. Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 308.

⁹³ También debía el *locator* garantizar al *conductor* contra los vicios ocultos que pudieran disminuir la utilidad de la cosa, pero las acciones creadas por los *ediles curules* no eran aplicables a la *locación*. *Idem*.

⁹⁴ Iglesias, Juan, *op. cit.*, nota 68, p. 198 y 199.

todos los daños y perjuicios causados por culpa suya culpa *levis*. El *locator* tenía el derecho de rescindir el contrato en caso de incumplimiento del *conductor*.

F. Posición del conductor (*arrendatario*)

El *conductor* estaba obligado a: pagar una pensión o *merces*, que era un precio consistente en una suma de dinero⁹⁵ y que debía ser pagada en el lugar, época y forma convenida, de ahí que cesaba su deber de pagar la *merces* a partir del día en que su disfrute se había hecho imposible sin culpa suya.⁹⁶ Ya sea que la cosa se hacía imposible para el uso convenido por eventos graves (inundación, terremotos, sequía, etcétera), o que el *locator* hiciera imposible su uso.⁹⁷ El pago de la *merces* se convenía generalmente en parcialidades que debían ser pagadas en los periodos de tiempo determinados en los convenios.

El *conductor* tenía la obligación de usar diligentemente de la cosa arrendada, conforme a su naturaleza y a lo pactado, como un buen padre de familia y a hacer, además, por su cuenta, las reparaciones pequeñas que se refieran directamente al uso de la cosa, así como el mantenimiento y conservación de la cosa para que hiciera uso de ella conforme a lo establecido por el contrato.

El *conductor*, una vez expirado el plazo, podía continuar con el disfrute de la cosa, siempre y cuando el *locator* consintiera dicho hecho; de esta forma se consideraba el contrato tácitamente prorrogado (*relocatio tacita*),⁹⁸ y se continuaba con el contrato.

El *conductor*, al término del contrato, debía restituir la cosa con sus accesorios en el estado en que la recibió, salvo los deterioros procedentes de antigüedad o de fuerza mayor.

⁹⁵ En el caso de la colonia parclaria, se fijaba como renta una parte de los frutos del fundo, coexistiendo a veces con una cantidad en metálico

⁹⁶ D. 19, 6.

⁹⁷ Según el derecho clásico, el *conductor* estaba obligado a pagar la totalidad de la *merces* cuando abandona el fundo, sin justa causa, antes del tiempo convenido. Iglesias, Juan, *op. cit.*, nota 68, pp. 397 y 398.

⁹⁸ Ulp. D. 19, 2, 13, 11 y 14.

Era responsable de todo deterioro sobrevenido por dolo o culpa suyos, pues debía usar de ellos como un *buen padre de familia*, ajustándose a lo convenido o a la costumbre. Respondía de toda culpa, incluso la *levis in abstracto*. Aunque quedaba exento de toda obligación por caso fortuito que no ocurriera por su culpa ni durante su mora. Así mismo era responsable por custodia⁹⁹ respecto a los muebles arrendados.

En orden a los arrendamientos de fincas rústicas se establecía por rescriptos imperiales la llamada *remissio mercedis*, en virtud de la cual el *locator* debía rebajar equitativamente la renta en los años de malas cosechas, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor, para ser reintegrado lo que faltaba cuando vinieran otras abundantes.

El *conductor*, a su vez, también tenía derechos y obligaciones, como a subarrendar, o pedir la rescisión del contrato en caso de incumplimiento del *locator*. Si el *locator* moría durante el arrendamiento, su heredero le sucedía en la *locatio*, y continuaba el arrendamiento.

El *conductor* contaba con la *actio conducti* para obtener la entrega de la cosa arrendada y su uso o su uso y disfrute; para obtener el disfrute de la cosa arrendada por el tiempo convenido; la reducción de la *merces* cuando no hubiera podido gozar plenamente de todo el bien; para lograr la indemnización de los perjuicios que se le irrogaran por haberse intentado judicialmente perturbarle en su disfrute, o en el caso de evicción;¹⁰⁰ para que se le reintegraran las impensas necesarias y todas las que hubieran acrecentado la utilidad de la cosa dada en arriendo, el reembolso de los gastos de reparación que hubiera realizado en favor del bien.¹⁰¹ Finalmente, las respectivas obligaciones del arrendador y del arrendatario debían regularse conforme a la equidad en la falta de convención expresa (*ex bono et aequo debet proestare*).¹⁰²

⁹⁹ Inst. 3, 24, 5 parcialmente in p.; Diocl. C. 4, 65, 28.

¹⁰⁰ L. 7, 8 y 9, pr., D. eod.

¹⁰¹ L. 55, 1; L. 61.

¹⁰² Inst. 5, 3, 24.

G. Causas de terminación del contrato

Un contrato puede terminar por las causas naturales que ocasionan su terminación, tales como que se haya cumplido con lo pactado en el contrato, o que hubiese sucumbido el término al que estaba sujeto la duración del contrato, o por causas extraordinarias que provocan su resolución, como la pérdida del objeto del contrato o la pérdida fortuita de la cosa arrendada; en este caso el *conductor* que no podía usar y disfrutar de la cosa, dejaba de pagar la *merces*, y el riesgo corría a cargo del *locator*, la imposibilidad o abuso en el uso y disfrute de la cosa, la no reparación de desperfectos causados a la cosa,¹⁰³ y en general la falta de efectividad del contrato.

Las partes podían, por el mutuo disenso, dar por finiquitado el contrato,¹⁰⁴ y rescindir unilateralmente el mismo antes de la expiración del plazo pactado por incumplimiento del contrato, Paulo.¹⁰⁵ En el caso del *locator*, tenía este derecho: cuando el *conductor* no pagaba la *merces*; cuando le daba a la cosa un uso diferente al pactado; cuando no hacía uso de la cosa; cuando él la necesitaba para vivir en ella, o para hacerle reparaciones indispensables. En el caso del *conductor*, cuando no podía disfrutar o gozar de la cosa por un acto adjudicable al *locator*, y aun cuando sin culpa del *locator*, era impropia para el uso al que estaba destinada.¹⁰⁶

Este tipo de arrendamiento no se extinguía con la muerte de una de las partes, pues las obligaciones correspondientes pasaban a los herederos.

Schulz nos dice que: El contrato de arrendamiento no es ciertamente rescindido por la venta, por el contrario, subsiste intacto y la prueba de ello es que proporciona al arrendatario el único remedio de que éste puede disponer, la *actio conducti*. El nuevo dueño no tiene más derecho que el arrendador, el cual podía desahuciar al arrendatario (en la época de Justiniano se restringió algo el *ius expellendi* del arrendador). La única diferencia fue la de que el nuevo propietario,

¹⁰³ Gayo, D. 19, 2, 25, 2.

¹⁰⁴ Este modo de extinción es común a todos los contratos consensuales, que se formaban por el solo consentimiento de las partes. Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 310.

¹⁰⁵ D. 19, 2, 54, 1.

¹⁰⁶ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, p. 310.

no se hallaba obligado por el contrato y no podía, por tanto, diversamente de lo que acaecía con el *locator*, ser pasivamente legitimado en caso de una *actio conducti* intentada por el arrendatario.

H. Tipos especiales

En este apartado se estudiarán las diferentes subespecies que componen al arrendamiento de cosa, lo que nos permitirá conocer de una manera más profunda este tipo de arrendamiento.

La romanística habla de un tercer grupo, conocido como "arrendamiento de servicios", que es considerado como una subespecie del arrendamiento de cosa, y como tal será estudiada a continuación.

a. *Locatio conductio operarum* (locación conducción de servicios)

La *locatio conductio operarum* es el arrendamiento de servicios, subespecie del contrato de arrendamiento de cosa,¹⁰⁷ en el que la cosa que se coloca son los servicios o el trabajo indiferenciado de los esclavos.

Cabe recordar que por ideas dominantes en la época romana las clases sociales elevadas, que desempeñaban profesiones "liberales", como *rethorici*, *geometrae*, *grammatici*, *institutrices*, etcétera, no entraban en la *locatio conductio*,¹⁰⁸ no podían prestar servicios, sino gratuitamente; es decir, bajo la figura contractual del mandato.¹⁰⁹ Las retribuciones eran consideradas no como *merces*, sino como *honorarium*, no fue hasta la época imperial cuando su cobro pueda ser exigido en un juicio *extra ordinem*.¹¹⁰

Posteriormente, al parecer, se permitió la *locación* de servicios de hombres libres. Quizá el origen estuvo en ciertos trabajos encomendados por magistrados,

¹⁰⁷ D'Ors, Álvaro, *EDPR*, cit., nota 4, p. 554. Es importante destacar que una gran cantidad de autores establecen la clasificación tripartita de la *locatio conductio*; baste, a guisa de ejemplo, la cita de Ortolán: "Existen diversas clases de arrendamiento: 1. *locatio conductio rerum*; 2. *locatio conductio operarum*, 3. *locatio conductio operis*. Ortolán, M., *op. cit.*, nota 69, pp. 322 y 323.

¹⁰⁸ Sin embargo, los "médicos" parecen tener una *actio ex locato*. Véase *ed. D.* 9, 2, 7, 8.

¹⁰⁹ *Cfma.* Paulo. D. 19, 5, 5, 2: "*factum quod locari non solet... factum quod locari non posse*".

¹¹⁰ D. 50, 13.

quienes ofrecían una retribución a quienes trabajaban llamada *merces*; de allí el nombre de *mercennarius*.

Sin embargo, a diferencia del derecho moderno, este tipo de contrato no era muy usual. Algunos ejemplos de trabajos de campo nos fueron proporcionados por Catón. Como en las tabletas de Transilvana, que nos muestra un ejemplo de *locatio conductio operarum* relacionado con el trabajo en las minas de Dacia.

Definición

Había arrendamiento de trabajo, cuando una persona, el *locator* (obrero), se obligaba a proporcionar al *conductor* (patrón), trabajo, mediante el pago de una *merces*.

Partes

El *locator*, que era la persona que se obligaba a prestar el trabajo, y el *conductor*, aquella parte que se aprovechaba de ellos y pagaba su precio.

Objeto

La obligación principal en la *locatio conductio operarum* consistía por parte del *locato*, en prestar un servicio al *conductor*, quien tenía la obligación de pagar por este un precio cierto y en dinero. El objeto material de este contrato pueden ser todos los servicios posibles, lícitos y honestos, y que, además, pertenezcan a la categoría de los llamados *mercenarios*, que son aquellos trabajos que excluyen a los *operae liberales*; es decir, los servicios prestados por las personas que ejercían profesiones liberales, como los médicos, abogados, profesores, etcétera, quienes para prestar sus servicios preferían hablar de sociedad o mandato.

Acciones

El *conductor* (patrono) disponía de una acción, la *actio conducti*, para exigir que el trabajo contratado se realizara cuidadosamente y según sus instrucciones, y el *locator* (obrero) estaba obligado a ejecutar personalmente el trabajo, y le

correspondía la *actio locati* para exigir la retribución convenida (*merces*) aunque no se hubiera hecho uso de sus servicios.

Posición del conductor (patrón)

El *conductor* estaba obligado a pagar el salario convenido por el servicio del *locator*, pero tenía la obligación de pagar el salario aun cuando no hubieran sido realizados los servicios por una causa no imputable al *locator*, por ejemplo, el caso fortuito. Dice en este sentido Paulo que "...el que alquiló sus servicios debe recibir el salario de todo el tiempo, si en él no consistió que no los prestase, es decir, si por caso fortuito o fuerza mayor no puede ser realizado el trabajo prometido, la *merces* queda debida en principio, y los riesgos son para el *conductor*". Tenía a su vez el derecho de exigir la prestación del servicio en los términos pactados; si se trataba de servicios personalísimos debían ser realizados por la persona indicada en el contrato.

Posición del locator (obrero)

El *locator* estaba obligado a ejecutar los servicios en el tiempo y forma expresamente convenidos, con la diligencia de un buen padre de familia. Debía realizar el servicio personalmente si había pactado un servicio propio; respondía de su dolo y de toda culpa indemnizando al *conductor* de todo daño que se le hubiera causado, pero no del caso fortuito, y sólo podía exigir la *merces* en proporción a la prestación realizada.¹¹¹

Causas por las que cesa la locación de servicios

El modo normal de la extinción del contrato era la ejecución de los servicios convenidos, como también por haber transcurrido el tiempo pactado o por haberse hecho imposible la prestación del servicio por caso fortuito o fuerza mayor. Pero también se podía resolver el contrato por causas anormales, por incumplimiento de lo pactado en el contrato, como la mora en el pago de la *merces*; la negligencia

¹¹¹ Véase Arndts-Serafini, *Pandette*, II, 275, nota 2, donde se exponen las opiniones de los autores y la jurisprudencia práctica. Si el arrendador está pronto a prestar los servicios, pero el arrendatario le despide antes de que sean prestados, debe también pagar la merced convenida (El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción (artículo 1592, Código Civil español)).

en la prestación de los servicios, la muerte del *locator*,¹¹² aunque la muerte del *conductor* no daba por terminado el contrato, pues las relaciones pasaban a sus herederos.

b. Arrendamientos a largo plazo

El arrendamiento rústico del ager

Era un arrendamiento a largo plazo o a perpetuidad, propio de las ciudades. El arrendatario contaba con la *possessio* de la finca, pues disponía del *interdicto uti possidetis* y del *unde vi*. Los arrendatarios de esas fincas eran casi propietarios, con facultad para pignorar; podían disfrutar plenamente y disponer *mortis causa* de su derecho. Como contraprestación se pagaba una renta pública fija, también conocida como *vectigal*, por lo que la misma tierra recibía el nombre de *ager vectigalis*. El *vectigalista* tenía un derecho real. La acción que el pretor concedía al *conductor agri vectigalis* o *vestigalista* parece haber sido una *actio in rem*, en todo similar a la *rei vindicatio*. Este tipo de arrendamiento tuvo un carácter público que impidió, quizá, en la época clásica, una total integración de este contrato en el sistema contractual privado.

Emphyteusis

Es un término griego que significa "plantación", y al igual que el anterior pertenece a los arrendamientos a largo plazo. Con este tipo de arrendamiento se pretendía asegurar permanencia al colono que entraba en el cultivo de una finca todavía no roturada. Al igual que el *conductor agri vectigalis* clásico, el nuevo *enfiteuta* tenía un derecho real de pleno disfrute, transmisible y gravable, a cambio del pago de una *pensio*.

El arrendamiento de solares

Era un arrendamiento a largo plazo propio de las ciudades. Con este tipo de arrendamiento se pretendía que el arrendatario construyera y disfrutara a largo

¹¹² Cuando se hubiese perfeccionado el contrato, teniendo en cuenta su habilidad personal.

plazo o perpetuidad de lo edificado (superficies) mediante el pago de una renta o *solarium*.

Las superficies

Fueron contratos de arriendo de construcción que solían hacer los municipios sobre sus propios solares. El arrendatario constructor adquiría sobre la construcción un derecho de pleno disfrute y disposición, por un largo plazo o a perpetuidad, a cambio del pago periódico de un *solarium*. En aplicación del principio superficies sólo *cedit*, el edificio pertenecía al propietario del terreno, pero de hecho el arrendatario se hacía dueño del solar construido, con un régimen similar al de la *enfiteusis*. Es muy dudoso que este derecho de superficie llegara a estar protegido por una acción privada con fórmula *in rem*. El pretor, en su edicto, ofreció al superficiario una *vindicatio utilis*. La protección *pretoria* parece haber consistido exclusivamente en un *interdictum de superficiebus*, más similar al interdicto de *loco publico fruendo* que al *uti possidetis*. Por ello, podemos eliminar al superficiario de la lista de poseedores reconocidos por la jurisprudencia clásica. En la época posclásica, en cambio, la superficie se configuraba como un tipo especial de derecho real sobre cosa ajena.

Arrendamiento de almacenes (horrea)

Era el alquiler de bodegas donde se guardaban mercancías o cosas de cualquier clase. El *locator (horrearius)* respondía por la custodia de las cosas depositadas, aunque el *conductor* de los compartimientos (*cellae*) tuviera una llave.¹¹³

¹¹³ El contrato no era depósito, en consideración a que no era gratuito; ni podía configurarse tampoco como *locatio conductio operis*, a pesar de que se prestara un servicio de vigilancia de los almacenes; sino una *locatio conductio rei* de tipo especial. El horreario podía ser, a su vez, un *conductor* ordinario de los *horrea* arrendados en conjunto por el propietario, el cual no tenía ninguna responsabilidad frente al subarrendatario.

2. Locatio conductio operis

A. Definición

Era aquel contrato en que el *conductor* se obligaba a realizar una obra encargada por el *locator*, quien se obligaba a pagar un precio (*merces*) por la obra cuya ejecución "coloca". En otras palabras, era el contrato en el que el *conductor* se obligaba a conseguir con su actividad un determinado resultado en una persona o cosa que le había sido previamente entregada o colocada por quien le hace el encargo *locator* y quien tenía la obligación de dar un pago (*merces*) por ello.

La *locatio conductio operis* versaba sobre la ejecución de un trabajo que será remunerado, ya sea la confección de un vestido, la reparación o elaboración de un objeto, la construcción de una casa o el transporte de cosas o personas, por mencionar algunos.¹¹⁴ Por lo cual, siempre debía ser pagado un precio cierto y en dinero. Este contrato se caracterizaba porque siempre debía alcanzar el resultado establecido conforme al contrato que se celebró. El *conductor* era quien se comprometía a realizar la obra, bajo su total dirección, sin someter su actividad a las órdenes ni instrucciones de la otra parte, puesto que sólo se obliga a poner a su disposición la obra acabada.¹¹⁵

Era indispensable que para la ejecución de la obra el *locator* colocara en manos del *conductor* los materiales necesarios (una parte o la totalidad de los materiales para la realización de la obra); de lo contrario estaríamos en presencia de una compraventa.

Este tipo de arrendamiento recaba sobre el resultado de un trabajo, esto es, sobre el producto del mismo, ya acabado.

B. Características

Se trata de un contrato consensual, y por ende de buena fe; consensual porque se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, respecto a la obra

¹¹⁴ La operación del *conductor* podía consistir en construir, fabricar, curar, reparar, instruir, hospedar, transportar, etcétera.

¹¹⁵ Sohm, *Instituciones de derecho privado romano*, 17a. ed., Madrid, p. 397.

que ha de realizarse y el precio que ha de pagarse por ella, sin necesidad de observar formalidad *ad solemnitatem* alguna. Es un contrato sinalagmático perfecto, pues desde su celebración las partes quedan recíprocamente obligadas. Es un contrato oneroso por esencia, pues supone que al *conductor* debía pagársele una remuneración por la obra que se obligaba a ejecutar, en beneficio de la otra parte. Como oneroso, ordinariamente será conmutativo, aunque nada impide concebirlo como aleatorio; ejemplo de ello es cuando el *conductor* ejecuta la obra y conviene que su remuneración consista en la participación de los rendimientos de la explotación de la obra.

C. Partes

En el caso de la *locatio conductio operis* (locación de obra), las fuentes dicen que los papeles se invierten, pues en la *locatio conductio operarum* (locación de servicios) la parte que denominada *locator* (el obrero) será en la locación de obra el *conductor*, y de la misma forma el *conductor* de la locación de servicios será el *locator* en la locación de obra. La explicación de esta inversión parece tener sus orígenes en que para los romanos lo fundamental en el arrendamiento era la colocación; entendían que lo mismo que en la locación de cosas, la denominación *locator* debía corresponder para aquella parte que entregaba la cosa sobre la que *había* de ejecutarse el trabajo, no habiendo, por tanto, otra denominación para el que lo ejecutaba, que la de *conductor*. Para un mayor entendimiento sobre el tema, véase el apartado de partes de la *locatio conductio*.

Ahora bien, se llama *locator* a quien encarga la ejecución de una obra, que debe para ello entregar los materiales que se utilicen para la realización de la obra y una vez que le es entregada la obra debe pagar el precio estipulado por ella. Y por *conductor*, aquella parte que consigue con su actividad el resultado pedido por el *locator*, quien únicamente se obliga a poner en manos de éste la obra acabada; puede, por tanto, ejecutarla como le plazca, sin someterse a las órdenes ni instrucciones de la otra parte, a la inversa de las otras formas de arrendamiento.¹¹⁶

¹¹⁶ Ulp. 13, 5, 6, 10.

Destacamos que desde el punto de vista terminológico, *locator* es el que "coloca" la materia sobre la que se debe realizar el *opus*. En cambio, el *conductor* es quien "lleva consigo" la cosa o la tarea que debe realizar.

En el caso de la *locatio conductio operis*, se le denomina *locator* porque es quien coloca los materiales, y para los romanos lo más importante es la colocación no la remuneración, como lo es para la doctrina moderna.

D. Objeto

El objeto, como en todo tipo de contrato, consiste en la prestación principal del mismo, que incluye el objeto material. En este tipo de arrendamiento, a diferencia de la *locatio conductio operarum*, no es el trabajo en sí, sino el resultado, el objeto del contrato. Para un mejor estudio del mismo, analizaremos las prestaciones principales de cada una de las partes celebrantes en este contrato.

En el caso del *conductor*, la prestación principal consiste en la ejecución de una obra, que es el acto de hacer la labor solicitada por el *locator*, pero no simplemente el trabajo de lo que es propio el arrendamiento de servicios, sino el producto del mismo, ya acabado. El *locator* tiene la obligación de entregar la totalidad o parte de los materiales para que se realice sobre los mismos la obra, y una vez que el *conductor* le entrega la obra acabada, pagar por ella el precio convenido en el contrato. Las obligaciones principales de las partes consisten, por parte del *locator*, en entregar los materiales sobre los que se trabajará la obra que encargó al *conductor*, así como pagar el precio por la obra acabada. Por parte del *conductor* es realizar la obra encargada por el *locator*, y finalmente, una vez terminada entregarla. En la *locatio conductio operis* el objeto material es la materia sobre la que se trabaja la obra, la cual, como mencioné en apartados anteriores, debe ser lícita y posible, y a diferencia de la *locatio conductio rei*, ésta puede ser consumible o no consumible en razón de lo que se pretenda conseguir con el arrendamiento; un ejemplo de ello es el transportar un producto perecedero o el grano dado para moler, etcétera.

El precio que se paga como contraprestación en este caso por la realización de la obra debe consistir en un precio, el cual debía ser cierto y en dinero. Y determinado al celebrarse el contrato, de lo contrario no se puede considerar contraída la locación.¹¹⁷ La determinación del precio podía ser asignada a un tercero,¹¹⁸ pero si éste no podía o no quería fijar el precio, el contrato será nulo por faltarle el requisito esencial del precio.¹¹⁹ Si se celebra aparentemente una *locatio conductio operis*, sin fijarse el precio, para posteriormente ser designado por las partes, nos dice Justiniano que se entenderá "...que no se trata propiamente de un contrato consensual de *locatio conductio*, sino de un contrato innominado del género *do ut facias*,¹²⁰ de tal modo que se perfeccionará en el momento en que se entregue la cosa, y no por el mero consentimiento (que aquí faltaría al comienzo respecto del precio), concediéndosele a las partes la *actio praescriptis verbis*".¹²¹

El precio (*merces*) se debía abonar al terminar la obra, a no ser que se haya convenido el realizar pagos parciales durante el transcurso del contrato,¹²² por lo que las partes debían estar a lo celebrado en el contrato.

E. Acciones

El *locator* disponía de la *actio locati*. Con ésta podía exigir la entrega de la cosa concluida o reformada. Sólo en caso de que hubiera convenido la realización de la obra por persona determinada tenía el derecho a exigir que fuera ésta quien se encargara personalmente de la ejecución de la obra, o que al presentarse la ejecución de ésta por un tercero se cuidara que su ejecución se realizara como se había convenido.¹²³ El *conductor* tenía a su favor la *actio conducti* para exigir el precio convenido para la realización de la obra, y la entrega de los materiales

¹¹⁷ Gayo III, 142.

¹¹⁸ Gayo III, 143.

¹¹⁹ Inst. III, 23, 1.

¹²⁰ D. 19, 5, 5.

¹²¹ Inst. 3, 24, 1.

¹²² Arias Ramos, *Compendio de derecho público romano e historia de las fuentes*, Valladolid editorial Sever – Cuesta, 1977, p. 627.

¹²³ Kunkel, Jörs W., *op. cit.*, nota 46, p. 341.

necesarios para llevar a cabo ésta. Los materiales debían estar exentos de cualquier vicio que obstaculizara la creación de la obra.

F. Distinción entre el contrato de obra y otros contratos

Dada la confusión que existe para distinguir el contrato de obra, de los contratos de trabajo, mandato y venta, en este apartado analizaremos las diferencias que existen entre ellos.

a. Contrato de obra y el contrato de trabajo

Tanto en la *locatio conductio operis* como en el contrato de trabajo se realiza una actividad determinada, de ahí que sean confundidos ambos contratos. La diferencia radica en que en la *locatio operis* no existe una relación jerárquica de subordinación o dependencia entre el que ejecuta la obra y el que la encarga, como sucede en el contrato de trabajo, en el que sí se da, con el carácter de esencial, esa relación de subordinación o dependencia jerárquica. Otra distinción es el contenido de ambos contratos, la finalidad con que la actividad de trabajo aparece como objeto del contrato: si la actividad se limita a la ejecución de una determinada labor, en forma que se tenga en cuenta ante todo la labor resultante de dicha actividad, más que la actividad misma, se tratará la *locatio conductio operis*; si, en cambio, lo que prevalece como contenido y objeto del contrato es la actividad misma, más bien que el resultado o producto de ella, quedando dicha actividad a disposición del que la contrata, se estará ante un contrato de trabajo.

Distinción entre la locatio conductio operis y la locatio conductio operarum

Hay *locatio conductio operarum* cuando el *locator* se obliga a proporcionar un trabajo, y el *conductor* a pagar un precio por él, y la *locatio conductio operis*,

cuando el *conductor* se obliga a ejecutar una obra y recibe del *locator* la tradición de una cosa sobre la que tiene que realizar un trabajo.¹²⁴

Al celebrarse ambos contratos, coinciden en que las partes contraen la obligación de prestar ciertos servicios a cambio del pago de un precio (*merces*), de ahí su similitud. Sin embargo, en la *locatio conductio operarum* quien está obligado a prestar el trabajo es el *locator*, y en la *locatio conductio operis* éste es quien aporta los materiales al *conductor* para que éste realice la obra. En el primer caso la obligación consiste en realizar un trabajo, y en el segundo, en ejecutar una obra. Otra diferencia radica en quién soporta el riesgo. En la *locatio conductio operarum*, si por caso fortuito o fuerza mayor no puede ser realizado el trabajo prometido, la *merces* queda debida en principio, y los riesgos son para el *conductor*.¹²⁵

En la *locatio conductio operis*, la *merces* no es debida, sino después que la obra ha sido terminada y aprobada por el *locator*. Si esta obra perece antes de haber sido aceptada, el *conductor operis* no puede reclamar su salario, y es responsable de la pérdida, a menos que ésta resulte de un caso fortuito o fuerza mayor, en el cual, quien corre con el riesgo es el *locator*. Si la pérdida sobreviene después de la recepción y aprobación de los trabajos, el *locator* debe la *merces*, y los riesgos son para él.¹²⁶

Cuadro comparativo	
<i>Locatio conductio operarum</i>	<i>Locatio conductio operis</i>
El <i>locator</i> está obligado a realizar un trabajo, y el <i>conductor</i> a pagar un precio por él.	El <i>conductor</i> debe ejecutar la obra sobre los materiales que el <i>locator</i> colocó, y una vez entregada la obra debe pagar el precio convenido.
Si Por caso fortuito o fuerza mayor no puede ser realizado el trabajo prometido, la <i>merces</i> queda debida en principio, y los riesgos son para el <i>conductor</i> .	El <i>locator</i> es quien corre con el riesgo. Sin embargo, el <i>conductor</i> es responsable de la obra hasta que es terminada y aprobada por el <i>locator</i> .

¹²⁴ Por ejemplo, cuando Ticio entrega a un obrero una joya para arreglarla, limpiar un vestido, etcétera. Ulpiano, L. 13, 5, 6, 10; D. 19, 2.

¹²⁵ Paulo, L. 38, pr., D., *locat.*, 19, 2.

¹²⁶ Labeón, L. 62 y Florentino, L. 36, D., *eod.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b. La *locatio conductio operis* y el contrato de mandato

Existe entre la *locatio operis* y el contrato de mandato una manifiesta afinidad, que hace posible la confusión entre ellos, y es que tanto en el uno como en el otro una de las partes, ya sea el mandatario en el mandato, y el *conductor* en el de obra, se obligan a realizar una determinada tarea, encomendada por la otra parte. Pero la naturaleza de la tarea o encargo encomendado en uno y otro contrato es diferente, y es allí donde radica la distinción esencial entre ellos: mientras el encargo objeto del mandato consiste siempre en actividad que ha de culminar en un negocio o acto jurídico, el que es objeto del contrato de obra consistir en la ejecución de una obra material, o inmaterial, pero que en ningún caso consistir en un acto o negocio jurídico. De donde surge una distinción ulterior: que mientras en el mandato hay representación, aun en el caso de que el mandatario obre en su propio nombre (el mal llamado mandato no representativo), en el contrato de obra no la hay, porque, al contrario de lo que sucede con el mandato, para nada se necesita que la haya.

En la actualidad no cabe ya ninguna duda que en las relaciones del abogado o del médico con su cliente no hay mandato, sino arrendamiento de obras, puesto que el carácter ordinario del mandato es la representación, y ni el abogado ni el médico representan, evidentemente, al cliente. En cambio, un procurador sí es un mandatario, porque representa a su cliente ante los tribunales. *Se distinguen la locatio operis con el mandato.*¹²⁷

¹²⁷ El mandato, se dice "*mandatum*" porque antiguamente, una vez celebrado el negocio, el uno daba al otro la mano (*manum < labat: manus datum – mandatum*). El sentido de darse mutuamente la diestra (*coniunctio dextrarum*) señala un neto vínculo con la *fides*. También entendido *manus*, poder, se puede decir que *mandare (manum dare)* "dar poder" (de actuar en mi nombre). Precisamente por estar vinculada con la *fides*, el *mandatum* es un *officium* fundado en la *omicitia*, por lo que quien cumple de manera deshonesta lo mandado resulta "infiel" y la condena derivada de la *actio mandati* arrastra la "infamia".

En los primeros tiempos no existía como "contrato", al igual que los otros consensuales. Así, no estaba sancionado como tal en la época de la *lex aquilia*, puesto que de existir un *actio mandati*, no se habría creado una pena contra el *adstipulator* deshonesto que desligaba al deudor por un *acceptilatio* en perjuicio del acreedor (*stipulator*) Tampoco existía en la época de la *Lex Publilia*, que creó una *actio depensi* a favor del *sponsor* para recuperar el dinero pagado al acreedor respecto del deudor principal que él estaba garantizado; no habría necesidad de esa acción de conocerse la *actio mandati* contraria, que cumplía tal función. Pero ya tenemos evidencia del mandato como contrato para fines del siglo II a. C. Así, en el año 123 a. C. el pretor Sexto Tulio había rechazado la *actio mandati* contra el heredero del mandatario, pero poco tiempo después la

Antes que nada debemos definir al mandato (*mandatum*), como el contrato por el cual el mandante (*mandans*) encomienda a otro, que acepta, la realización de uno o varios negocios o actos para que surtan efectos en su nombre. Es un contrato "consensual",¹²⁸ quien acepta el mandato debe cumplir fielmente lo encomendado y de manera gratuita,¹²⁹ de lo contrario estaríamos en presencia de una figura distinta; por ejemplo, la *locatio conductio faciendi*.

En principio, el mandato crea obligaciones en cabeza del que aceptó su cumplimiento. Sin embargo, no es estrictamente su "representante" en el sentido moderno. No actúa "en lugar del mandante", sino "en nombre del mandante". Realiza, pues, los actos encomendados, y luego deberá rendir cuentas, haciendo pasar en cabeza del mandante todos los beneficios obtenidos debiendo, a su vez, el *dominus negotii*, tomar a su cargo las deudas asumidas por el mandatario. El mandatario, dadas las características del negocio, basado en la *fides* y en su gratuidad,¹³⁰ sólo responde por el "dolo" y por el exceso de negligencia.

Por otra parte, hay *locatio conductio operis* cuando el *conductor* se obliga a ejecutar una obra y recibe del *locator* los materiales sobre los que trabajará la obra.

Existe entre la *locatio operis* y el contrato de mandato una manifiesta afinidad, que hace posible la confusión entre ellos, y es que tanto en el uno como en el otro una de las partes, ya sea el mandatario en el mandato, y el *conductor* en la *locatio*, se obligan a realizar una determinada tarea, encomendada por la otra parte. La confusión entre dichos contratos la podemos ver en el ejemplo que da Gayo, y que se repite en las Institutas sobre el tintorero o el sastre, en el que se muestra la posibilidad en el mandato, de no sólo realizar actos o negocios

admitió Druso Cf. Pret. ad Herenn., 2, 13, 19). Para esa época también Q. Mucio Scaevola menciona la *actio mandati* entre las *bonae fidei Cicer.*, de Ofic., 3, 17, 70).

Podría que con anterioridad existiera una *actio in factum* relacionada con la a. m. contraria, a propósito de la restitución de cauciones dadas por el mandatario Cf. Lenel, *Edictum*, 108.

¹²⁸ El consentimiento puede ser "expreso" (por ejemplo por medio de palabras o por una carta que diga simplemente "te ruego" "quiero", "mando", aceptada por la otra parte Dig. 17, 1, 1, 2); pero también "tácito" (por ejemplo cuando estando uno presente o en conocimiento, permite que otro maneje sus negocios Dig. 17, 1, 6, 2; Dig id., 53).

¹²⁹ El mandato es gratuito (lavoleno: "mandatum gratuitum esse debet" Dig. 17, 1, 36, 1.; porque, como dice Paulo, Dig. *Id.*, 1, 4 se origina en el *officium* (deber moral) y en la *amicitia* (amistad); en consecuencia, si interviene dinero, ello corresponde más a la *locatio conductio*.

¹³⁰ El *officium* debe ser cumplido por el mandatario en forma gratuita.

jurídicos, sino de tener la oportunidad de llevar a cabo también determinados trabajos materiales, lo que dificulta el distinguir ambos contratos, pues estaríamos hablando de contratos con una prestación en común el realizar trabajos materiales. Álvaro D'Ors dice al respecto que "...los trabajos materiales procurados gratuitamente no constituyen mandato, sino que quedan fuera de toda consideración jurídica", como algo carente de importancia, un "no derecho".

A pesar de las opiniones en contrario, la naturaleza de la tarea o encargo encomendada en uno y otro contrato es diferente; mientras el encargo objeto del mandato consiste siempre en actividad que ha de culminar en un negocio o acto jurídico, el que es objeto de la *locatio conductio operis* consistía en la ejecución de una obra material, o inmaterial, pero que en ningún caso consistía en un acto o negocio jurídico. De donde surge una distinción ulterior: que mientras en el mandato hay representación porque el mandatario actúa en nombre del mandante, aun en el caso de que el mandatario obre en su propio nombre (el mal llamado mandato no representativo), en la *locatio conductio operis* no lo hay, porque, al contrario de lo que sucede en el mandato, para nada se necesita que lo haya.

Sin embargo, la diferencia fundamental entre dichos contratos radica precisamente en su remuneración. El mandato es gratuito, y la *locatio conductio operis*, es onerosa, pues se da un precio determinado a cambio de la obra realizada.

Es la gratuidad del mandato lo que marca la diferencia con la *locatio conductio operis*; ejemplo de ello nos lo da Gayo, quien señala que por el solo hecho de que interviniera una remuneración se está ante la presencia de una *locatio conductio*. En las Institutas 3, 26, 13 se establece que interviniendo el precio, en aquellas situaciones que como el "mandato" o el "deposito" son gratuitas, se convierte en consecuencia en una *locatio conductio*.

En la actualidad no cabe ya ninguna duda que en las relaciones del abogado o del médico (no es un caso de la *locatio conductio operarum*) con su cliente no hay mandato, sino arrendamiento de obras, puesto que el carácter ordinario del mandato es la representación, y ni el abogado ni el médico

representan, evidentemente, al cliente. En cambio, un procurador sí es un mandatario, porque representa a su cliente ante los tribunales.¹³¹

Cuadro comparativo	
Contrato de mandato	Locatio conductio operis
Contrato por el cual una parte encomienda a otra la realización de una tarea.	Contrato por el cual una parte encomienda a otra la ejecución de una obra.
Contrato en el que se realizan uno o varios negocios o actos jurídicos para que surtan efectos a nombre del mandante.	Contrato en el que se ejecuta una obra material o inmaterial determinada.
Es un contrato consensual.	Es un contrato consensual.
Sólo responde por el dolo o el exceso de negligencia.	El <i>locator</i> corre con el riesgo de la pérdida de la cosa.
Debe el mandatario cumplir fielmente con lo que se le ha encomendado.	La obra la realiza bajo su total dirección.
Hay representación porque el mandatario actúa a nombre del mandante.	En la <i>locatio conductio</i> no se requiere de eso.
Es un contrato gratuito.	Es un contrato en el que una vez entregada la obra encargada por el <i>locator</i> debe éste pagar un precio por ella.

c. La *locatio conductio operis* y el contrato de venta

Existe una cierta afinidad entre la compraventa y la *locatio conductio operis*, por la que llegan a confundirse ambas figuras. Causa de ello puede ser, que el objeto del arriendo es su resultado, de ahí que la distinción con la compraventa sea tan vaga.

En la doctrina romana se han presentado diversos casos, en los que se dificulta decifrar con claridad si se está ante una *emptio venditio* o ante una *locatio conductio operis*. Ejemplo de ello lo tenemos a continuación:

¹³¹ En la antigüedad, las profesiones "liberales" por su dignidad no entraban en las figuras contractuales. Por ejemplo, un abogado (*advocatus*); como derivado estrictamente de su ejercicio de aconsejar al cliente, su actividad *no es ni locatio conductio ni tampoco mandato*; pero podría ser

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se discutía en Roma, si una cosa ha sido locada a perpetuidad; o en el caso de que yo haya dado gladiadores con la condición de que por cada uno de los que me devolvieras intacto me darías 20 denarios y por aquellos que me devolvieras muerto o estropeados me darías 1,000 denarios, ya que no se sabe si es que se ha contraído una compraventa o una *locación*. Y la mayoría se inclinó a pensar que respecto de aquellos que se devolvieran íntegros, se considera que existía una *locación*, mientras que respecto de aquellos que han muerto o están estropeados, se considera que es una compraventa, por lo que se ve que el tratarse de uno u otro contrato depende para cada uno de ellos de la realización de la condición bajo la cual fue hecho. En efecto, no se duda que las cosas pueden ser vendidas o locadas bajo condición. Por otra parte, cuando se devuelve muerto al gladiador, se operaría la venta, pero no queda claro si es la de una cosa que estaba viva y perimió para su dueño o sobre un cadáver.

También se cuestiona sobre si, cuando yo he convenido con un orfebre que me hiciera anillos de un peso y una forma determinados con su oro, y recibiera por ello, por ejemplo, 200 denarios, se ha celebrado una compraventa o una *locación*. Cassius dice que respecto de la materia se ha contraído una compraventa y que respecto del trabajo se ha contraído una *locación*, pero la mayoría opina que se ha celebrado una compraventa. En cambio, si yo le he dado oro mío, fijando un precio por el trabajo, todos están de acuerdo en que se ha contraído una *locación*.¹³²

De Zulueta, sin embargo, no cree que la solución sea perfecta en todos los casos, ya que si bien es clara cuando el que va a efectuar el trabajo aporta la totalidad del material, como en este caso el oro de los anillos, no debe extenderse para el caso de que el operario aporte simplemente un material aplicable respecto de una cosa del otro contratante; así por ejemplo, la pintura con que has de pintar mi puerta, la suela con que haz de remendar mis zapatos, etcétera. Evidentemente, el principio resulta inaplicable cuando el valor de los materiales es

esto último, si es mandado como "procurador" para actuar en nombre de su cliente, pudiendo cobrar el *honorarium* en las condiciones que se dicen en el párrafo siguiente.

¹³² *Cfme. Inst. 3, 24,4.*

insignificante respecto del que es objeto del trabajo, ya que cuesta razonar que se pueda hablar de una compraventa en estos casos sin mencionar la locación.¹³³

Sin embargo, entender la *locatio conductio operis* no es fácil, cuando el *conductor* recibe del *locator* los materiales con los que va a realizar la obra. El problema se presenta cuando el ejecutor de la obra en este caso el *conductor* trabaja con materiales propios, o interviene con un porcentaje de la materia para su realización. Aquí es donde se presenta la disyuntiva, si estamos en presencia de una *locatio conductio operis* o en un simple contrato de compraventa.

Lo antes dicho nos demuestra que la característica diferencial entre los dos contratos radica en que el que realizaba la obra (*conductor*), suministrase o no los materiales. Así, en palabras simples, estamos ante una compraventa cuando quien ejecuta la obra pone los materiales, y de lo contrario ante una *locatio conductio operis*. Arias Ramos nos dice que en "...otros textos miran, en el caso concreto de que los materiales sean suministrados por el constructor, a que la intención de las partes haya dado preferencia a la materia o a la obra, para calificar, respectivamente la relación de compraventa o de arrendamiento".¹³⁴

Para ilustrarnos al respecto, recordemos las opiniones de los jurisperitos romanos de la época, pues las opiniones estaban muy divididas. Para ello transcribiré los ejemplos señalados por Caremes:

Pomponio veía en tal figura una *venta*, según resulta de un fragmento del Digesto (XVIII, I, 20) en que dice:

"Sabino respondió, que también si quisiéramos que alguna cosa se haga nuestra, como una estatua, o algún vaso, o un vestido, de suerte que no diéramos ninguna otra cosa más que dinero, se considera compra; y que no puede haber locación alguna en la que el objeto mismo no se dé por aquel de quien se hiciera la cosa".

En cambio, Casio entiende que hay, en tal hipótesis, un doble contrato, de *locación* y *venta*. Es lo que se desprende de un pasaje de las *Institutas*, en que se dice: "También se cuestiona sobre si, cuando Ticio hubiere convenido con un

¹³³ *Cfme.* De Zul., II, 174 y n. 5.

¹³⁴ Arias Ramos, *op. cit.*, nota 122, p. 627.

platero que éste dé su oro le hiciera anillos de cierto peso y de cierta forma, y hubiere recibido, por ejemplo, diez áureos, parecería celebrarse una compraventa o un arrendamiento". Casio dice, "...que en realidad se verifica la compraventa de la materia y el arrendamiento de la mano de obra". Justiniano se definió por la primera de las soluciones indicadas, según lo atestigua el apartado final del pasaje de las *Institutas* recién transcrito, que reza así: "Pero se decidió que tan solamente se celebraba una compraventa" (se refiere al caso del platero que pone el oro necesario para la fabricación del anillo que le encargara Ticio). "Mas agrega si Ticio hubiere dado oro suyo, no hay duda que sea arrendamiento".

Sin embargo, el mismo Caremes enfatiza en el siguiente caso que forma excepción a la regla de que "...el contrato es de venta cuando la persona a quien se encarga la obra pone el material, es el de la construcción de un edificio en terreno de otro, que será de locación de obra no sólo cuando el constructor suministra únicamente la mano de obra, sino también cuando trabaja con sus materiales". Lo dice Pomponio en la parte final de un texto a que ya nos hemos referido (D. 18, 1, 20) en que afirma: "...*lo contrario* (es decir, habrá locación) *si yo diese un solar para que en él edificases una casa* (aunque pongas los materiales) *porque entonces parte de mi lo principal*", y lo repite Paulo (D. 19, 2, 22, 2) al decir: "*Cuando se da a edificar una casa en un sitio, de suerte que el arrendatario* (arrendador, diríamos nosotros) *lo haga todo a su costa, me transfiere ciertamente la propiedad de ello, y sin embargo hay locación; porque el constructor da en arrendamiento su trabajo, esto es, la necesidad de hacerla*". La razón sería la que indicara Pomponio en el texto recién transcrito: siendo el terreno lo principal, de que los materiales no constituían más que un accesorio, bastaba con que aquél fuese puesto por el *conductor*, es decir, por el que encargó la obra.¹³⁵

Ahora bien, estamos en presencia de un arrendamiento de obra cuando una de las partes (*el locator*) proporciona los materiales y el *conductor* sólo pone su trabajo, y al final entrega la obra que le fue encomendada por el *locator*. En cambio, estamos en presencia de una compraventa, cuando el comprador sólo adquiere del vendedor una cosa ya terminada. La venta únicamente se refiere a

¹³⁵ Caremes Ferro, José, *op. cit.*, nota 5, pp. 313 y 314.

cosa concluida. En el caso de una *locatio operis*, como el que encarga la obra es quien entrega los materiales a utilizar para la realización de la obra, éste puede exigir la devolución de éstos o lo que exista de la obra ya iniciada, en caso de que no pueda serle entregada la obra ya finalizada.

Otra diferencia es que en la *locatio operis* el obrero queda cumplido con el recibo de la obra. Y en la venta el constructor está obligado al saneamiento por vicios ocultos de la cosa.

El contrato de compraventa romano es un contrato consensual en el cual una de las partes, llamada "comprador" (*emptor*) contrae la obligación de pagar un precio convenido¹³⁶ transfiriendo el dominio de ese dinero (*datio*). Y por el otro lado, la obligación del vendedor es la mera entrega de la cosa. Ello significa que en principio el vendedor no se obliga a transmitir la "propiedad", sino solamente a entregar la "posesión" al comprador. No es, pues, una *datio*, sino un *praestare* (entregar una cosa a otro sin mediar la propiedad).¹³⁷

La compraventa romana contemplaba la venta tanto de cosas "presentes", como "futuras", en cuyo caso habían dos hipótesis: la *emptio res speratae* (por ejemplo: te compro la cosecha que vendrá este año; pero si ésta no viene la venta fracasa; D. 18, 1, 38, 1); y la *emptio spei* (es decir, la compra de "esperanza"); por ejemplo: "te compro lo que pesques echando la red por tanto: tú tiras la red, si sacas diez pescados o ninguno, yo te debo el mismo precio: D. 18, 1, 8, 1).

También se pueden vender las *res incorporales*. Así, una *hereditas* (D. 18, 4, 7), pero también la "futura" (*spes hereditatis*, D. 18, 4, 11), que Justiniano terminó considerando como inmoral, salvo que se hiciera con intervención del causante (Cód. 2, 3, 30; año 531); también de una servidumbre predial (D. 8, 1,

¹³⁶ Es importante recordar que se contrae la compraventa (*emptio venditio*) cuando se conviene acerca del precio, aun cuando éste no se hubiere pagado o aun cuando hayan sido dadas las arras, pues aquello que se da a título de arras es una prueba de que la compraventa ha sido ya concluida. Gayo, *Institutas*, 4a. ed., Buenos Aires, Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 512 y 513.

¹³⁷ Los textos al respecto son bien claros: *praestare rem* (D. 19, 1, 11, 2); *possessionem tradere* (D. 19, 1, 2); entregar la posesión pacífica de la cosa (*vacua possessio*; D. 19, 1, 2, 1); o como se dice también, lograr para el comprador el *habere licere* (D. 18, 1, 25; D. 19, 1, 30, 1). Gayo, *op. cit.*, nota 136, p. 514.

20); de un usufructo (D. 18, 6, 8, 2); las obligaciones (*nomina*) de otro, por cesión (D. 18, 4, 17).

De lo anterior resumimos que se habla de venta cuando se ponen los materiales y el trabajo; y de *locatio conductio operis* cuando el *locator* proporciona los materiales y el *conductor* sólo pone su trabajo. La venta únicamente se refiere a cosa concluida, y en el caso de una *locatio operis*, como el que encarga la obra es quien entrega los materiales a utilizar para la realización de la obra, éste puede exigir la devolución de éstos o lo que exista de la obra ya iniciada, en caso de que no pueda serle entregada la obra ya finalizada.

En el derecho clásico se contemplan algunos ejemplos que muestran la afinidad que existe entre la venta y la *locatio*, en los que surge la interrogante de si estamos en presencia de uno u otro contrato. Tal es el caso de una cosa que ha estado locada a perpetuidad, lo cual sucede cuando los predios municipales son locados por largos periodos de tiempo. En tanto que el *vectigal* sea pagado, el predio no le será quitado ni al mismo "conductor" ni a su heredero. La mayoría de los autores se inclinan a pensar que se trata de una locación.¹³⁸

De lo antes dicho se confirma que la diferencia entre el contrato de venta y la *locatio conductio operis* radica en quién aporta los materiales, o su importancia en la realización de la obra. Ahora bien, si quien realiza la obra aporta los materiales, estamos en presencia de una compraventa, o si la importancia de los

¹³⁸ Este contrato, del cual habla Gayo, era la *conductio agri vectigali*, la cual tenía utilización respecto de los fundos entregados en carácter de locación a larguísimo plazo (cien años o más; en cambio, la locación de un campo era normalmente por cinco años) generalmente en principio por los *municipia* (D. 6,3,1) a personas que pagaban un canon (*vectigal*), y les otorgaban el derecho de posesión de dichos fundos (en la *loc. cond.*, el *conductor* es meramente "tenedor" y no poseedor de la cosa). Por ello, esta figura es mucho más fuerte que la mera locación, pues genera un verdadero derecho real *iura in re aliena* (*ius in agro vectigali*), para cuya protección el pretor crea acciones útiles. Como hemos dicho, el *conductor agri vectigali* era un poseedor que caracteriza su relación con la cosa de acuerdo a las siguientes pautas: a) tiene el pleno goce del fundo, siempre y cuando cumpla con su obligación del pago del "vectigal"; b) adquiere los frutos por *separatio* (y no por *perceptio*, como el usufructuario) por ser poseedor de buena fe (*cfme.* D. 22, 1, 25, 1); c) tiene los interdictos posesorios (*cfme.* D.2, 8, 15, 1; véase *infra*, IV, 138 y ss.); d) cuenta, además, como dijimos con acciones reales útiles (D. 6, 1,1,1; incluso la *actio confessoria utilis* D.8,1,16- la *actio negatoria utilis* y también la *actio publiciana in rem*. D. 6, 2, 12,2); e) su derecho es transmisible: ya sea *mortis causa* a sus herederos, o ya sea por actos *inter vivos*. Posteriormente Justiniano refundirá este instituto con el proveniente del derecho griego, llamada enfiteusis (Insts. III, 24, 3) agregando ciertas normas, tales como que el derecho del enfiteuta se extinguiría cuando dejara de pagar el canon durante tres años (C. 4, 66, 1), así como también restringiendo el derecho del enfiteuta de ceder su derecho *inter vivos*.

materiales es mayor al de la obra, ya *contrario sensu* se habla de una *locatio conductio* cuando lo más importante es quién y cómo se realiza la obra, pasando los materiales a un segundo plano como algo accesorio de la obra.

Cuadro comparativo	
Contrato de compraventa	<i>Locatio conductio operis</i>
Contrato consensual.	Contrato consensual.
En este contrato se contrae la obligación de pagar el precio convenido, a cambio de una cosa.	En este contrato se contrae la obligación de realizar una obra con los materiales que aporta el <i>locator</i> y como contraprestación el pago de un precio.
En la venta lo más importante es la cosa en sí.	Lo más importante es quién y cómo se realiza la obra.
Se ponen los materiales y el trabajo.	El <i>locator</i> proporciona los materiales y el <i>conductor</i> sólo pone su trabajo.
Sólo se refiere a cosa concluida.	Puede solicitar la devolución de los materiales o lo que exista de la obra.

G. Posición del conductor

El *conductor* estaba obligado a ejecutar la obra encargada por el *locator*, fuera personalmente o encomendándola a un tercero, a no ser que se hubiese pactado lo contrario, o que por los conocimientos técnicos requeridos, sólo él estuviese en condiciones de cumplirla.¹³⁹ La ejecución siempre debía obedecer a lo estipulado en el contrato, haciendo uso de los materiales que el *locator* entregó en sus manos para la realización de la obra. Finalmente, ejecutada la obra debía ser entregada, acabada en manos del *locator*.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹³⁹ Caremes Ferro, José, *op. cit.* nota 5, p. 314.

H. Posición del locator

El *locator* debía colocar la materia principal para la ejecución de la obra, y una vez que era terminada la obra conforme al contrato estaba obligado al pago de la retribución convenida (*merces*), la cual debía consistir en dinero. Asimismo, el *locator* contaba con la *actio locati* para exigir la entrega de la obra solicitada.

I. Responsabilidad

a. Por incumplimiento del contrato por parte del *conductor*

El *conductor* al comprometerse vía contractual en la realización de una obra tiene la obligación de ejecutarla en la forma y términos establecidos en el contrato. Si no realiza la obra, era responsable de su incumplimiento, debiendo resarcir los daños y perjuicios ocasionados al *locator*, no teniendo derecho a pago alguno.

Puede iniciarse el cumplimiento del contrato, pero el cumplimiento puede ser negligente.¹⁴⁰

Un caso de ello puede ser el deterioro o pérdida que podía sufrir la cosa debidos al dolo, culpa grave o leve, así como de la impericia¹⁴¹ para realizar la labor que le fue encomendada al *conductor*.¹⁴² Mientras la obra no fuera aceptada por el *locator*, el *conductor*¹⁴³ debía responder de cualquier deterioro o pérdida que sufriera la cosa, por lo que el *conductor* no podía exigir pago alguno por la obra.

¹⁴⁰ D. 19, 2, 51, 1.

¹⁴¹ Si se hubiera dado una piedra preciosa para engastarla ó esculpirla, y se hubiera roto, si verdaderamente esto hubiera sucedido por vicio de la materia, no habrá la acción de locación, y la habrá, si por impericia del artífice. A esta opinión se ha de añadir, á no ser que el artífice hubiera admitido también á su cargo el riesgo; porque entonces, aunque esto haya sucedido por vicio de la materia, habrá la acción de locación. D. 19.2.13.5.

¹⁴² Gayo 3, 205; Celso – Ulp. D. 19, 2, 9, 5.

¹⁴³ D.19.2.36. Florentino; *Instituta, libro VII.* - La obra que por un tanto se dio en arrendamiento, está á riesgo del arrendatario hasta que sea aprobada. Mas la que haya sido tomada en arrendamiento de este modo, para que sea entregada por pies ó medidas, solamente está á riesgo del arrendatario mientras no se haya medido; y en uno y en otro caso será del arrendador el daño, si en él hubiere consistido que la obra no se apruebe, ó se mida. Pero si por fuerza mayor se hubiera arruinado la obra antes que fuese aprobada, va á riesgo del arrendador, si otra cosa no se hubiera tratado; porque no debe responderse al arrendador de más que de lo que con su propio cuidado y trabajo habría conseguido.

Si el arriendo se tomo para ser entregado por pies o medidas estaba a riesgo del *conductor* en tanto no se mida y en uno y otro caso el daño será del *locator*, si hubiera dependido de él el que la obra no se apruebe o se mida.

Sin embargo, el *conductor* quedaba exento de toda responsabilidad si probaba que el perjuicio se debía a vicios de la materia suministrada por el *locator*,¹⁴⁴ y no a la obra,¹⁴⁵ salvo que el vicio fuera de aquellos que el *conductor*, por su oficio, hubiera debido conocer; o que conociéndolo, no hubiera dado aviso oportuno.

El *conductor* era responsable de utilizar auxiliares para la ejecución de la obra,¹⁴⁶ por quienes debía responder, de cualquier acto contrario a lo estipulado, como si la labor hubiera sido hecha por él mismo; claro que sólo será responsable de los actos de los sustitutos, si dicha sustitución hubiere sido desacertada;¹⁴⁷ por ejemplo, nombrar a una persona no perita en la actividad a realizar.

También el incumplimiento podía ser debido, a un caso fortuito o fuerza mayor, en este caso quien debía correr con el riesgo era el *locator*.

b. Responsabilidad por tener una cosa ajena

En este caso por tener el *conductor* posesión o control de cosas de un tercero propietario, debe responder por la custodia¹⁴⁸ de los materiales que le fueron entregados para la ejecución de la obra, así como del deterioro que sufrieran éstos, hasta que fueran utilizados conforme a lo convenido por las partes

¹⁴⁴ D.19,2.33: Se arrienda un predio y se inunda o sobreviene una invasión del enemigo, o un terremoto lo inutiliza: pierde el precio el *locator*. Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Barcelona-Buenos Aires-México-Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II,

¹⁴⁵ D. 19, 2, 62.

¹⁴⁶ El que tomó, en arriendo el transportar una columna, si mientras se carga, ó se transporta, ó se descarga, se hubiera roto esta, es responsable de este riesgo, si hubiere acontecido por culpa de él mismo, y de aquellos cuyo trabajo utilizase; más está exento de culpa, si hizo todo lo que hubiese de haber tenido en cuenta otro cualquiera muy diligente. D.19.2.25.7. En el derecho común esta responsabilidad se explica como derivada de una "*culpa in eligendo*", es decir, por no haber sabido escoger bien el personal subordinado.

El empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra. Artículo 2642 del Código Civil.

¹⁴⁷ D. 19, 2, 13, 1; D. 19, 2, 11.

¹⁴⁸ D. 19, 2, 13, 6; D. 19, 2, 40.

en el contrato.¹⁴⁹ Será responsable de restituir la cosa en los términos y forma convenidos. Si no la restituye, por culpa o dolo será responsable y si no lo hace por caso fortuito o fuerza mayor estamos ante un riesgo que debe correr el *locator*.

El *conductor* cuenta con la *actio conducti*, con la que puede constreñir al *locator* para el cumplimiento de sus obligaciones; por ejemplo, una vez aprobada la obra por el *locator*, éste debía pagar por ello un precio al *conductor*; de lo contrario podía hacerlo exigible con la *actio conducti*.

c. Responsabilidad del *locator*

Respondía de los vicios del material que hubiera entregado,¹⁵⁰ para la ejecución de la obra, debiendo resarcir a la otra parte de los daños causados. Respondía además tanto de su culpa como de su dolo.

d. Riesgo

Cuando la obra se daña o destruye sin culpa o dolo del *conductor* o de aquellos por quienes responde, esto es por caso fortuito o fuerza mayor, quien corre con el riesgo de la obra es el *locator*,¹⁵¹ en este caso deberá el precio y tiene que contentarse con la obra tal como quedó, o pagar lo necesario para que sea repuesta.

El profesor Guillermo F. Margadant¹⁵² señala que aunque sobre esto, hay algunas contradicciones en el Digesto y lugares torpemente interpolados, pues parece hubo, entre la primera y la segunda generación de la escuela sabiniana, un

¹⁴⁹ Perdió el lavadero tus vestidos, tienes de donde reclamarlos, y no quieres reclamarlos; ejercitarás, sin embargo, contra el lavadero la acción de locación. Pero el juez habrá de estimar, si más bien puedes ejercitar la acción contra el ladrón, y recuperar de él tus cosas, bien que á costa del lavadero; pero si hubiere visto que esto te era imposible, entonces condenará ciertamente al lavadero á tu favor, pero te compelerá á que le cedas tus acciones. D. 19.2.60.2.

¹⁵⁰ Era un requisito de la *locatio conductio operis* que el *locator* pusiera, cuando menos, la parte principal del material. De otro modo, sería una compraventa de la obra (véase l. 3. 24.4). El derecho moderno, a fin de separar más fácilmente el contrato de obra del de trabajo, exige precisamente que el *conductor* ponga los materiales (artículo 2626 del Código Civil).

¹⁵¹ D. 19, 2, 37: "Si antes que la obra fuera aprobada por el arrendador fue destruida por alguna fuerza, el detrimento corresponde al arrendador, solamente si la obra fue tal que debiese ser aprobada" (*Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet*); la no aprobabilidad de la obra, en efecto, implica al menos un *villium operis*.

¹⁵² Margadant, Guillermo F., *El derecho privado romano*, 20a. ed., México, Colima, Estinge, pp. 220-503.

cambio de acento del *periculum conductoris*¹⁵³ al *periculum locatoris*.¹⁵⁴ Pues en un principio Labeón, cargaba el riesgo al *conductor*.¹⁵⁵ Posteriormente la jurisprudencia distingue entre si la fuerza mayor o el caso fortuito dañaron o destruyeron la obra por haber habido un vicio en la materia entregada por el *locator*, caso en el cual suyo es el riesgo, o en la obra realizada por el *conductor* (*vitium operis*), pues entonces a éste pertenece tal riesgo.

Sin embargo, si hay alguna pérdida por fuerza mayor o caso fortuito, se debe tomar en cuenta si dicha pérdida se debe a vicios del material o a la mala realización de la obra. Si la pérdida de la obra, se debe a vicios del material, quien correrá con la pérdida será el arrendador,¹⁵⁶ si es por vicios de la obra al arrendatario.¹⁵⁷ No obstante, si no resulta posible imputar a la materia o a la obra el efecto destructivo de la fuerza mayor, entonces el riesgo siempre pertenece al *locator*. Pero sobre esto se hablará en el siguiente apartado. Si no resulta posible imputar a la obra el efecto destructivo de la fuerza mayor, entonces el riesgo siempre pertenece al *locator*.

Kaser nos dice que en "la época de Labeón, el riesgo del precio gravaba siempre al *conductor*. Si la obra resultaba irrealizable por efecto de caso fortuito, no recibía precio alguno".¹⁵⁸ Más tarde, a partir de Sabino, se estableció una distinción: de los daños causados sin culpa, y cuya causa estaba en el *locator*. El *locator* era responsable de toda pérdida de la obra una vez que se hallaba

¹⁵³ D.19.2.62: se construye un canal y una tempestad lo destruye: eso es a riesgo del conductor, es decir, no tiene derecho al precio. D. 14.2.10 *pr.*: se contrata el transporte de unos esclavos, y algunos mueren durante el transporte: no se debe el precio al transportista.

¹⁵⁴ Y D.19.2.59. Javoleno; *Obras póstumas de Labeón*, libro V. Marcio había tomado de Flaco en arrendamiento el hacer una casa, y después, hecha parte de la obra, se había arruinado el edificio por un terremoto; dijo Masurio Sabino, que si esto hubiere acontecido por fuerza natural, como por terremoto, el riesgo era de Flaco. D.19. 2. 59.

¹⁵⁵ Labeón; (D. 19, 2, 62) *Dichos*, libro I. Si antes que lo probases, destruyó una tempestad el canal, cuya construcción habías tomado en arrendamiento, y que habías hecho, es tuya la pérdida. Y dice Paulo: "...antes bien, si esto sucedió por vicio del suelo, la pérdida será del arrendador, y si por vicio de la obra, será tuyo el quebranto".

¹⁵⁶ D. 19.2.13.5: se entrega una piedra preciosa para engastarla o tallarla y se rompe por vicio de la piedra: no hay acción contra el arrendatario. Otro ejemplo lo encontramos en D. 19.2.33: se da en arrendamiento la construcción de una casa y se hunde el suelo: queda obligado el *locator* a pagar el precio, esto es, soporta la pérdida, porque se trata de un vicio en la materia (en el suelo).

¹⁵⁷ D. 19.2.62 (nota de Paulo a Labeón): si el canal destruido por una tempestad lo fue debido a un vicio del suelo (*vitium soli*), la pérdida es del arrendador; si por un vicio de la obra, del arrendatario.

¹⁵⁸ D. 14, 2, 10 *pr.*; 19, 2, 62.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ejecutada la obra y éste la había aceptado.¹⁵⁹ Los daños causados que procedían de la parte de quien hizo el encargo (*locator*) o de fuerza mayor, dejaban subsistente el derecho del *conductor* a percibir la remuneración.¹⁶⁰ Se podía liberar si acreditaba que la pérdida se produjo por culpa del contratista, en cuyo caso le podía exigir también daños e intereses.¹⁶¹

J. Causas de terminación del contrato

El contrato puede terminar por razones naturales, tales como la terminación de la obra, que se haya cumplido el término establecido en el contrato. Y por razones extraordinarias, tales como el incumplimiento del contrato, por haber aumentado extraordinariamente los gastos previstos por el *conductor*; o la terminación unilateral de una de las partes, lo que requería necesariamente la indemnización de todo daño y perjuicio que se le hubiera causado a la otra parte.

Tanto en la *locatio conductio operarum* como en la *locatio conductio operis*, la muerte del obrero o del artífice extingue por derecho clásico la obligación. En el derecho justiniano se tiene en cuenta, en la segunda especie, que haya sido o no razón del contrato la habilidad personal del artífice elegido, y solamente en el caso afirmativo se considera extinguida la obligación.¹⁶²

¹⁵⁹ Labeón, L. 62 y Florentino, L. 36.

¹⁶⁰ Jav. D. 19, 2, 59; eod. 37

¹⁶¹ Kaser, Max, *op. cit.*, nota 76, p. 201.

¹⁶² Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 388.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO MEXICANO

I. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL MEXICANO DE 1928 EN EL DISTRITO FEDERAL

Por la conquista, México se convirtió en una colonia de España, y pasó a formar parte de esta nación. Durante tres siglos de dominación española, la Nueva España, nombre que entonces se daba a nuestra patria, observó la misma legislación de la metrópoli.

En 1821, aunque ya independiente, México no contaba con leyes propias, sino con leyes circunstanciales dictadas según las exigencias del momento, por lo que se gobernó muchos años con las leyes españolas.¹⁶³

En 1857, México, carente de una regulación propia que cumpliera con los requerimientos y características de la época, inició un proyecto de Código Civil mexicano, encomendado en el gobierno de Benito Juárez al doctor Justo Sierra (padre), quien adoptó básicamente el contenido del Código Civil francés de la época napoleónica, así como el Proyecto de Código Civil Español de 1851.¹⁶⁴ Sierra también consultó otras obras, como los comentarios del señor Rogron, los

¹⁶³ De las leyes españolas cabe citar, entre las más importantes: el *Codex Legum, Forum Judicum*, Fuero de los Jueces o Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, las Leyes del Estilo, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, el Código de las Siete Partidas, el Espéculo, las Leyes para los Adelantados Mayores, las Leyes Nuevas dadas por el Rey Alfonso el Sabio, el Ordenamiento de las Tartuferías, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes del Toro, la Novísima Recopilación, las Leyes de la Nueva Recopilación, los Autos Acordados y las Ordenanzas de Bilbao.

Asimismo, de la legislación nacional se formaron varias colecciones: las de Mariano Galván Rivera, de Basilio José Arrillaga; José Mariano Lara; los editores de "El Constitucional"; Juan R. Navarro; Juan N. Rodríguez de San Miguel, del Supremo Gobierno en el *Diario Oficial*; José Sebastián Segura y de Blas José Gutiérrez, así como las posteriores al Código Civil de 1870, de Manuel Dublán y José María Lozano, Isidro Montiel y Duarte. Esteban Calva y Francisco de P. Segura, "Breve Noticia de la legislación mexicana", *Instituciones de derecho civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874, t. I, pp. 1 a 6.

¹⁶⁴ El Proyecto de Código Civil español de 1851 fue realizado por una comisión de juristas españoles y que Florencio García Goyena publicó en su obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*.

Códigos de la Luisiana, de Holanda, de Vaud, de Piamonte, de Nápoles, de Austria, de Baviera, de Prusia, y algunos elementos del derecho romano.

En febrero de 1862 se formó una comisión para continuar con el proyecto de Código Civil mexicano, compuesta por los licenciados José M. de Lacunza, Pedro Escudero y Echánove, José Fernando Ramírez y Luis Méndez, presidida por el ministro de Juárez, licenciado Jesús Terán. Esta comisión trabajó hasta mayo de 1863.

A mediados de 1863, en el Imperio de Maximiliano, se elaboró el llamado "Código Civil del Imperio". En 1866 se constituyó la llamada "Nueva Comisión", formada por los licenciados José María Lafragua, Rafael Dondé, Mariano Yáñez, Isidro Montiel y Duarte y Joaquín Egufá Lis, quienes finalmente consumaron el proyecto de Código Civil con el llamado "Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California" aprobado por el gobierno de Benito Juárez el 8 de diciembre de 1870, y que entró a regir el 1o. de marzo de 1871. Siendo este Código el primer Código Civil mexicano para el Distrito Federal.

Es incuestionable que el Código Civil de 1870 es el resultado de los trabajos en conjunto realizados desde 1857. La llamada "Nueva Comisión", en la exposición de motivos del 15 de enero de 1870,¹⁶⁵ reconoce los pormenores que debieron vencerse desde que el proyecto fue encargado al doctor Justo Sierra hasta el 8 de diciembre del mismo año, en que fue por fin culminado. Como ya explicamos, el Código Civil de 1870 es el resultado de una compilación de diversos ordenamientos que sirvieron de auxilio a nuestros legisladores, de los cuales se sustrajeron disposiciones que en su mayoría fueron reproducidas intactas o modificadas en aquello que no coincidía con el derecho patrio, las costumbres del momento o las reformas que demandaba la época. Así, el

¹⁶⁵ Cabe señalar que aunque de una manera vaga, la Nueva Comisión reconoció lo que debía a los trabajos de la vieja comisión y del doctor Sierra, pues al remitir al ministro de Justicia el proyecto que habría de convertirse en definitiva en el Código Civil de 1870, expresó: "La Comisión ha entrado en estos pormenores, no para recomendar el mérito de su trabajo, sino para dar a conocer las dificultades con que ha tenido que luchar, y que a pesar de todo su empeño, no tiene la conciencia de haber superado. Apenas contendrá el proyecto uno y otro artículo exclusivo de la comisión; porque su principio fue innovar lo menos posible; y aun en este caso prefiere casi siempre a su propio juicio, el formado sobre la materia por los expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas...". Exposición de fecha 15 de enero de 1870 que hizo la Comisión al presentar su proyecto al supremo gobierno, pp. 4 y 5.

proyecto sólo cuenta con pocos artículos elaborados por la Comisión, pues ésta tuvo, al parecer como principio, el innovar lo menos posible y, en su caso, preferir las opiniones de los jurisconsultos expertos extranjeros en la materia. Dentro de los ordenamientos jurídicos que destacan por su influencia al Código Civil Mexicano 1870 se encuentra el Código de Napoleón, disposición que superó a todos sus contemporáneos, pues se basaba en un absolutismo racionalista e ideales de la Revolución francesa. Por ello tuvo una enorme aceptación universal entre muchas naciones que vieron en su legislación una liberación, entre ellas España; de ahí la influencia del derecho francés en la legislación española, al igual que en otros tantos países, entre ellos México, dada también la cercana relación que éste mantuvo con la misma España. El Proyecto de García Goyena y el Código Español de 1889 fueron otros de los fundamentos legislativos de la codificación de 1870, ordenamientos extremadamente influenciados por los grandes clásicos de la época y leyes españolas, como las Partidas y la Novísima Recopilación.

A fin de conocer cómo fue tratado nuestro contrato en estudio por las legislaciones que influyeron en el Código Civil de 1870 expondremos la concepción del Proyecto de García Goyena y el Código Español de 1889 sobre este contrato.

El proyecto de García Goyena dedica el título IX a la regulación del contrato de arrendamiento, y en el primer artículo de ese apartado (1473) define al arrendamiento como "...un contrato por el cual una de las partes se obliga a ceder a la otra el goce o uso de una cosa, o a prestarle un servicio personal por precio determinado...", de lo que se desprende que la prestación de servicios era vista como un arrendamiento por el Proyecto de García Goyena como lo es para el derecho romano.

El mencionado título se desarrolla en cinco capítulos, con los siguientes tópicos: "Disposiciones generales"; "Disposiciones comunes á los arrendamientos de predios rústicos y urbanos"; "Disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos"; "Disposiciones especiales relativas al arrendamiento de predios urbanos," todos estos capítulos dedicados al arrendamiento de cosa

locatio conductio rei. Es hasta el capítulo V, en el que se reglamenta lo relativo al "Arrendamiento del trabajo y de la industria", a partir del artículo 1523, el cual establece que:

Hay tres principales arrendamientos de trabajo y de industria: 1) Del servicio de los criados y trabajadores asalariados, que correspondería a la *locatio conductio operarum* en el derecho romano, la cual encuentra su regulación en la sección primera del capítulo antes mencionado, que va del artículo 1524 al 1528. 2) Las obras, por ajuste ó precio alzado, tema de nuestro estudio, que correspondería a la *locatio conductio operis*, la cual se regula en la sección segunda, a partir del artículo 1529 al 1541. Y la sección tercera, dedicada a "Los transportes por agua ó tierra, tanto de personas como de cosas"; esta especie es más bien una de las modalidades de la *locatio conductio operis*; sin embargo, el proyecto de García Goyena establece una regulación particular para el contrato de transporte, que va del artículo 1542 al 1545. Las leyes romanas hablan también de estas tres especies de arriendo, en la Ley 5, párrafo 2, libro 19 del Digesto.

Por su parte, el Código Civil español de 1889 también reglamenta el contrato de obra a precio alzado dentro de la modalidad del arrendamiento. En el título VI, "Del contrato de arrendamiento", desarrolla en su primer capítulo las "Disposiciones generales"; el segundo capítulo "De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas", y el tercer capítulo es el que especifica lo relativo al arrendamiento de obras y servicios. Este capítulo se secciona en tres partes. La primera sección se refiere al "Servicio de criados y trabajadores asalariados"; la segunda sección se denomina "De las obras por ajuste ó precio alzado", y finalmente, la tercera sección habla "De los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas". De lo anterior podemos concluir, que el contrato de obra a precio alzado es reconocido por estas dos disposiciones españolas antes tratadas como un contrato de arrendamiento, no como de prestación de servicios, como lo hace la legislación mexicana.

Ya que el Código Civil mexicano de 1870 contempla al contrato de obra a precio alzado como un contrato de prestación de servicios, y regula este contrato en el título décimo tercero, intitulado "Del contrato de obras o prestación de

servicios", que se divide en seis capítulos, que jerárquicamente disponen: capítulo I: "Del servicio doméstico"; capítulo II: "Del servicio por jornal"; capítulo III: "Del contrato de obras á destajo ó precio alzado"; capítulo IV: "De los porteadores y alquiladores"; capítulo V: "Del aprendizaje", capítulo VI: "Del contrato de hospedaje".

Son interesantes las razones que ofrece la comisión legislativa del Código de 1870 para explicar lo inconveniente de equiparar el contrato de obra a precio alzado con el contrato de arrendamiento, como fue concebido en el derecho español y francés.¹⁶⁶ La comisión señala en su exposición de motivos que el hombre independientemente de la esfera social en la que se halle colocado nunca puede ser comparado con los seres irracionales, y menos aun con las cosas inanimadas, por lo que le pareció un atentado contra la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales. Y por ello no sólo separó el contrato de obras del de arrendamiento, sino que considerándolo como cualquiera otro pacto, lo colocó después del mandato, por los muchos puntos de semejanza que con él tiene, por lo cual creo que no es conveniente generalizar y concebir al contrato de arrendamiento únicamente como un contrato de arrendamiento de cosa, sin tomar en cuenta que también puede ser de servicio o de realización de una obra; todo esto contribuye a que el contrato de obra a precio alzado sea considerado en nuestro derecho como un contrato de prestación de servicios, y no así de arrendamiento de obra.

Estas consideraciones se encuentran transcritas literalmente en la parte expositiva del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870,¹⁶⁷ circunstancia que pareciera indicar que fue nuestro Código el que introdujo este trascendental cambio en la trayectoria del contrato en estudio. Es extraño que no haya sido el Código francés de Napoleón el que lo introdujera, dados los principios que le alimentaron.

¹⁶⁶ Véase el contrato de obra a precio alzado como se encuentra regulado en el capítulo III del título de arrendamiento en el Código francés, al cual se denomina "alquiler" o "locación de obras".

¹⁶⁷ Exposición de motivos; Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México, 1872, pp. 91 y 92.

Lo cierto es que no se conoce si algún código europeo introdujo esta idea, pues regularmente estos códigos no hacen transcripciones literales tan exactas, mientras que este fenómeno es frecuente, desgraciadamente, en nuestros ordenamientos.

En junio de 1882 el Ejecutivo encargó a una comisión, compuesta por los licenciados Eduardo Ruiz, procurador general de la nación, Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo, la revisión del Código Civil de 1870, comisión que en abril del siguiente año presentó al ministro de Justicia, el primer proyecto de reformas. Este proyecto fue sometido a un nuevo estudio, que presidió personalmente el ministro de Justicia, y fue en esa segunda revisión cuando se adoptó, por iniciativa de dicho ministro y previo acuerdo con el presidente de la República, siendo la única y trascendental reforma el principio de la "libre testamentifacción".¹⁶⁸ Por lo que quedó intacto todo lo relativo al contrato en estudio, el cual continúa tratando al contrato de obras en el título décimo tercero, y transcribe la división tripartita dentro del mencionado título (observamos que estos ordenamientos toman como especies del contrato de obras a los de prestación de servicios domésticos por jornal y estrictamente al de obras a destajo o a precio alzado).

Sólo cabe mencionar que después de hacer un estudio a dicho ordenamiento encontramos que el Código Civil de 1884 no observa ninguna modificación o adición a los principios establecidos en el Código Civil de 1870.

No obstante, por su parte, el Código Civil de 1884 tiene una peculiaridad: que regula en el título duodécimo todo lo referente al mandato o procuración y a la prestación de servicios profesionales, y después, en su título decimotercero, establece lo relativo al *contrato de obras* en un título en particular, el cual se desarrolla por capítulos: el primero, dedicado al servicio doméstico; el segundo, al servicio por jornal, y el tercero, "al contrato de obras á destajo ó precio alzado".

El Código Civil de 1884 regula la prestación de servicios profesionales en el título duodécimo: "Del mandato ó procuración y de la prestación de servicios profesionales"; en el capítulo VII: "De la prestación de servicios profesionales",

¹⁶⁸ Sánchez Medal, Ramón, *Dos Códigos Civiles y una escuela de derecho*, México, 1972.

ubicándolo dentro del título que regula al mandato. En cambio, el Código de 1870 sólo agrega a la denominación del título décimo tercero: "Del contrato de obras o prestación de servicios", lo que demuestra que el legislador del Código de 1870 equipara el contrato de obras con el contrato de prestación de servicios.

El Código Civil de 1928 ubica al contrato de obras a precio alzado en el título décimo: "Del contrato de prestación de servicios". En el capítulo primero, el legislador aclara que los contratos relacionados con el servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se regirán por la Ley Federal del Trabajo. El capítulo II regula la prestación de servicios profesionales; el capítulo III, el contrato de obras a precio alzado, el capítulo IV, de los porteadores y alquiladores, y el capítulo V, del contrato de hospedaje.

Es conveniente precisar que la comisión legislativa del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, para realizar el capítulo III, que como sabemos pertenece al contrato de obra a precio alzado, "...tuvo presentes las leyes 16 y 17, título 8o., partida 5a. y la 21 título 32 de la partida 3a. y ha procurado conservar la parte de ellas, acomodada á nuestros usos; pero procurando ampliar la materia según se encuentra tratada en los principales códigos modernos".¹⁶⁹

Ahora se iniciará un análisis, de los diferentes códigos que han regulado al Contrato de Obra a Precio Alzado para así, conocer con precisión sus diferencias.

El capítulo III del Código Civil de 1870 inicia con el artículo 2588, el cual determina la forma en que debe celebrarse el contrato de obra a destajo o precio alzado. En el artículo de referencia, el legislador regula dos alternativas, que a la letra dicen: "a) el empresario se encargará por un precio determinado de la dirección de la obra, poniendo éste los materiales, o b) por un honorario fijo el empresario ponga sólo su trabajo ó industria". Esta disposición deja abierta la posibilidad de que el empresario ponga o no los materiales en la ejecución de la obra. Cabe señalar como nota común que el artículo 2469 del Código Civil de 1884 regula de forma literal lo establecido en el artículo antes mencionado.

¹⁶⁹ *Op cit.*, nota 167.

Lo mismo sucede en los siguientes Códigos: francés (artículo 1787), portugués (artículo 1396), sardo (artículo 1810), luisiana (artículo 2727), vaud (artículo 1272), holandés (artículo 1640), napolitano (artículo 1633). El proyecto de García Goyena coincide con los anteriores ordenamientos en lo señalado en su artículo 1529, que a la letra dice: "...puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo ó su industria, ó que también provea el material".

Por otra parte, el artículo 1158 del Código Civil austriaco señala: "Cuando el propietario da la materia, hay contrato de arriendo; pero si el trabajador la provee, es un contrato de venta", lo mismo fue pensado por los romanos en el párrafo 4, título 21, libro 3, Instituciones, y en la ley 20, título 1, libro 18 del Digesto. Concuerda con las leyes 13, párrafo 5, y 30, párrafo 3, título 2, libro 19 del Digesto, 10 y 16, título 8, partida 5: "De los maestros que toman á destajo los obreros, labores, ú obras por precio cierto".

El Código Civil de 1928 no regula en artículo expreso, que el empresario puede poner "...solamente su trabajo ó industria, ó también provee del material, como se señala en los códigos antes mencionados; este Código sólo expresa en su artículo 2616 que estamos en presencia de un contrato de obras a precio alzado cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales. Al analizar el capítulo III del mencionado código, nos percatamos que el capítulo está enfocado a la regulación del contrato de obra inmueble siendo que el dueño de la obra quien provee del material principal para la construcción; es decir, del inmueble de lo contrario estaríamos en presencia de un contrato de compraventa de cosa futura; no obstante, nada impide que el empresario abastezca si así se conviene, de los materiales accesorios necesarios para la construcción de la obra, quien además dirigirá el correcto desarrollo de ésta conforme a lo señalado por el contrato. Creemos importante aclarar el capítulo III, respectivo al contrato de obras a precio alzado, el cual debe establecer la existencia tanto del contrato de obras muebles como de inmuebles, pues actualmente el capítulo está enfocado al contrato de obra inmueble, y como tal debe tener también ciertas precisiones, como establecer quién coloca los materiales y quién correrá con el riesgo de la obra, y también

colocar un apartado dedicado al contrato de obra mueble del cual sólo se hace una pequeña intervención en un artículo 2644 de nuestro Código, y cuya regulación es importante, pues existen un cantidad importante de contratos que pueden ser regulados con esta figura.

Sin embargo, el Código Civil de 1928, en su artículo 2616, señala que para estar en presencia de un contrato de obra a precio alzado es necesario que el empresario dirija la obra y ponga los materiales, sin contemplar la alternativa mencionada por los anteriores ordenamientos, cerrando la posibilidad a que sea únicamente el empresario quien provea de los materiales para la ejecución de la obra.

Una presunción extraña fue introducida en el artículo 2589 del Código Civil de 1870, la cual consistía en lo siguiente: "En caso de duda se presume que el que se encarga de la obra, lo hace por honorario o salario, si la obra es de cosa inmueble; y que la hace por contrata si es de cosa mueble". La duda que menciona el legislador en el caso de desconocer si el empresario pondrá o no los materiales, así como la dirección, la resuelve indicando que estaremos en presencia de una contrata en el caso de una obra mueble, y en el caso de una obra inmueble será contratado al empresario por honorario o salario. Esta disposición resulta extraña, pues los conceptos por honorario o salario no son explicados como tal por la legislación civil, lo cual resulta confuso, pues no se sabe qué quiso decir el legislador al señalar que serán por honorarios o salarios o el mismo término "contrata". Lo mismo establece el artículo 2470 del Código Civil mexicano de 1884. No obstante por contrata parece significar a precio alzado, es decir, por obra terminada.

Esta disposición no fue contemplada ni por el Proyecto de García Goyena, ni por el Código Español de 1889, ni por el Código Civil mexicano de 1928.

Por su parte, el artículo 2590 del Código Civil de 1870 introduce el principio de formalidad, el cual señala que "siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de una obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de cien pesos, el contrato debe ser otorgado por escrito, incluyéndose en él una

descripción pormenorizada y en los casos que lo requieran, un plano o diseño de la misma".

Son copias literales del numeral antes citado los artículos 2471 del Código Civil mexicano de 1884 y el 2618 del Código de 1928. Este último agrega que podrá incluirse en los casos que lo requiera el presupuesto de la obra.

La formalidad establecida por el artículo 2590 tiene por objeto evitar que no se cumpla con lo establecido por las partes al celebrar el contrato; es decir, si se actuó o no conforme al proyecto presentado o a las órdenes recibidas, por lo que no es de extrañarse que en el numeral 2591 se determine que en caso de duda y no habiéndose presentado plano o diseño, se decida a favor del propietario.¹⁷⁰ Lo mismo señala el artículo 2472 del Código Civil de 1884.

Al respecto, el Código de 1928 señala en su artículo 2619 que: "Si no hay plano, diseño o presupuesto para la ejecución de la obra y surgen dificultades entre el empresario y el dueño, serán resueltas teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, el precio de ella y la costumbre del lugar; oyéndose el dictamen de peritos". Como podemos ver, este código adopta una solución diferente a los códigos de 1870 y 1884, pues para resolver las dificultades que se presenten en la obra toma en cuenta su naturaleza, así como el precio de la misma y las costumbres del lugar, incluyéndose un dictamen pericial.

Al respecto, no hacen mención alguna los códigos españoles, en este trabajo analizados.

En el caso del artículo 2592 del Código Civil de 1870, se afirma que: "...el empresario de la obra hecha por ajuste cerrado no está obligado a presentar cuentas al propietario; el que lo sea por honorario fijo debe presentarlas comprobadas de todo lo que se gaste". Este artículo impone al empresario que sea por honorarios la carga de reportar los gastos, para que le sean reembolsados, y cuando el contrato es a precio alzado, el profesor cumple entregando la obra acabada. Sobre esto no se pronuncia ni el proyecto de García Goyena ni el Código de 1884, y no hace mención alguna el Código de 1928.

¹⁷⁰ Parte expositiva, *op. cit.*, nota 167, p. 94.

Por su parte, el artículo 2593 del Código Civil de 1870 señala que el "...perito que forma el plano de una obra y la ejecuta, no puede cobrar el valor del plano fuera del honorario de la obra; mas si se ha hecho aquél y ésta no se ejecuta por causa del dueño, podrá cobrarse el valor del plano, a no ser que, al encargarse éste, se haya pactado que el propietario no lo pagará si no le conviene aceptarlo".

El artículo 2474 del Código Civil de 1884 es casi idéntico. Para notar la diferencia entre ambos preceptos transcribiremos el mencionado artículo: "El perito que forma el plano ó el presupuesto de una obra y la ejecuta, no puede cobrar el plano ó presupuesto fuera del honorario de la obra; mas si ésta no se ha ejecutado por causa del dueño, podrá cobrarlos, á no ser que al encargársele se haya pactado que el dueño no los pague si no le conviniere aceptarlos". Como podemos notar, este artículo agrega "*el presupuesto de una obra*", y también observamos que el artículo del Código Civil de 1870 usa indistintamente el término "dueño" y "propietario", a diferencia del de 1884.

El artículo 2620 del Código Civil de 1928 es casi igual al Código Civil de 1884, con la diferencia que agrega el término "*diseño*". El resto del artículo es idéntico. Ni el proyecto de García Goyena ni el Código español de 1889 mencionan nada al respecto.

Siendo la costumbre general que los peritos formen el presupuesto de la obra al mismo tiempo que el plano, se amplió la disposición de este artículo al presupuesto, sujetando su cobro a las mismas reglas que las del plano.¹⁷¹

El artículo 2594 del Código Civil 1870 señala que "Cuando se haya invitado a varios peritos para hacer planos con el objeto de escoger entre éstos el que parezca mejor, y aquellos hayan tenido conocimiento de esta circunstancia, ninguno puede cobrar honorarios por el plano, salvo convenio expreso en contrario".

El artículo 2475 del Código de 1884 es una copia literal del Código de 1870, y lo mismo se regula en el artículo 2621 del Código de 1928. Enseguida

¹⁷¹ Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California por Miguel S. Macedo, México, imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

transcribiremos el artículo, para notar la diferencia: "Cuando se haya invitado a varios peritos para hacer planos, diseños o presupuestos, con el objeto de escoger entre ellos el que parezca mejor, y los peritos han tenido conocimiento de esta circunstancia, ninguno puede cobrar honorarios, salvo convenio expreso". Como podemos notar, se agregan al artículo los términos diseños o presupuestos, por las mismas razones antes explicadas. Al respecto no se pronuncian las disposiciones españolas aquí analizadas.

El numeral 2595 agrega que en caso del artículo anterior, podrá el autor del plano aceptado, cobrar su valor cuando la obra se ejecutare conforme a él por otro "artista". Lo mismo señala el artículo 2476 del Código de 1884. Y es casi una copia literal el artículo 2622 del Código de 1928, que señala: "En el caso del artículo anterior, podrá el autor del plano, *diseño o presupuesto* aceptado, cobrar su valor cuando la obra se ejecutare conforme a él por otra *persona*". Este numeral se diferencia de aquellos en los cuales se abre la posibilidad, no sólo al autor del plano, sino también al del diseño o presupuesto aceptado, y no califica de "artista" a quien ejecutaría la obra; sólo la denomina "por otra persona". Esto es, en el caso de que haya sido aceptado el plano, *diseño o presupuesto*; para el caso contrario el artículo 2596 señala: "El autor de un plano que no hubiera sido aceptado podrá también cobrar su valor si la obra se ejecutare conforme a él por otro artista". Al respecto se pronuncia el Código 1884 en su artículo 2477, y como existe una diferencia transcribiremos dicho artículo: "El autor de un plano que no hubiere sido aceptado, podrá también cobrar su valor, si la obra se ejecutare conforme á él por otro artista...", y para mayor claridad se adicionó este artículo con las siguientes palabras: "...aun cuando se hayan hecho modificaciones en los detalles".¹⁷²

En el Código de 1928 se habla al respecto en el artículo 2623, el cual es idéntico al Código 1884; sólo agrega, al igual que en artículos anteriores: "el autor del diseño o presupuesto", y no especifica nuevamente que debe ser un artista quien ejecute la obra. Los códigos españoles al respecto no hacen mención alguna.

¹⁷² *Idem.*

La comisión que se instauró para la redacción del Código Civil de 1870, específicamente al redactar de los artículos 2592 al 2596, tomó en cuenta que en una obra cualquiera, la parte más importante, y por decirlo así, la más noble, no consistía en la ejecución física y material, sino más bien en el ideal concebido por el artífice, quien tiene un derecho indisputable para impedir que otro se aproveche del plano o diseño que hubiera presentado.¹⁷³

Respecto al precio, el Código Civil de 1870, en su artículo 2597, introduce el principio de los aranceles y el peritaje para el caso de que no se haya fijado el precio al encargarse una obra, siempre y cuando los contratantes no se pusieran de acuerdo después. En el mismo sentido se pronuncian tanto el artículo 2478 del Código de 1884 como el 2624 del Código de 1928. Los códigos españoles al respecto no mencionan nada.

Cabe señalar que para mayor claridad respecto al precio de la obra, la Comisión redactó el artículo 2598, donde se previene el caso de que se intente aumentar el precio de la obra, cuando con posterioridad al otorgamiento del contrato sube el precio de los materiales.¹⁷⁴ Dicho artículo señala que pagado y recibido el precio, no hay lugar a reclamación, a menos que las partes se hayan reservado tal derecho expresamente. Lo mismo señala el artículo 2479 del Código Civil de 1884 y el 2628 del Código de 1928. Sobre el particular, no hacen mención alguna los códigos españoles en este estudio analizados.

En cuanto al riesgo, el Código Civil de 1870 dispone en su artículo 2599: "Si el empresario se obliga á suministrar los materiales todo el riesgo de la obra correrá por su cuenta hasta el acto de la entrega; a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla ó convenio expreso en contrario". En este caso se señala que cuando el empresario aporta los materiales, éste será quien soporte el riesgo de la obra hasta el acto de su entrega, caso en el que se entiende pasa el riesgo al dueño de la obra. El mismo artículo señala al final dos excepciones en las que pasa el riesgo al dueño de la obra: 1) Cuando haya morosidad por parte del dueño en recibirla, y 2) el convenio expreso en contrario.

¹⁷³ Exposición de motivos, *op. cit.*, nota 167, p. 94.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 114.

Es conveniente resaltar que esta disposición introduce la máxima de la libertad contractual: "el convenio expreso en contrario", que permite a las partes decidir sobre quién recaerá el riesgo de la obra. En el mismo sentido se pronuncia el Código de 1884 en su artículo 2480.

Al respecto, se pronuncia el Proyecto de García Goyena en su artículo 1530, que a la letra dice: "Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido morosidad en recibirla". El Código español de 1889 se pronuncia de igual manera en su artículo 1.589. En ambos ordenamientos se establece lo mismo que los Códigos de 1870 y 1889, excepto por lo que corresponde al "convenio expreso en contrario".

El Código de 1928 se limita en su artículo 2617 a señalar que: "Todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla, o convenio expreso en contrario". Todo ello, dado que este Código sólo contempla que el empresario sea quien ponga los materiales. Al respecto se pronuncia el artículo 1397 del Código portugués y el 1788 del francés.¹⁷⁵

La Comisión redactora del Código Civil de 1870 aclara que el empresario es quien soporta el riesgo cuando aporta los materiales por haber hecho la elección de éstos siendo perito.

Dada la posibilidad que brinda el Código Civil de 1870 de que sea indistintamente el empresario o el dueño de la obra quien aporte los materiales, en su artículo 2600 establece el caso contrario, en el que el riesgo debe ser para el dueño si él fue quien aportó los materiales. Dicho numeral señala: "Si el empresario se obliga únicamente a poner su trabajo ó industria, todo el riesgo será del dueño; 'a no ser' que haya habido culpa, impericia ó mora del primero". Esta última parte que señala *a no ser*, deslinda del riesgo al dueño en caso de culpa, impericia o mora del empresario. De ahí que el artículo 2601 precise lo que se entiende por culpa del empresario, pero de ello hablaremos enseguida. De la

¹⁷⁵ El artículo 1788 del Código francés señala: "*Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fut en demeure de recevoir la chose*".

misma forma se pronuncian los artículos 2481 y 2482 del Código Civil mexicano de 1889.

Por su parte, el Proyecto de García Goyena dispone en la última parte del artículo 1530: "...Si ha puesto solo su trabajo ó su industria, no es responsable sino de los efectos de su impericia".

Al respecto se pronuncian los artículos 1788 y 1789 franceses, 1634 y 1635 napolitanos, 1811 y 1812 sardos, 1273 y 1274 de vaud, 1641 y 1642 holandeses, 2728 y 2729 de la Luisiana.

Concuerda con las leyes 13, párrafos 5 y 6, 37, 59 y 62, título 2, libro 19 del Digesto, y con las 10 y 16, título 8, partida 5. Sin embargo, nos señala García Goyena que "...es preciso reconocer que las leyes romanas no son lo suficientemente claras en este aspecto: las 36, 37 y 59, cargan al dueño de la obra con la pérdida fortuita de la cosa, no al empresario u operario que la realiza".

Refiere García Goyena que al poner el material el empresario, no estamos en presencia de un arrendamiento, sino de una venta, como se pensaba en el derecho romano. El empresario es quien se obliga a entregar por precio determinado un resultado tanto del material como del trabajo reunido. Es, por tanto, el verdadero propietario. También agrega el autor citado que cuando se señala en el artículo "salvo si hubiere" es porque uno de los efectos de la mora es pasar el peligro de la cosa al moroso (artículo 1006). Y la parte que señala "...de los efectos de su impericia", es porque se reputa culpa el no entender o saber lo que por razón del oficio profesión debe saberse: "Si errare en ella por su culpa, ó por mengua de saber" (ley 10, de partida, la ley romana 13, párrafo 5). Y termina con el siguiente comentario: "Fuera de este caso, la pérdida del material será á cargo del que lo puso ó dio porque él es su verdadero propietario".

El proyecto de García Goyena se complementa con el artículo 1531, el cual señala: "El que se ha obligado a poner solo su trabajo ó industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, ó que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño". Lo mismo señala el artículo 1.590 del

Código Civil español de 1889. Ambos ordenamientos prohíben al empresario que no ha puesto materiales, a reclamar cualquier estipendio si se destruye la obra antes de ser entregada, pero de modo contrario se tendrá derecho, en caso de morosidad del dueño de la obra en recibirla o si debido a la mala calidad de los materiales proporcionados por el dueño se destruye la cosa.

Al respecto se pronuncian los artículos 1790 francés, hasta las palabras "con tal que, etcétera"; 1643 holandés, 1275 de vaud, 1813 sardo, 2730 de la Luisiana, 1813 napolitano. García Goyena aclara que la última parte del artículo mencionado ha sido tomada del artículo 1157 austriaco, que dice: "Si el material no era á propósito para el empleo á que se le destinaba, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, y la obra ha fallido por esta causa".

La pérdida de la obra se considera culpa del empresario cuando se ejecuta en una obra en poder del empresario o cuando la pérdida se deba a la mala calidad de los materiales si no previno al dueño de ello, siendo perito. Al respecto se pronuncian el artículo 2601 del Código Civil de 1870, que a la letra señala: "Se presume que la pérdida proviene de culpa del empresario, cuando se verifica estando aun la cosa en su poder, y lo que se destruye es su propia obra". Como podemos ver, se establece la presunción de culpa contra el empresario en caso de pérdida de la obra si ésta se hallaba en su poder cuando sucedió. También si la pérdida proviene de la mala calidad de los materiales, tomando la idea del código austriaco en cuanto a la obligación a cargo del empresario de advertir al dueño de los riesgos y la mala calidad de los materiales, lo cual exime de responsabilidad al empresario, quien entonces tiene derecho a indemnización.

El artículo 2602 indica: "Será también de cuenta del empresario la pérdida que dependa de la mala calidad de los materiales, si no previno oportunamente al dueño del riesgo a que por esa causa quedaba expuesta la obra".

El empresario tendrá derecho a una indemnización en caso de que haya prevenido al dueño de la obra de la mala calidad de los materiales y la pérdida se haya originado por la mala calidad de ellos. Esto se señala en el artículo 2603 del Código de 1870, que a la letra dice: "El empresario, en los casos en que es responsable conforme á los tres artículos anteriores no tiene derecho de exigir

ninguna indemnización; á no ser que proviniendo la pérdida de la mala calidad de los materiales, haya instruido oportunamente al dueño de esa circunstancia".

El Código de 1884 establece lo mismo en los artículos 2482, 2483, 2484. Los Códigos de 1870 y 1884 dicen lo que se entenderá por culpa e impericia del empresario, casos en que se condona la responsabilidad al dueño de la obra.

La Comisión nos recuerda en su exposición de motivos: "La elección que hace el empresario de los materiales en el artículo 2599, exija que el riesgo de la obra fuese suyo hasta el acto de la entrega; así como por el contrario en el caso del artículo siguiente el riesgo debe ser del dueño. El hecho de que el empresario de una obra se considera como perito, funda las disposiciones de los artículos 2601 a 2603".¹⁷⁶

En el proyecto de García Goyena el artículo que guarda mayor relación con los artículos antes analizados es el 1531: "Si el empresario se obliga a poner sólo su trabajo o industria y se destruye la cosa antes de haber sido entregada no puede reclamar ningún estipendio, á no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño".

Esta disposición habla de "estipendio", y no de "indemnización", como en el caso de los códigos de 1870 y 1884, que establecen la facultad del empresario para reclamar una indemnización en caso de que la pérdida de la obra se deba a la mala calidad de los materiales y de ello haya sido avisado el dueño de la obra oportunamente. En cambio, el proyecto de García Goyena indica que el empresario tendrá derecho a reclamar un estipendio si la obra se destruye en su poder y avisó oportunamente al dueño de la obra de la mala calidad de los materiales causa de la pérdida de la obra. En esto coinciden con los códigos de 1870 y 1884, y agrega el proyecto: "*a no ser que haya habido morosidad para recibirla*"; es decir, que no se haya efectuado la entrega de la obra por morosidad del mismo dueño.

El Código Civil español de 1889 dispone lo mismo que el Proyecto de García Goyena en su artículo 1.590.

¹⁷⁶ Exposición de motivos, *op. cit.*, nota 167, p. 94.

Es curioso observar que la comisión legislativa del Código Civil de 1870 explica la razón del lapso de diez años para la responsabilidad por la insubsistencia o ruina de la obra, siendo que ya lo contenía el Código francés: "diez años en vez de quince que señalaba la ley 21, título 32, partida 3a. Para acortar ese término, la comisión tuvo presente la naturaleza particular de nuestros terrenos, así como la consideración de que el plazo de diez años es más que suficiente para decidir sobre la solidez de una construcción".

La Comisión establece en el artículo 2604 que el arquitecto o empresario de un edificio, haya o no puesto los materiales, responde durante diez años, contados desde el día de la entrega de la obra, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo, a menos que el empresario o arquitecto haya dado aviso al dueño de los vicios de éste y de los materiales. Lo mismo se establece en el artículo 2485 del Código Civil de 1884. Como antecedente tenemos en el proyecto de Justo Sierra en el artículo 1625 que: "El arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo mal reconocido. Esta responsabilidad tiene lugar, respecto del arquitecto, aun cuando no haya contratado la obra por un ajuste cerrado".

Y de igual manera se establece en los artículos 1792 francés, 1277 de vaud, 1645 holandés, 1815 sardo, 1638 napolitano. Aunque el artículo 2733 de la Luisiana limita a cinco años la responsabilidad por las casas de madera, y deja en los mismos diez por las de ladrillo. Por su parte, el numeral 966 prusiano, título 11, parte 1, dice: "La responsabilidad del arquitecto por vicio de construcción se estiende á tres años; por vicios de los materiales á treinta". Las leyes 8, título 12, libro 8 del Código, y la 21, título 32, partida 3 "...estendian á quince años la responsabilidad en las obras públicas: los intérpretes por igualdad de razones las han entendido también en las obras privadas".

El proyecto de García Goyena señala en su artículo 1532 que: "El arquitecto ó empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo. Esta responsabilidad tiene lugar, respecto del arquitecto, aun cuando no haya contratado la obra por un ajuste alzado".

A continuación se analizarán los términos más importantes en los artículos analizados. En primer lugar, el término de *diez años*, que comienza a contar a partir de la entrega de la obra. La mencionada responsabilidad es "por vicio de construcción": *si operis vitio id accidit* (ley 62, título 2, libro 19, del Digesto) o "*del suelo*". La misma ley romana decidía este caso en sentido contrario, *si vitio soli id accidit, locatoris erit periculum*, de aquel para quien se hizo la obra; pero el arquitecto está obligado por su profesión a saber no sólo construir un edificio bueno o sólido, sino a conocer si el suelo podía resistir el edificio. La presunción obrará durante los diez años contra el arquitecto, salvo su derecho para probar lo contrario, y sea o no la obra a precio alzado.

El Código Civil de 1889 regula en su artículo 1591 de forma particular que:

"El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina á vicio del suelo ó de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista á las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años".

Este Código generaliza que al empresario que se le arruinase una obra por vicios en su construcción responderá por daños y perjuicios durante diez años contados a partir de que concluyó la construcción. Esta última parte quizá propició abusos a la hora de contabilizar el período de diez años, pues puede ser difícil la identificación del año a partir del cual se inicia el período de viabilidad en la responsabilidad del empresario. Además, se especifica el caso en el que la ruina se deba a vicio del suelo o de la dirección del arquitecto. Y aumenta el período de responsabilidad a quince años en caso de no cumplir exactamente con lo establecido en el contrato, peculiaridad que no fue señalada en ninguna de las legislaciones analizadas en este trabajo, y que agrava el caso de incumplimiento exacto del contrato.

El Código Civil mexicano de 1928 (influido parcialmente por sus códigos antecesores) en el artículo 2634, introduce la condición de ser recibida y aprobada la obra por el que la encargó, para que el empresario sea responsable de los

defectos que aparezcan posteriormente a la obra efecto de los vicios en su construcción y hechura, así como de la mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó, a no ser que por disposición expresa del dueño se hayan empleado materiales defectuosos, después que el empresario le haya dado a conocer sus defectos, o que se haya edificado en terreno inapropiado elegido por el dueño, a pesar de las observaciones del empresario.

De lo antes dicho se establece una excepción respecto a la venta de "una casa ya fabricada". Esto lo señala el artículo 2605, que exime al arquitecto y demás artesanos en el caso de la venta de una obra ya fabricada, esto siempre y cuando la obra haya sido entregada y pagada. Aunque deja abierta la posibilidad a las partes con algún pacto en contrario.

La Comisión, en su exposición de motivos, indica que "...si se exceptúa el caso previsto en el 2605, es porque al venderse una obra ya perfecta, sin que preceda convenio para la fabricación, toca al que la adquiere cerciorarse de su buena construcción por medio de peritos".¹⁷⁷ Lo mismo establece el Código de 1884 en su artículo 2486.

No se regula nada al respecto en el Proyecto de García Goyena ni en el Código Civil español de 1889. Y tampoco consideró relevante el legislador de 1928 regular sobre esto.

El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida puede exigir que el dueño la reciba en partes y se la pague en proporción de las que reciba. Esto se regula en el artículo 2606 del Código de 1870. Lo mismo establece el proyecto de Justo Sierra en su artículo 1626, el Código de 1884 en su artículo 2487, y el artículo 2630 del Código Civil de 1928. Y el proyecto de García Goyena en su artículo 1533 indica lo mismo que las disposiciones antes señaladas; sólo agrega que "se presume aprobada y recibida la parte satisfecha". De forma literal lo trata el Código Civil español de 1889. Al entregar las piezas o medidas, éstas deben ser pagadas en proporción que se hagan; y las pagadas en esta misma proporción se tienen por aprobadas y entregadas: *ipsa operis impletio in partes divisa est ex contractu*.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 95.

Esta situación también se regula en los artículos 1791 francés, 1637 napolitano, 1814 sardo, 1276 de vaud, 1644 holandés, 2732 de la Luisiana.

La parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño; pero no habrá lugar a esa presunción sólo porque el dueño haya hecho adelantos a buena cuenta del precio de la obra, si no se expresa que el pago se aplica a la parte ya entregada. Esto se regula en el artículo 2607 del Código de 1870, lo mismo se establece en los artículos 2488 del Código de 1884 y en el 2631 del Código de 1928. Al respecto, también se ocupan de esa disposición el artículo 1791 francés, el 1637 napolitano, el 1814 sardo, y el 1276 de vaud. Y no la contemplan ni el Proyecto de García Goyena ni el Código Civil español de 1889.

El artículo 2608 completa la regulación del artículo anterior, al señalar que "...lo dispuesto anteriormente no se observará cuando las piezas que se manden construir, no puedan ser útiles sino formando reunidas un todo". Exactamente lo mismo regula el artículo 2489 del Código de 1884 y el 2632 del Código de 1928. En cambio, ni el Proyecto de García Goyena ni el Código español de 1889 mencionan nada al respecto.

Se sigue recurriendo al juicio de peritos, cada vez con mayor frecuencia: con respecto al plazo, se afirma en el artículo 2609 del Código de 1870 que "...si no se ha fijado aquél en que deba construirse, se entenderá concedido el que razonablemente fuere necesario para ese fin, a juicio de peritos". Lo mismo regula el artículo 2490 del Código de 1884. Lo antes analizado no fue regulado en el Código de 1928; ni en el Proyecto de García Goyena, ni en el Código Civil español de 1889.

La mora del empresario genera la obligación a su cargo de indemnizar por daños y perjuicios. Esto lo contempla el artículo 2610 del Código de 1870. Lo mismo contempla el artículo 2491 del Código de 1884. Sin embargo, el Código de 1928 no señala nada al respecto (aunque podía estar implícito en otras disposiciones) Y tampoco hacen mención alguna los códigos españoles.

Respecto al aumento del precio de la obra, el artículo 2611 del Código de 1870 dispone que: "El empresario que se encarga de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho de exigir después ningún aumento, aunque

lo haya tenido el precio de los materiales ó el de los jornales". De una forma literal se establece en el artículo 2492 del Código de 1884, y en el 2626 del Código de 1928. Lo anteriormente expuesto también se observará cuando haya habido algún cambio o aumento en el plano, a no ser que sean autorizados por escrito por el dueño y con expresa designación de precio. Esto lo regula el artículo 2612 del Código de 1870, y lo mismo establecen el numeral 2493 del Código de 1884 y el artículo 2627 del Código de 1928. El proyecto de García Goyena, en su artículo 1534, comprende lo señalado por los dos artículos mencionados en los códigos mexicanos, el cual a la letra dice: "El arquitecto ó empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales ó materiales; ni tampoco aunque se haya hecho algún cambio ó aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario". El Código Civil español de 1889 varía un poco la redacción del artículo que regula el precio. Dispone en el artículo 1,593: "El arquitecto ó contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio ú otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir un aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales ó materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario". Como podemos notar, el Código Civil 1889 establece exactamente lo mismo; sólo varía su redacción.

De esto también hablan el artículo 1793 francés, el 1639 napolitano, el 1816 Sardo, y el 1646 holandés, 1278 de Vaud, 2734 de la Luisiana; pero el numeral 2735 exceptúa dos casos: "1o. Cuando el cambio ó aumento es bastante considerable para que no se pueda suponer que el propietario no ha tenido conocimiento de él; 2o. Cuando el cambio ó aumento era necesario, y había sido imprevisto".

Cabe señalar que han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, so pretexto 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, expresa o tácitamente, aunque no por escrito. Los arquitectos invocaban la máxima constante de derecho, que dice nadie debe enriquecerse a expensas de otro; 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 nuevos y mayores desembolsos. El artículo previene estos abusos con la prueba escrita que exige del consentimiento del propietario. De negarse en un caso extraordinario, un razonable aumento del precio, podría el arquitecto recurrir al juez para obtenerlo. La Comisión desechó esta opinión: habrá, pues, de estarse al texto literal y perentorio del artículo.

En cuanto a la prohibición de aumento al precio en obras de edificación, se establece la misma en relación con obras pactadas a precio determinado. Se agrega en el artículo 2613 del Código de 1870 que esta disposición prohibitiva no comprende al empresario, que sólo pone su industria o trabajo: las variaciones que se hagan al plano y la diferencia de los precios serán, en este caso, exclusivamente de cuenta del dueño de la obra. De la misma forma se pronuncia el Código de 1884. El Código de 1928 no hace mención sobre el tema. El proyecto de García Goyena ni el Código Civil español establecen nada al respecto.

El que se obliga a hacer una obra por ajuste cerrado debe comenzar y concluir en los términos designados en el contrato; y en caso contrario, en los que sean suficientes una vez más a juicio de peritos. En relación con lo anterior, el Digesto¹⁷⁸ establece que si no fue determinado en el contrato el tiempo para concluir y entregar la obra, ésta podía ser establecida por arbitrio de buen varón o peritos.¹⁷⁹

El artículo 2614 del Código de 1870 señala que el que se obliga a hacer una obra por ajuste cerrado debe comenzar y concluir en los términos designados en el contrato; y en caso contrario, en los que sean suficientes a juicio de peritos.

¹⁷⁸ La Ley 8, párrafo 1, título 2, libro 19, 14, 15, 73 y 98, párrafo 1, título 1, libro 49 del *Digesto*.

¹⁷⁹ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, t. III, p. 489.

Lo mismo establece el Código de 1884 en su artículo 2495, y en el artículo 2629 del Código de 1928. No se menciona nada en los códigos españoles aquí analizados.

También ha de regularse por arbitrio de buen varón o peritos el tiempo para concluir y entregar la obra, si no se determinó en el contrato (leyes 8, párrafo 1, título 2, libro 19, 14, 15, 73 y 98, párrafo 1, título 1, libro 49, del Digesto).¹⁸⁰

Se continúa con la confusión respecto al mandato y la prestación de servicios: en el artículo 2615 del Código de 1870 se establece: "El empresario por sueldo u honorario no está obligado a concluir la obra sino a voluntad del dueño con tal que el tiempo que se fije sea bastante." De forma literal se pronuncia el Código de 1884 en su artículo 2496. Esta disposición no se encuentra contemplada ni en el Código de 1928 ni en el proyecto de García Goyena ni en el Código español aquí analizado.

Otra adición a la regulación de este contrato consiste en que quien se encarga de la ejecución de una obra no puede hacerla ejecutar por otro, a menos que se haya pactado así o que el dueño lo consienta. En estos casos la obra se efectuará siempre bajo la responsabilidad del empresario. Esta lo contempla el artículo 2616 del Código de 1870, así como el artículo 2497 del Código de 1884, que es una trascripción literal del artículo del Código de 1870, al igual que el Código de 1928, que es una copia de los artículos antes mencionados. Al respecto, no se pronuncian ni el Proyecto de García Goyena ni el Código Civil español de 1889.

Por lo que se refiere al desistimiento unilateral del dueño, el Código de 1870, en su artículo 2617, señala que el dueño de una obra ajustada por un precio fijo puede desistir de la empresa comenzada con tal que indemnice al empresario de todos sus gastos y trabajo, y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra. De una manera idéntica lo regulan los artículos 2498 del Código de 1884 y el artículo 2635 del Código de 1928.

El Proyecto de García Goyena dispone en su artículo 1535 que: "El dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 805.

empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella". Lo mismo regula el Código Civil español en su artículo 1.594.

Los artículos que regulan ese mismo caso son el 1794 francés, el 1817 sardo, el 1640 napolitano, el 1647 holandés, el 1279 de Vaud, el 2736 de la Luisiana. El artículo 7o. bávaro, capítulo 6, libro 4, dice en general: "El que ha arrendado los servicios ó trabajos, y se niega á dejarlos terminar, debe pagar el precio por entero".

Ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra; y al mismo tiempo se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en extremo dispendiosos. Puede también ocurrir que la obra no le sea ya útil ni necesaria.¹⁸¹

Parecerá justo si se atiende a que el empresario ha perdido en el caso de suspensión de la obra, no sólo el tiempo y su trabajo, sino acaso también la oportunidad de emplear su aptitud en otra empresa u obra.

Y se agrega en el artículo 2618 que: "Al que se ajustó por honorarios, sólo se abonarán, además de los vencidos, los que correspondan a un mes contado desde la suspensión de la obra". Lo mismo establece el Código de 1884 en su artículo 2499. Y no mencionan nada al respecto el Código de 1928 ni el Proyecto de García Goyena ni el Código Civil español de 1889.

Una vez pagado al empresario lo que le corresponde, según los artículos 2617 y 2618, el artículo 2619 del Código de 1870 señala que el dueño queda en libertad de continuar la obra empleando a otras personas, aun cuando se siga la ejecución conforme al mismo plano o diseño. De manera literal establece en los artículos 2500 del Código de 1884 y 2,637 en el Código de 1928. No se regula una disposición parecida ni en el Proyecto de García Goyena ni en el Código español de 1889.

En cuanto a la terminación por muerte del empresario, el Código de 1870 dice en su artículo 2620, que el contrato "podrá rescindirse". Y el dueño

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 803.

indemnizará a los herederos de aquél, del trabajo y gastos hechos. Lo mismo se dice en los artículos 2501 del Código de 1884 y el artículo 2638 del Código de 1928.

Al respecto, el proyecto de García Goyena establece en su artículo 1536: "Cuando se ha encargado cierta obra á una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona, pero nunca por la muerte del que encargó la obra".

Sin embargo, éste debe abonar en el primer caso a los herederos, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio.

Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad. Lo mismo dispone el Código español de 1889 en su artículo 1.595.

Los artículos que regulan al respecto son el 1795 y 1796 franceses, el 1818 y 1819 sardos, el 1841 y 1842 napolitanos, el 1648 y 1649 holandeses, el 1280 y 1281 de Vaud, el 2737 y 2738 de la Luisiana: aunque no expresan calidades personales, ni contienen el párrafo tercero del artículo 1595 del Proyecto.

Al igual que en el proyecto de García Goyena, se extiende la causal a circunstancias ajenas a la voluntad del empresario, que impidan el continuar con la ejecución de la obra. Además, en el Código de 1870 ya no se contempla que el pago del trabajo o materiales puestos en la obra dependa de la utilidad que hayan reportado al dueño. Así, el artículo 2621 del Código de 1870 señala que: "La misma disposición tendrá lugar si el empresario no puede concluir la obra por alguna causa independiente de su voluntad". Lo mismo establecen los artículos 2502 del Código de 1884 y el artículo 2, 639 del Código de 1928.

El proyecto de García Goyena regula en la última parte del artículo 1536 lo relacionado con esta disposición, el cual a la letra dice: "Lo mismo se entenderá, si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad". Lo mismo dispone el Código Civil español de 1889 en su artículo 1.595.

El Código de 1870 señala en su artículo 2622 que: "Si muere el dueño de la obra, no se rescindirá el contrato, y sus herederos serán responsables del

cumplimiento para con el empresario". De la misma forma se pronuncian el artículo 2503 del Código de 1884 y el 2640 del Código de 1928.

Esto mismo establece el Proyecto de García Goyena en su artículo 1536 en su primer párrafo, el cual ya fue transcrito anteriormente. De la misma manera, lo contempla el Código Civil español de 1889, que regula exactamente lo mismo que el Proyecto.

Conserva la acción de los trabajadores y suministradores de la obra contra el dueño hasta por lo que alcance el empresario, una vez terminada la obra. Esto lo señala el artículo 2623 del Código de 1870, que señala: "Los trabajadores por cuenta del empresario ó le suministren material para la obra, no tendrán acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que alcance el empresario, terminada la obra". El Código de 1884 hizo una copia literal del Código de 1870 en su artículo 2504, y el Código de 1928 hace una transcripción literal también en su artículo 2641; sólo deja de mencionar la última parte de la disposición, que aclara que debe ser una vez "*terminada la obra*".

Al respecto se pronuncia el Proyecto de García Goyena en su artículo 1538, que a la letra dice: "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por un empresario, no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta en la cantidad que éste adeude al empresario, cuando se hace la reclamación". Lo mismo dispone el artículo 1597 del Código Civil español de 1889.

Lo mismo es tratado por los artículos 1798 francés, 1821 sardo, 1651 holandés, 1844 napolitano, 1283 de vaud, y 2741 de la Luisisana; pero en el 2745 se añade que los pagos anticipados por el dueño al destajista se consideran como no hechos respecto de los operarios: disposición dura, cuando la anticipación fue de buena fe, y ésta debe presumirse.

En los comentarios al proyecto, García Goyena comenta que: El artículo es una excepción al rigor y disposiciones generales de derecho: no habiendo contratado sino con el empresario, contra este solo deberían dirigir su acción; pero la equidad no permite que el empresario se enriquezca á expensas de los que,

bajo su garantía, contribuyeron á la ejecución de la obra. Este favor de la ley no debía ir, ni va perjudicar al propietario, que ha pagado por entero al empresario.¹⁸²

El empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra; esto lo dispone el artículo 2624 del Código de 1870. Y copias literales han sido tanto los artículos 2505 del Código de 1884, y el 2642 como del Código de 1928. La misma disposición la contenía el proyecto de Justo Sierra en su artículo 1630, y el proyecto de García Goyena en su artículo 1537, así como el artículo 1797 francés, el 1820 sardo, el 1843 napolitano, y el 1650 holandés, 1282 de Vaud, 2739 de la Luisiana. El Código español de 1889 señala lo mismo en su artículo 1.596, sólo que usa el término "contratista" en lugar de "empresario"; en todo lo demás establece lo mismo.

El artículo 2625 del Código de 1870 señala que: "Si la obra no se hiciere en los términos convenidos, ó si se pactó hacerla á entera satisfacción del dueño, se observará lo dispuesto en el capítulo 2o., título 3o., libro tercero, del Código Civil de 1870 relativo a la prestación de hechos." Lo mismo trata el artículo 2506 del Código de 1884. Sin embargo, el Código de 1928 fue influido parcialmente en su artículo 2643, el cual señala que: "Cuando se conviniere en que la obra deba hacerse a satisfacción del propietario o de otra persona, se entiende reservada la aprobación, a juicio de peritos".

Seguramente el Código de 1928 fue influido por el Proyecto de García Goyena, pues el artículo 2643 es una trascripción literal del artículo 1539 del Proyecto de García Goyena. Lo mismo establece el Código Civil español de 1889 en su artículo 1598, sólo agrega: "Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará á lo que éste decida".

En el caso en que se deje la aprobación a arbitrio del propietario, García Goyena comenta en las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, que:

Cierto es que no puede dejarse al arbitrio del deudor si ha de quedar ó no obligado, leyes 7, título 1, libro 18, y 17, título 1, libro 45 del Digesto (artículo 979), ni al de los contrayentes la fijación del precio, ley 35, párrafo 1, título 1 de dicho

¹⁸² *Ibidem*, p. 804.

libro 18, artículo 1371; pero cuando precede una obligación pura y eficaz, y aun en otros casos, el arbitrio de uno de los contrayentes equivale al arbitrio de buen varón ó de peritos, *ad boni viri arbitrium ea res reeligenda est*, leyes 6, título 2, libro 17, la mencionada 7, título 1, libro 18 del Digesto: *videtur boni viri arbitrium interpositum esse*, ley 3, título 11, libro 5 del Código.¹⁸³

Ya se permite convenio en contrario con respecto al pago, que debe efectuarse a la entrega de la obra. Esto lo establece el artículo 2626 del Código de 1870, copia literal del artículo 2507 del Código de 1884. Lo trata también de forma literal el Código de 1928 en su artículo 2625. De esto también hablan el proyecto de Justo Sierra en su artículo 1633, el cual se distingue porque al inicio del artículo menciona que si no hubiese pacto o uso local en contrario, el precio deberá pagarse a la entrega de la obra. Disposición que seguramente fue influenciada por el artículo 1540 del Proyecto de García Goyena, que es una copia literal de éste. El Código español de 1889 en su artículo 1.599 es una copia literal del Proyecto Goyena.

El artículo 9o. bávaro, capítulo 6, libro 4, dice: "Si no hay cláusula contraria, el precio del arriendo de obra no se paga sino después del fin del trabajo; pero si la empresa es de larga duración ó exige trabajos extraordinarios, ha lugar á realizar pagos parciales"; nuestro artículo es más expreso y previsor, pues recurre al pacto, y en su defecto a la costumbre, salva siempre la disposición del artículo 1533.

Un aspecto importante es lo consistente en el otorgamiento de la facultad de los operarios sobre cosa mueble, de retenerla hasta su pago, conjuntamente a un derecho de preferencia en la liquidación de su crédito. El Código de 1870 establece en su artículo 2627 que el "Constructor de cualquiera obra mueble, tiene derecho de retenerla mientras no se le pague el precio, y goza de la preferencia que le concede el artículo 2080 el cual señala que se "Tiene privilegio en los muebles que se hallen en poder del deudor, el que reclame su precio, si lo hace dentro de los tres meses siguientes á la venta". Lo mismo establece de forma literal el Código de 1884 en su artículo 2508.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 805.

Por lo que podemos, ver el Proyecto de Justo Sierra fue importantemente influenciado por el proyecto de García Goyena, y esto lo notamos nuevamente en el artículo 1634 del proyecto de Sierra, que es una transcripción literal del artículo 1541 del proyecto de Goyena, que simplemente a la letra dice: "El que ha ejecutado una obra sobre cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague". Se considera ésta una innovación del Proyecto de García Goyena de gran importancia, porque representa el derecho a conservar en calidad de prenda la obra mueble realizada a favor del operario, que según comentario de García Goyena fue tomada del Código holandés. El Código Civil español 1889 prevé lo mismo en su artículo 1.600.

En cambio, el Código de 1928 en su artículo 2644, regula en su primera parte lo mismo, y termina con la siguiente especificación: "su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra".

Y en su última disposición el Código de 1870, en su artículo 2628, establece que se debe responsabilizar al empresario por la observancia de las leyes de policía y el pago de las multas que se lleguen a imponer. Dice el precepto: "El perito que construye, sea por ajuste cerrado, sea por honorario, responde de que la obra está conforme á las leyes de policía, y paga las multas que por ellas se imponen". Exactamente lo mismo establece el artículo 2509 del Código de 1884.

El Código de 1928, con una redacción diferente, regula lo mismo en su artículo 2645, el cual establece que "Los empresarios constructores son responsables, por la inobservancia de las disposiciones municipales o de policía y por todo daño que causen a los vecinos".

Esta disposición habla de la responsabilidad de los empresarios, y no hace distinción alguna sobre el tipo de construcción, ya sea por ajuste cerrado o por honorario, lo cual considero un acierto, pues dicha distinción estaría de más. Este artículo menciona dentro de las disposiciones que se deben observar, las municipales, a diferencia de los otros códigos, y agrega que deben también responder de todo daño que causen a los vecinos.

Y sobre el particular no se pronuncian ni el Código Civil español de 1889 ni el Proyecto de García Goyena.

II. EL CONTRATO DE OBRAS A DESTAJO O PRECIO ALZADO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1928

El contrato de obra a precio alzado tiene su antecedente en el derecho romano, considerado como arrendamiento de servicios. Pertenece al grupo de los llamados contratos de trabajo o de gestión, y corresponde sustancialmente a la *locatio conductio operis* del derecho romano, en el que se atendía al resultado del trabajo más que al trabajo mismo.¹⁸⁴

En el derecho moderno se le denomina "contrato de arrendamiento de industria"; así lo hacen Colín y Capitant; "contrato de ejecución de obras", como lo llama el Código de Obligaciones para la Zona del Protectorado de España en Marruecos; "contrato de empresa", en el Código suizo y en el francés, o contrato de obras a precio alzado" en el Código Mexicano de 1928.

Los artículos 2618 y 2629 del Código Civil para el Distrito Federal lo llaman "por ajuste cerrado", y cuando la remuneración se paga al empresario de acuerdo con el número de unidades de que se componga la obra o conforme a las partes de la obra que vaya terminando principalmente el empresario, se le denomina "contrato a destajo"; es decir, cuando el precio se paga por piezas o por medida, esto es, por unidad terminada (artículos 2630 y 2636 del Código Civil).

En el derecho mexicano, el contrato de obra a precio alzado es considerado con total independencia del contrato de arrendamiento. Se regula dentro del título décimo, denominado "Del contrato de prestación de servicios", del libro cuarto "De las obligaciones", a diferencia del Proyecto de García Goyena y el Código Civil español de 1889, en los cuales se regula dentro del apartado del contrato de arrendamiento.

En el ámbito procesal ha surgido la interrogante sobre la vía en que debe demandarse el contrato que nos ocupa, es la vía civil o la mercantil. Se cuestiona sobre si es un contrato civil por ser el Código Civil el que lo regula o un contrato mercantil, por ser de ordinario una empresa, una de las partes del contrato; algunos tribunales suelen considerarlo como contrato mercantil (Artículo 75-VI del

¹⁸⁴ Sánchez Medal, *Apuntes de derecho civil*, México, 1972, p. 439.

Código de Comercio), o al menos como contrato mixto: mercantil para el empresario, y civil para el dueño de la obra (artículo 1050 del Código de Comercio). Empero, esta concepción está en contra del criterio del Tribunal de Circuito (Amparo directo 1637/90. Ingeniería y Construcciones T. H., S.A de C.V. 31 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Anastasio Martínez García),

CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO, SU CUMPLIMIENTO DEBE DEMANDARSE EN LA VÍA CIVIL: El contrato de obra a precio alzado es un acto de carácter civil por su propia naturaleza, ya que el mismo se define y reglamenta en el Código Civil, y a lo que debe atenderse es a la naturaleza de ese acto y no a la calidad de los sujetos contratantes ni al fin que se persiga con la obra respectiva, pues si bien es cierto que en las operaciones efectuadas entre comerciantes, tienen la presunción de ser actos mercantiles, no por ello se debe cambiar la esencia jurídica de un acto que es esencialmente civil, por disposición expresa de la Ley, es decir, no deben tomarse en cuenta presunciones para adecuar un acto en la Ley mercantil, si del mismo acto queda claro que su naturaleza es civil, por estar expresamente reglamentado en el Código Civil.¹⁸⁵

Este contrato no deja de ser un contrato civil, aunque se ejecute por una empresa de construcciones (artículo 75-VI, Código de Comercio), y ésta sea considerada como un comerciante. La Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide en varios de sus criterios al confirmar que "...la naturaleza civil de un contrato no se altera por el solo hecho de que los contratantes sean comerciantes, ya que el contrato puede ser considerado como acto de comercio únicamente cuando se realiza con fines de especulación comercial en los que se involucra su objeto, de ahí que tratándose de contratos que no revisten esas características, las diferencias que de ellos se originen deberán ventilarse conforme a la ley civil".

De todo lo anterior se desprende que el contrato de obra a precio alzado es un contrato civil pues emana de una ley civil, no obstante que alguna de las partes o ambas partes se dediquen al comercio; por ende, la vía idónea debe ser la civil.

¹⁸⁵ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, segunda parte 2, julio a diciembre de 1990, p. 492.

1. Definición

Un tribunal colegiado de circuito en una de sus tesis aisladas, indica que:

"De acuerdo con la doctrina el contrato de obra a precio alzado, se configura cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra, una obra derivada de su trabajo o del auxilio de otras, proporcionando los materiales necesarios, entre tanto, la segunda se compromete a pagar por ello una cantidad de dinero; en cuya virtud, lo fundamental del convenio es la obra y la actividad, y lo secundario serían los materiales utilizados..."¹⁸⁶

Esta tesis aislada refleja la naturaleza del contrato de obra a precio alzado y lo define incorporando sus elementos esenciales.

Si nos basamos en el Código Civil, el contrato de obra a precio alzado es aquel en el cual una de las partes, llamada "empresario", se compromete a ejecutar una obra bajo su total dirección y materiales, por un precio determinado que está obligado a pagar la otra parte.

Ramón Sánchez Medal define a este contrato de obras a precio alzado o por ajuste cerrado, como aquel contrato por el que una persona llamada "empresario", se obliga a ejecutar, bajo su dirección y con materiales propios, una obra que le encarga otra persona llamada "dueño de la obra", la cual se obliga a pagarle un precio global (artículos 2616 y 2625).¹⁸⁷ Esta definición coincide con lo establecido para el contrato de obra a precio alzado en el Código Civil.

Por otra parte, Bernardo Pérez Fernández del Castillo define al contrato de obras a precio alzado como aquel por virtud del cual una persona denominada "empresario" o contratista, se obliga a realizar y transmitir a otra, llamada "dueño", una obra con materiales propios y bajo su dirección, tomando a su cargo el riesgo de la misma, en tanto este último se obliga a pagar una remuneración.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, t. II, 94 L, p. 839.

¹⁸⁷ Artículo 2616 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "El contrato de obras a precio alzado, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales".

Y el artículo 2625, que señala: "El precio de la obra se pagará al entregarse ésta, salvo convenio en contrario".

¹⁸⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contrato civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994. p. 283.

Francisco Lozano Noriega lo define como "...aqueel por virtud del cual una de las partes llamada empresario, a cambio de una remuneración que se obliga a cubrirle la otra, se compromete a realizar una obra en un bien inmueble o mueble poniendo los materiales necesarios y tomando a su cargo el riesgo de la ejecución de la obra".¹⁸⁹ En esta definición, el autor ya menciona que el contrato de obra, puede ser de obra mueble o inmueble, a pesar de que el Código Civil dedica el capítulo III del título décimo del contrato de prestación de servicios al contrato de obra sobre bien inmueble, pues sólo hace mención del contrato de obra sobre bien mueble en uno de sus artículos el 2644, basándonos en esto, afirmamos que la regulación que hace del contrato de obra a precio alzado, es enfocada al contrato de obra sobre bien inmueble aunque esto no quiere decir que el contrato de obra debe ser únicamente para bienes inmuebles pues debe también corresponder a los muebles, pero para ello, debe fortalecerse la regulación sobre estos bienes.

El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez define al contrato de obra a precio alzado "...como aquél por el que el empresario se obliga a dirigir una obra de la que otro es el dueño y a poner los materiales para la misma con la asunción por su parte del riesgo de la obra hasta que la entrega a su dueño y a cambio de la obligación de éste de cubrir por ello una remuneración total al primero".¹⁹⁰ Esta definición, nos aclara que el empresario no es el dueño de la obra, y que por tanto no tiene por qué transferirla; sin embargo sigue considerando que el empresario es quien pone los materiales y quien correrá con el riesgo de la obra hasta el acto de entrega.

No se ha mencionado, ni por parte de la doctrina ni por la legislación, con claridad que al hablar del contrato de obra estamos ante un contrato de obra sobre bien inmueble; sin embargo, hay un amparo directo 362/88. Joel Guillermo Ojeda Muñoz. 11 de agosto de 1988. OBRA A PRECIO ALZADO, CONTRATO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES), el cual señala que: "Conforme al artículo 2491 del Código Civil para el Estado de Aguascalientes, debe estimarse que hay

¹⁸⁹ Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil, contratos*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1970, p. 492.

¹⁹⁰ Domínguez Martínez, Jorge A., *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, México, Porrúa, 2000, p. 639.

contrato de obra a precio alzado, cuando se den los elementos para la existencia del contrato, como son: el inmueble objeto del contrato, las obras a realizar, el precio a pagar y la fecha límite de entrega".¹⁹¹ Esta tesis aislada coloca al inmueble como elemento de existencia del contrato de obra a precio alzado. Esto nos muestra que hay un Estado que concibe al contrato de obra como un contrato de obra sobre bien inmueble.

Una vez analizadas las anteriores definiciones, concluimos con nuestra propia definición de contrato de obra a precio alzado *como aquel acuerdo de voluntades por virtud del cual, una de las partes contratantes denominada "Empresario". se obliga a ejecutar una obra bajo su total dirección, en un inmueble propiedad del dueño de la obra, con materiales ya sean propios o del dueño de esta, según se haya convenido. Por su parte, el dueño de la obra será quien se haga cargo del riesgo de la obra. Y en caso de pérdida de los materiales, quien los haya colocado, si aún no han sido incorporados a la obra. Asimismo, el dueño de la obra será quien se obligue a pagar como contraprestación, un precio determinado por la obra*

2. Características

El contrato de obra a precio alzado puede ser clasificado en: *a)* principal, *b)* bilateral (artículo 1836), *c)* oneroso (artículo 1837), *d)* conmutativo (artículo 1838), *e)* formal - consensual, *f)* de tracto sucesivo. *g)* *intuitu personae* y, en ocasiones, de *h)* adhesión.

a) Principal. Por tener vida propia y para su validez y existencia no depende de otro contrato; *b) Bilateral.* Porque existen obligaciones para ambas partes; para el empresario realizar la obra con materiales propios para después transmitirla, y para el dueño pagar la remuneración; *c) Oneroso,* toda vez que los provechos y los gravámenes son recíprocos; *d) Conmutativo.* Las partes pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causará el contrato; *e) Formal* y debe constar por escrito incluyéndose en él una descripción pormenorizada

¹⁹¹ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, segunda parte, julio a diciembre de 1988, p. 361.

cuando la obra se refiere a bienes inmuebles y el valor de la obra exceda de cien pesos (artículo 2618), y *Consensual* o informal en los demás casos (artículo 1832). Sin embargo, en todo caso la modificación posterior del proyecto de la obra encomendada o del precio prometido deben hacerse constar por escrito (artículo 2627); f) *De tracto sucesivo*. Esto es, porque las obligaciones del empresario se cumplen en un periodo de tiempo y no en forma instantánea; g) *Intuitu personae*. En el contrato de obra a precio alzado, la calidad de la persona del empresario es un elemento importante, si el dueño de la obra hizo la contratación con razón en las habilidades personales y profesionales del empresario. Por eso, a la muerte del empresario el dueño de la obra podrá rescindir el contrato (artículo 2638). Si el empresario fue contratado por sus cualidades profesionales debe ejecutar personalmente la obra, y no puede hacerla ejecutar por otro, a menos que se haya convenido expresamente por las partes que un tercero intervenga en la realización de la obra o el dueño así lo consienta, el empresario está obligado a vigilar personalmente la ejecución que el tercero haga de la obra. Toda ejecución será bajo la responsabilidad del empresario (artículos 2633-2642). Y la práctica en contrario puede ser motivo de rescisión o nulidad del contrato, según el caso; h) *De adhesión*. En los contratos de adhesión se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido.¹⁹² Por lo regular, los grandes empresarios suelen tener ya elaboradas formas muy detalladas de contratos, con condiciones generales del mismo y a las que sólo les falta por llenar unos cuantos datos concretos y sujetos a discusión entre las partes.

Podríamos establecer como datos distintivos del contrato de obra a precio alzado que el dueño de la obra es quien pone la materia principal para la ejecución de la obra (el inmueble comúnmente, o el mueble según sea el caso), y el empresario es quien coloca los materiales accesorios necesarios para su realización, aunque nada impide que se establezca en el contrato que sea el

¹⁹² En la Ley de Protección al Consumidor en su artículo 4o. se regula en forma expresa este contrato: "...los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte para aceptarlo, pueda discutir su contenido". *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 840.

dueño de la obra quien los ponga; además, se encarga de dirigir la ejecución de la obra, y una de las características más importantes de este tipo de contratos es que el motivo determinante de la voluntad del dueño de la obra para celebrar este tipo de contratos es la actividad personal e individual del empresario, y no simplemente la adquisición de la obra.

3. Partes

Las partes en un contrato pueden ser denominadas de diversas formas, dependiendo del país, del autor, de infinidad de factores, todos por lo regular subjetivos. Ejemplo de ello es este contrato, en el que al empresario también se le ha llamado "contratista", y al comitente, capitalista, propietario, dueño de la obra.

El Código Civil llama "empresario", a aquella parte del contrato que realiza la obra, y "dueño de la obra" a quien la encarga y se obliga a pagar por ella un precio determinado.

Siendo el empresario quien se obliga a ejecutar la obra con materiales propios, bajo su total dirección, corriendo con el riesgo, a favor de la otra parte, llamada "dueño de la obra", quien encarga la obra y se obliga a pagar por ella un precio determinado.

Para celebrar este contrato basta la capacidad general, señalada en el artículo 1798, que dice que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley; es decir, aquellas personas señaladas por las reglas generales de capacidad como incapaces, enumeradas en el artículo 450 del Código Civil. No obstante, según Pérez Fernández del Castillo, es posible que se requiera una capacidad especial por parte del empresario, en un momento determinado, como ser propietario de los materiales.¹⁹³ Aunque, si tomamos en cuenta que el empresario puede proveer parte o la totalidad de los materiales accesorios en caso de ser así convenido en el contrato debemos tomar en cuenta que, no necesariamente deben ser propiedad del empresario pues pueden adquirirse con posterioridad a la ejecución de la obra. No obstante, el dueño de la

¹⁹³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, nota 188, p.286.

obra sí debe ser propietario del inmueble donde se construirá la obra, o al menos debe tener un derecho de disposición del inmueble. Por ejemplo, en el caso en el que el dueño de la obra encargue la realización de una obra sobre un bien inmueble o cuando un inquilino de un terreno encarga una determinada construcción, autorizado por el propietario del terreno, en este caso dicho dueño de la obra debe tener, además de la capacidad general, la calidad de propietario o el derecho de poder disponer del inmueble en cuestión; es decir, debe estar legitimado para encomendar dicha obra en el inmueble de que se trata. La falta de este derecho a poder disponer del inmueble haría nulo el contrato, porque tendría por objeto un hecho ilícito, violatorio del derecho de propiedad de un tercero. Sin embargo, en este caso, si el que encargó la obra actuó de mala fe con el empresario, deberá indemnizar a éste por los daños y perjuicios causados (artículos 900 a 905 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por excepción el empresario puede ser un menor de edad, que cumpla con la capacidad para celebrar este contrato, siempre y cuando la obra por ejecutar corresponda a la profesión o arte en que es perito el menor empresario (artículo 639 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cuando la obra por realizar suponga conocimientos técnicos propios de una profesión para cuyo ejercicio se requiera título por la ley de la materia (artículo 2o. y segundo transitorio de la Ley de Profesiones), es necesario que el empresario o contratista, además de la capacidad general para contratar (artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal), tenga ese título profesional, dado que se entiende por ejercicio profesional "...la realización habitual de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión" (artículo 25 de dicha Ley), y es indudable que la ejecución de la obra en esta clase de contrato se realiza ordinariamente por el empresario o contratista a través de una serie continuada de actos.

4. Objeto

Para conocer el objeto del contrato que nos ocupa es importante recordar las distintas opiniones que han surgido en la doctrina sobre éste. Pérez Fernández del Castillo agrupa dentro del objeto del contrato al objeto jurídico directo y al indirecto, entendiendo por objeto directo, a la creación de obligaciones; y al indirecto, el hacer y el dar. El hacer es llevar a cabo la obra; en tanto que dar significa transmitir su propiedad. Por otra parte, Miguel Ángel Zamora y Valencia también clasifica al objeto del contrato en directo e indirecto, aunque difiere de la opinión anterior, y precisa que el objeto directo del contrato es la conducta, la cual puede manifestarse como una prestación, que puede ser un dar o un hacer, o como una abstención representada por un no hacer, y que el objeto indirecto del contrato será la cosa como contenido del dar (que debe ser posible), el hecho como contenido del hacer (que debe ser posible y lícito); y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita), y puntualiza que ni la creación ni la transmisión de derechos y obligaciones pueden ser objeto del contrato, pues dichas situaciones son la consecuencia o resultado del propio contrato como acto jurídico que motivó o actualizó un supuesto de derecho. Y continúa diciendo que tal vez la confusión se deba a que tales consecuencias son la razón de ser de los contratos y el motivo que impulsa a las personas a vincularse jurídicamente, considerando la creación y la transmisión de derechos y obligaciones como el objeto directo de los contratos.¹⁹⁴ Y agrega que el equívoco también puede tener su origen en los términos de objeto, que es la conducta y objetivos o finalidades del contrato, que son los de producir las consecuencias consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones. Por lo que insiste Zamora y Valencia, que la creación y transmisión de derechos y

¹⁹⁴ "...conforme a la definición legal del contrato (artículo 1793) el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos (sean éstos reales o personales); pero por una elipsis que viene desde el Código de Napoleónico, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto o mediato del contrato puede ser o la prestación de una cosa (artículo 2011) o la cosa misma (artículo 1824-I); o bien, la prestación de un hecho (artículos 2027 y 2028) o el hecho mismo (1824-II)". Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.

obligaciones son consecuencias del contrato, pero nunca su objeto. Sin embargo, esta distinción entre objeto directo e indirecto no parece tan útil, si consideramos que el objeto del contrato es la creación de obligaciones, *no abstractas*, sino la obligación de dar, hacer o no hacer; visto de esta manera, el objeto del contrato que nos ocupa sería por parte del empresario, la ejecución de la obra, conforme a lo establecido por el contrato, y por parte del dueño de la obra, el pago del precio convenido.

Y conforme a lo señalado por Zamora y Valencia, el contrato de obra a precio alzado tendría tanto un objeto directo como un indirecto, siendo su objeto directo en él, la conducta debida que las partes han de realizar como consecuencia del contrato, por parte del empresario, la realización de la obra especificada, y, por parte del dueño de la obra, el pago del precio convenido. Y en cuanto al objeto indirecto, es decir, la cosa o acción sobre la que recae la conducta, es la obra y el precio convenido.

La obra debe ser física y jurídicamente factible (artículos 1827 y 1828 del Código Civil para el Distrito Federal). Existe imposibilidad física cuando el objeto no puede realizarse por ser incompatible con las leyes de la naturaleza o no sería posible jurídicamente; por ejemplo: la construcción de una casa o de un edificio en contravención al correspondiente reglamento administrativo de la construcción o para uso distinto del que a un determinado inmueble urbano hubiera asignado el Departamento del Distrito Federal (D. F.) conforme a los artículos 10, 11, 47 y 49 de la Ley del Desarrollo Urbano del D. F. La obra tiene que estar determinada de antemano de alguna manera, lo que por regla general se hace a través de un presupuesto, plano o diseño (artículo 2619, Código Civil del Distrito Federal).

En cuanto al precio, es siempre en dinero, pues si se conviniere como contraprestación la realización de otra actividad, estaríamos ante un contrato distinto al de obra, aunque puede presentarse que se convenga inicialmente un precio, y luego se convenga una dación en pago de otra cosa.

Se requiere que el precio sea determinado o determinable, pudiendo considerarse que es determinable cuando se remite a tarifas o aranceles o al dictamen de peritos para su fijación (artículo 2624, Código Civil para el Distrito

Federal). Podría también dejarse la determinación del precio a un tercero, o bien, atenderse para ello al corriente en un lugar o día determinados (artículo 2251, Código Civil para el Distrito Federal, por analogía).

El precio puede ser único y por la totalidad de la obra, o bien, por medidas o por piezas, como acontece en el contrato de obras a destajo (artículos 2630 y 2636, Código Civil para el Distrito Federal).

5. Distinción respecto de otros contratos

El contrato de obra a precio alzado puede confundirse, por su similitud con el contrato de trabajo, el de prestación de servicios profesionales, con la compraventa de cosa futura y mandato. Por ello analizaré la distinción entre estos contratos y el contrato en estudio.

A. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y contrato de trabajo

Entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de trabajo existe una gran semejanza, pues en ambos contratos se da la prestación de un servicio a cambio de un precio, de ahí la importancia de distinguir ambas figuras.

Ahora bien, enfocándonos en las características objetivas de cada uno de los mencionados contratos, podemos separar con cierta facilidad los elementos que distinguen al contrato de trabajo del de obra:

a) Se rigen por legislaciones diferentes, en el caso del contrato de obra estamos en presencia de un contrato civil, regulado por el Código Civil, y en el contrato laboral, por la Ley Federal del Trabajo; por tanto, la diferencia radica en que el contrato de trabajo se somete a una reglamentación social estricta, ajena a la que regula al contrato de obra, en la que se regula a favor de los trabajadores el derecho a vacaciones, seguro social, trabajadores sindicalizados, sujetos al contrato colectivo del trabajo. Este contrato cuenta con derechos y obligaciones especialmente establecidos por la Ley Federal del Trabajo siendo ésta, una de sus grandes diferencias con la reglamentación del contrato de obra a precio alzado.

b) Por un lado, en el contrato individual de trabajo estamos en presencia de la prestación de un servicio personal con una relación de dirección técnica y dependencia entre el patrón y su empleado; es decir, una relación obrero-patronal, con obediencia jerárquica durante cierto tiempo; hay una relación más o menos permanente de trabajo; en cambio, en el contrato de obra el empresario realiza la obra, con total independencia, y bajo su total dirección.¹⁹⁵

c) Lo que interesa en el contrato de trabajo son los servicios del trabajador, en tanto que en el contrato de obra, lo fundamental es el *resultado*.¹⁹⁶

d) Otra diferencia la encontramos, en quién aporta los materiales. En el contrato de trabajo, normalmente el patrón es quien proporciona los materiales y herramientas al trabajador, y en el contrato de obra el empresario es quien suministra los materiales; esto, con razón en lo que prescribe el Código Civil del Distrito Federal, pero en cuanto a lo que dicta la práctica, el dueño de la obra es quien aporta los materiales principales de la obra, y el empresario coloca parte o la totalidad de los materiales accesorios necesarios para la realización de la obra; esto si así se conviene en el contrato, a diferencia del contrato de trabajo donde el trabajador sólo presta sus servicios. Y el empresario busca un resultado, la realización de una obra.

e) En cuanto al riesgo, en el contrato de trabajo es el patrono quien corre con el riesgo de la obra, y obedeciendo a lo establecido en el Código Civil en el contrato de obra, el empresario, en tanto la obra no haya sido entregada al dueño de la obra o no exista morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla, siempre y cuando el empresario haya sido quien puso los materiales con los que se realizó la obra; de lo contrario, quien debe correr con el riesgo es el dueño de la obra, pues a él pertenece la obra, siguiendo el principio general de derecho de que las cosas perecen para su dueño de, ahí que si nos enfocamos al contrato de

¹⁹⁵ Borda expresa: "Al hablarse de dependencia, debe entenderse la de carácter jurídico, no económico. Es la que se expresa en el derecho del patrón de dirigir a su empleado y en la obligación de éste de obedecerle. No es indispensable que exista una vigilancia y dirección efectivas; basta que el trabajador esté sometido a la autoridad del patrón y que éste pueda darle órdenes", y adicionarlo con la siguiente cita de Mazeaud: "La independencia jurídica del contratista no le prohíbe al dueño de la obra trazar los planos y darle las indicaciones relativas a la ejecución de los trabajos; pero el contratista es libre en el modo de ejecución de los trabajos", p. 97.

¹⁹⁶ Viteri, Ernesto, *Los contratos en el derecho civil guatemalteco*, Guatemala, 1992, p. 433.

obra sobre bien inmueble, quien debe correr con el riesgo es el dueño de la obra ya que es quien pone el inmueble para la ejecución de esta.

f) En la responsabilidad de daños a terceros, el patrono responde por los hechos de sus trabajadores; en el contrato de obra, es el empresario quien responde ante terceros, de los daños ocasionados por la ejecución de la obra. El dueño de la obra no es responsable de las culpas del contratista ni de los accidentes que ocurran en la ejecución del trabajo, pues éste no está subordinado a aquél, por lo que no tiene que pagar cuota a las cajas de seguridad social ni conceder vacaciones pagadas; es decir, no debe cumplir con las obligaciones impuestas al patrón por la Ley Federal del Trabajo (aquí es donde se encuentra, para el dueño de la obra, la ventaja primordial del contrato de obra sobre el contrato de trabajo).¹⁹⁷

g) Un empresario puede ser comerciante, mientras que un obrero no tendría este carácter.

h) Por lo que toca a la remuneración, en el contrato de trabajo, por tratarse de una relación más o menos duradera, el pago que en este caso se realiza se le llama salario, y se ajusta normalmente al tiempo, el cual se puede convenir por día, por semana, por quincena, por mes, por hora, etcétera; existe, por tanto, una dependencia económica; en tanto que en el contrato de obra, el pago es en consideración al resultado del trabajo, y con relación a él se satisface el precio.¹⁹⁸

Sin embargo, después de mencionar todas las características distintivas entre el contrato de trabajo y el de obra a precio alzado, es conveniente resaltar que la diferencia esencial entre ambos contratos es que el objeto del contrato de obra es la *realización de una obra*, y en el contrato de trabajo es la prestación de un trabajo subordinado durante cierto tiempo.

¹⁹⁷ Al respecto, señala Mazeaud que para prevenir los abusos de aquellos patronos que quisieran, rehuir la legislación social dirigiéndose a trabajadores independientes a domicilio o a destajistas, continúa diciendo que el legislador, por aplicación de las leyes sociales, ha sustituido el criterio de la subordinación jurídica con el de la subordinación económica y de hecho; y finaliza diciendo que esa extensión de la protección social a ciertas categorías de pequeños contratistas no altera las relaciones jurídicas originadas por el contrato de empresa, sino en el terreno del derecho social. Henri y León, Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, parte tercera, Bueno Aires, volumen IV, p. 326 y 327.

B. *Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de prestación de servicios profesionales*

Entre los elementos que nos ayudan a distinguir al contrato de obra del de prestación de servicios se encuentran los siguientes:

a) Por su objeto, en el contrato de prestación de servicios profesionales, es la prestación de servicios, y en el contrato de obra es la realización de una obra determinada.

b) Las cualidades personales de quien ejecuta la labor, quien en el caso del contrato de obra es una persona con habilidades, experiencia, y conocimientos en la actividad a ejecutar; en tanto que en el contrato de prestación de servicios profesionales, el profesional debe contar con título facultativo o autorización legal sobre los conocimientos técnicos, científicos o artísticos que se deban desarrollar en la obra. Sin embargo, nada impide que este tipo de profesional pueda ser contratado en un contrato de obra a precio alzado.

c) Se ha mencionado como nota distintiva entre ambos contratos el determinar si el profesional ha garantizado un resultado o no, pues se dice que en el contrato de obra lo esencial es la obtención de un resultado; es decir, la obra concluida, a diferencia del contrato de prestación de servicios, en el que lo importante no es un resultado, pues el profesional no puede éticamente garantizarlo, si bien es más difícil que un médico puede garantizar el éxito de una operación por las circunstancias que están inmersas en ello, el médico en este caso está comprometido hacer uso de su pericia y conocimientos para la realización de la operación, al igual que el empresario en un contrato de obra, por lo que se puede asemejar a una obra o acto en concreto, de ahí que la prestación de servicios pueda estar circunscrita a una obra y no ser por tanto una de las notas distintivas entre ambos contratos, sino la naturaleza de la obra que se encarga o la materialidad de ésta, no es lo mismo la construcción de una obra en un suelo ajeno que el curar, reparar, defender o cuidar.

¹⁹⁸ Borda, Guillermo, *Manual de contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 446.

d) Por los honorarios. En el contrato de prestación de servicios la ley señala que los profesores tienen derecho de exigir sus honorarios cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende (artículo 2613) Aunque nada impide que pueda convenirse el pago por resultado. En cambio, en el contrato de obra a precio alzado el empresario sólo tendrá derecho a la retribución convenida cuando entregue la obra (artículo 2625); el riesgo de la obra corre a su cargo hasta el acto de la entrega, si no es entregada la obra, no es pagada (artículo 2617). El hecho de que el empresario tome a su cargo el riesgo de la obra, y se responsabilice del resultado del trabajo que se ha obligado a realizar, es una consecuencia de la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra.

e) En cuanto a los materiales, en el contrato de prestación de servicios el cliente es quien pone los materiales y corre con el riesgo de la pérdida del acto, y en el contrato de obra a precio alzado el empresario es quien pone los materiales necesarios para la realización de la obra y corre con el riesgo de la obra hasta su acto de entrega al dueño.

Sin embargo, si tomamos en cuenta que en el caso del contrato de obra sobre bien inmueble, el dueño de la obra es quien pone la material principal (inmueble), con ello se estaría ante una similitud entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra ya sea sobre bien inmueble o mueble, a pesar de la ausencia de regulación de este último.

Entre el contrato de obra y el de prestación de servicios existe una gran semejanza, pues existe la obligación, por una de las partes, de prestar un servicio a la otra, a cambio de una remuneración. De ahí la importancia de encontrar los elementos que distinguen a ambas figuras.

Se entiende por contrato de prestación de servicios profesionales, aquel contrato en el que una persona llamada "profesor" se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos en beneficio de otra, llamada "cliente", quien, a su vez, se obliga a pagar los honorarios convenidos.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 271.

En cambio en el contrato de obra a precio alzado el empresario se obliga a realizar una obra bajo su propia dirección y riesgo, y a proporcionar los materiales para su realización.

Zamora y Valencia²⁰⁰ indica que: "...si el empresario no se obliga a prestar su trabajo personal en la realización de la obra, ni es propietario de los materiales empleados, ni toma a su riesgo la ejecución de la obra, sino que sólo se obliga a realizar la dirección de la indicada obra, se estará ante un contrato de prestación de servicios profesionales; en caso contrario, ante uno de obra a precio alzado". En esto difiere. Primero, en el caso del contrato de prestación de servicios, el cliente contrata a un profesional para que realice un servicio profesional o técnico, en razón de sus conocimientos técnicos o profesionales y pericia, por lo que el servicio se presume debe realizarlo personalmente el profesional pues es, al igual que el contrato de obra a precio alzado, un contra *intuitu personae*; además, en el caso del contrato de obra el empresario no necesariamente debe ser propietario de los materiales empleados, pues los puede adquirir con posterioridad a la realización de la obra; asimismo, se puede convenir que el dueño de la obra ponga todos los materiales para la ejecución de la misma, y el empresario sólo se concrete a la dirección de la obra.

Al respecto, Ernesto Viteri señala que la función del profesional, en el caso del contrato de prestación de servicios, no es la de dirigir la realización de una obra determinada, como lo señala Zamora y Valencia en la cita que antecede, sino que el profesional tiene la obligación de ejecutar la obra en forma personal, sin posibilidad de delegar la actividad comprometida en otra persona. Sin embargo, la obligación del profesional de prestar *personalmente* sus servicios no le impide que pueda contar con personal de apoyo a su servicio.

Por medio del contrato de prestación de servicios, una persona, llamada "profesionista" se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos en beneficio de otra, llamada "cliente", quien deberá pagar los honorarios y materiales convenidos y correr con el riesgo de la cosa, debiendo pagar al profesional sus honorarios, independientemente del éxito del negocio o

²⁰⁰ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 5a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 262.

trabajo, por lo que el profesionista tiene el derecho de exigir éstos (artículo 2613).²⁰¹ Sólo será responsable el profesionista, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito (artículo 2615).

En el contrato de prestación de servicios ambas partes pueden fijar de común acuerdo la forma y la cantidad de la retribución debida por ellos. Cuando se trate de profesionistas que estuvieran sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo (artículo 2006).

En cambio, en el contrato de obra a precio alzado el empresario se obliga a realizar una obra bajo su propia dirección, corriendo con todo el riesgo de la obra, hasta el acto de la entrega (artículo 2617) y a proporcionar tanto los materiales necesarios (artículo 2616) como a transmitir su dominio. El precio de la obra se pagará al entregarse ésta, salvo convenio en contrario (artículo 2625). Y cuando se designa un precio determinado, no está sujeta aumento alguno (artículo 2626).

En ambos contratos se paga un precio como contraprestación a la realización de la obra; sin embargo, existe una diferencia, en el contrato de prestación de servicios aparte de que a dicha prestación se le llama "honorario", y en el contrato de obra a precio alzado, "precio determinado", el cual, al establecerse no está sujeto a cambios; una vez establecido no puede ser modificado aun cuando haya fluctuaciones en el mercado. En el contrato de prestación de servicios el cliente debe pagar el honorario según lo establecido en el contrato, y en el contrato de obra a precio alzado se debe pagar el precio determinado una vez que es entregada la obra al comitente.

Cuadro comparativo	
<i>Contrato de prestación de servicios</i>	<i>Contrato de obra a precio alzado</i>
Contrato por el que una persona llamada "profesional" se obliga a prestar servicios profesionales, técnicos, científicos, artísticos en beneficio de otra llamada cliente.	Contrato en el que se realiza una obra con materiales propios del empresario

²⁰¹ Código Civil para el Distrito Federal.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

El cliente debe pagar el honorario al profesional independientemente del éxito del trabajo, haciéndose cargo del riesgo de la realización del trabajo.	El empresario corre con el riesgo de la cosa hasta que entrega la cosa y ésta es aceptada por el comitente
El cliente deberá pagar los honorarios convenidos	El comitente deberá pagar un precio determinado por la obra
El profesionalista por ser un perito en su actividad, realiza su trabajo bajo su total arbitrio, haciendo uso de su conocimiento, pericia y experiencia	El empresario realiza la obra bajo su total dirección

C. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de compra-venta

En este apartado emprenderemos el estudio y comparación del contrato de compraventa y las modalidades con las que tiene relación el contrato de obra a precio alzado, tales como la compraventa de esperanza y de cosa futura.

Al respecto, Rezzónico opina que "...Para decidir en cada caso si el contrato es de venta o contrato de obra, debe atenderse al valor preponderante de la materia o del trabajo, es decir, a la preponderancia o supremacía objetiva de la materia suministrada por una u otra parte...".

La compraventa²⁰² es un contrato por virtud del cual una persona llamada "vendedor" se obliga a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho, a la otra parte contratante, llamada "comprador", quien como contraprestación se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y que produce el efecto translativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.

La similitud de la compraventa con el contrato de obra se vuelve aún mayor, cuando el empresario es quien aporta los materiales, pues aunado a la colocación

²⁰² Recordemos que un contrato de compraventa se caracteriza por ser translativo de dominio, en el cual una persona llamada "vendedor" se obliga a entregar, ya sea una cosa o el documento que acredite un derecho. Es un contrato típicamente oneroso, porque produce derechos y gravámenes para ambas partes, estando por ello obligado el comprador a pagar como contraprestación un precio cierto y en dinero.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

de éstos debe realizar la obra. En este caso el dueño de la obra adquiere la propiedad de un producto acabado por un precio determinado, pues el empresario pone los materiales, ejecuta la obra bajo su total dirección, corre con el riesgo de que la cosa llegue existir, comprometiéndose finalmente a entregar la obra acabada al dueño de la obra por el precio convenido en el contrato, al igual que el comprador que por un precio determinado adquiere la propiedad de un producto acabado que por dicha cantidad entrega el vendedor.

Otro de los motivos determinante para celebrar el contrato de obra a precio alzado debe ser la actividad personal e individual del empresario para realizar la obra, y no simplemente la adquisición de la obra, como en la compraventa, en donde lo relevante es el bien mismo sobre el cual se realiza un trabajo. Y finalmente, otra diferencia es que en el contrato de obra hay una previa entrega del material por parte del *locator*, lo que no hace el *emptor*.

"...Para decidir en cada caso si el contrato es de venta o de contrato de obra a precio alzado, debe atenderse al valor preponderante de la materia o del trabajo, es decir, a la preponderancia o supremacía objetiva de la materia suministrada por una u otra parte..."²⁰³

Cuadro comparativo	
Contrato de compraventa	Contrato de obra a precio alzado
Es un contrato traslativo de dominio que produce dos efectos: 1) La transmisión del dominio de un bien. 2) La transmisión de la titularidad del derecho objeto del mismo.	Contrato de prestación de servicios.
Es un contrato en el cual se obliga el vendedor a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho, y el comprador debe dar como contraprestación un precio cierto y en dinero.	En un contrato en el que se obliga al empresario a realizar una obra bajo su dirección con materiales propios, y el comitente debe pagar un precio determinado una vez que le es entregada la obra.

²⁰³ Rezzónico, *op. cit.*, pp. 736 y 737.

El precio se debe convenir entre las partes (artículo 2249) está permitido que el precio sea en abonos (artículo 2310).	Si se convino sobre un precio determinado, éste se debe pagar una vez que es entregada la obra al comitente, y éste es fijo aun si hubo aumento en los precios de los materiales.
Las cosas perecen para su dueño si la pérdida obedece a caso fortuito o fuerza mayor.	El empresario corre con el riesgo hasta que entrega la obra al comitente y éste la acepta, trasladándole el dominio de ésta y con ello el riesgo que se pierda.

Algunos autores entienden que cuando el empresario, además de poner su trabajo o industria, suministra el material, estamos en presencia de una compraventa, y en este sentido se manifiestan Windscheid, Chironi, Doveri, entre otros. Se origina con esto la mencionada confusión, de si estamos ante un contrato de obra a precio alzado o de compraventa, por ser el propio empresario quien coloca los materiales y suministra el trabajo para realizar el encargo del dueño de la obra además de correr con el riesgo de la cosa hasta que es entregada y aceptada por éste.

Sin embargo, en el caso del contrato de obra sobre bien inmueble, en el cual el dueño de la obra coloca el terreno para la realización de la obra, la distinción radica en que el contrato de compraventa puede ser traslativo de dominio tanto de una cosa como del título de un derecho, y en el contrato de obra a precio alzado la prestación consiste únicamente en realizar una obra encomendada por el dueño de la obra, en el cual únicamente se trasladará el dominio de los materiales accesorios empleados²⁰⁴ por el empresario, pues la obra jamás deja de pertenecer al dueño de la obra. Lo mismo sucede en el caso del contrato de obra sobre bien mueble, caso en el que lo único que se transmite

²⁰⁴ La transmisión de dominio varía si la obra es un bien inmueble, o mueble; en el primer caso opera por la colocación de los materiales en el inmueble, y en el segundo supuesto, cuando se determine e individualice la obra mueble con conocimiento del dueño. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 200, 261.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

es la propiedad de los materiales accesorios que se lleguen a emplear sobre la obra mueble.

La distinción entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de compraventa es más sencilla, dada la naturaleza jurídica de ambos contratos. En el primero, su objeto consiste en la ejecución de servicios, y en el segundo es la transmisión de la propiedad de una cosa.

No obstante, como ya fue mencionado, se pueden llegar a confundir ambos contratos, cuando quien ejecuta la obra es quien provee los materiales para su realización, pero si quien encarga la obra es quien provee los materiales, no hay duda que estamos en presencia de un contrato de obra.

Para ello, es necesario tomar en cuenta que en el ámbito práctico, hablar de un contrato de obra a precio alzado es hablar, de un contrato de construcción sobre un bien inmueble, de modo que no hay dificultad para distinguirlo de la compraventa, pues su objeto es construir, y el de la compraventa es entregar. Aunque nada impide que también se trate de contrato de obra sobre bien mueble aunque este contrato no es tan usual debido quizá a la misma tendencia de nuestro Código Civil.

La distinción entre ambos contratos es sencilla: si una parte pone la materia (o materia principal) para que el otro haga la obra, estamos ante un arrendamiento de obra; por ejemplo, cuando se lleva el coche al taller. Si quien hace la obra pone todos los materiales, será una compraventa de cosa futura, que sería pedir un coche a una fábrica.

En cambio, cuando la obra se lleva a cabo sobre un terreno, ésta se considerará contrato de obra a precio alzado, independientemente del valor económico que se le dé tanto a su valor artístico, científico, artesanal, como al valor de los materiales empleados.²⁰⁵ De ahí que no haya semejanza entre el contrato de obra sobre bien inmueble y el contrato de compraventa, pues el objeto de ambos contratos es diverso, como ya fue mencionado anteriormente.

²⁰⁵ Chirino Castillo, Joel, *Derecho civil III. Contratos civiles*, México, 1986, p. 177.

Han surgido en la doctrina diversos criterios²⁰⁶ para dar solución a la mencionada interrogante, los cuales se mencionan a continuación.²⁰⁷

1. Los que consideran que, a pesar de ser el ejecutor de la obra el proveedor de los materiales, siempre hay contrato de obra a precio alzado, por cuanto el trabajo o servicio es el objeto principal del contrato, mientras que en la compraventa el objeto es una cosa;²⁰⁸ y menciona el profesor Escobar Fornos que en ambos contratos se trasmite el dominio de la cosa.

2. Se considera contrato de compraventa²⁰⁹ si la materia principal es suministrada por el ejecutor de la obra, y el trabajo es menos importante que la obligación de entregar la obra. Y habrá contrato de obra a precio alzado²¹⁰ cuando

²⁰⁶ La incertidumbre de saber si estamos en presencia de un contrato de obra o de una compraventa no se ha presentado sólo en nuestro país, ejemplo de ello lo encontramos en el libro *Curso de contratos* del autor colombiano Iván Escobar Fornos, que expresa "...su Código en forma contradictoria acoge los dos primeros sistemas. En el artículo 3034C se dispone que hay locación de obra ya sea que ponga o no los materiales el empresario. Por el contrario, la primera parte del artículo 3044 C. Dispone que existe venta cuando el empresario pone los materiales. La contradicción proviene del origen diferente de tales disposiciones. El primero fue tomado del Código Civil de México, en el cual existe locación de obra y no venta, aunque el empresario suministre los materiales. La primera parte del segundo fue tomada del Código Civil de Chile, en el cual existe venta y no locación de obra cuando el empresario pone los materiales. Y finaliza diciendo que se inclina a pensar que ante tal contradicción debe acogerse el sistema mexicano, pues a él responde la totalidad de los artículos restantes de nuestro Código Civil, que fueron copiados del mexicano. El otro sistema a nuestro parecer es un injerto inadecuado".

²⁰⁷ Escobar Fornos, Iván, *Curso de contratos*, Colombia, Hispamer, pp. 140 y 141.

²⁰⁸ Otro criterio de carácter subjetivo consiste en atender a la voluntad e intención de las partes: si únicamente se tuvo en cuenta que debía entregarse un determinado objeto dentro de cierto plazo sin considerar para nada el trabajo que costaría realizarlo se trataría de una compraventa. En este contrato no interesa quién realiza la obra, sino únicamente adquirirla; si, por el contrario, se tuvo en cuenta principalmente el trabajo que se necesitaría para ajustar la obra a un diseño o modelo, se estaría en presencia de un contrato de obra a precio alzado. En este contrato es indispensable saber quién y cómo se construye.

²⁰⁹ Los hermanos Mazeaud señalan que se está en presencia de un contrato de compraventa cuando la materia sea suministrada por el fabricante, y recalcan que tal opinión era la de los romanos, con la excepción de Casio, que desconocía la operación en una venta de la materia prima, completada por una *locatio conductio operis faciendi* (Gayo, III, 147; *Instituciones* de Justiniano, III, 24, 4). Tal era también el parecer de la jurisprudencia en el siglo XIX (Civ., 20 de marzo de 1872: D. 1872. 1. 140; Req., 22 de julio de 1874: D. 1875. 1. 303); y el Proyecto de ley uniforme sobre la compraventa internacional de los objetos mobiliarios corporales (artículo 10) adopta la misma posición: "Se equiparan a las compraventas, en el sentido de esta ley, los contratos de entrega de objetos mobiliarios corporales que hayan de fabricarse o producirse, cuando la parte se obligue a entregar deba suministrar las materias primas necesarias para la fabricación o la producción". Este sistema tiene el mérito de la simplicidad: el criterio es muy claro; o bien hay contrato de empresa, o bien hay contrato de compraventa de cosas futuras, según que la materia sea suministrada por el persona que encarga la obra o por la que la ejecuta.

²¹⁰ Los hermanos Mazeaud nos dicen al respecto: "Cuando el dueño de la obra es el que suministra la materia: el contrato es un contrato de empresa, puesto que el contratista no aporta sino su trabajo (artículos 1.711, 1.787 y 1.789 del Código Civil). Ocurre lo mismo cuando el ajuste

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

los materiales son suministrados por el dueño de la obra. Recordemos que al hablar de contrato de obra podemos referirnos tanto a un contrato de obra sobre bien mueble como inmueble, en el mismo contrato debemos distinguir entre la cosa sobre la cual se hace la obra, la cual puede ser mueble o inmueble, y los materiales con los cuales se realiza la obra, por ejemplo, en el caso del contrato de obra inmueble un terreno, sobre el que se construye una casa, *con materiales que pone el constructor*, y en las obras muebles, por ejemplo, en el caso de un auto, que repara un mecánico, *los materiales que el pone para ello*.²¹¹

3. Hay quienes consideran que se trata de un contrato mixto de venta y contrato de obra cuando el ejecutor de la obra suministra los materiales; por ejemplo, si el sastre confecciona unos trajes con sus materiales y los entrega a quien se los encargó hace una venta de materiales y un arrendamiento de servicios. Como consecuencia, genera los efectos combinados de ambos contratos.

4. Los que consideran que es un contrato mixto sucesivo olvidan que será contrato de obra antes de la entrega y compraventa en la entrega. En la primera etapa deben aplicarse las reglas del contrato de obra; y en la segunda etapa, las de la venta.

De lo anterior concluimos que es poco preciso e inconveniente no precisar ante qué tipo de contrato se está, de ahí que realmente no nos auxilie en nuestro propósito.

5. Los que consideran que todo depende del elemento preponderante. Si es el trabajo será contrato de obra; si son los materiales, habrá venta.²¹²

tiene por objeto la construcción de una casa sobre el terreno del dueño de la obra, incluso si los materiales son suministrados por el contratista; porque esos materiales se convierten, por vía de accesión, en propiedad del dueño del suelo (Civ., 18 de octubre de 1911: S. 1912. 1. 449 y nota de Gaudemet; D. 1912. 1. 113 y nota de Planiol; sobre la accesión, *cfr.* parte segunda, ns. 1591 y siguientes).

²¹¹ Un ejemplo de ello lo tenemos con las opiniones de Windscheid, Chironi, Doveri, quienes consideran que cuando el empresario, además de poner el trabajo o su industria, suministra también material, se está en presencia de un contrato de compraventa.

²¹² Al respecto, Rezzónico opina que "... Para decidir en cada caso si el contrato es de venta o de *locatio conductio operis*, debe atenderse al valor preponderante de la materia o del trabajo es decir, a la preponderancia o supremacía objetiva de la materia suministrada por una u otra parte..."

6. Algunos estiman que para que exista compraventa es necesario que el fabricante trabaje "sobre sus planos y según su iniciativa"; en el contrato de empresa, por el contrario, el fabricante cumple la obra tal y como se le encarga; un fabricante de automóviles que recibe un pedido concierne una venta a entregar; mientras que el carpintero que hace un mueble según los planos y las indicaciones dadas, es un contratista.

Existen autores que identifican ambas figuras (Mateos Alarcón, Troplong, Chironi y Baudry – Lacantinerie). Hay contrato de obra cuando la cosa futura que se obliga a entregar una de las partes va a producirse por el trabajo de ésta. Lo más importante en este contrato es la mano de obra, aunque con el auxilio o la colaboración de otras personas (Planiol), y aunque dicha persona proporcione los materiales, con tal que éstos sean los accesorios o tengan secundaria importancia (Colin y Capitant); en cambio, hay venta de cosa futura, si lo que más importa son los materiales empleados, y cuando la cosa que se obliga a entregar una persona a otra, es una cosa que existirá en el futuro por un fenómeno natural o por el trabajo de un tercero (Planiol).

D. *Compraventa de Esperanza*

Hay una diferencia fundamental entre la compraventa de esperanza y el contrato de obra a precio alzado. En el primer contrato se trata de entregar una cosa futura, en donde el hombre no tiene ninguna injerencia por ser un producto de la naturaleza, o de hechos inciertos, a diferencia del contrato de obra a precio alzado, en el que la existencia de la obra depende de la realización del empresario, quien la ejecutará bajo su total dirección; no depende de ningún hecho incierto, ni de la naturaleza ni es fruto de una cosa. Otra diferencia es que el comprador toma para sí el riesgo de que tales objetos no lleguen a existir o no lleguen a existir en la cantidad prevista por él, y que produce el efecto de transmitir

Ahora bien, si acorde con la voluntad de las partes lo relevante en un negocio determinado llega a ser el bien mismo sobre el cual se realiza un trabajo, se habla de contrato de compraventa; pero si lo relevante es el trabajo del empresario, el contrato será de obra a precio alzado, Rezzónico, *op. cit.*, pp. 736 y 737.

al comprador la propiedad de esos bienes cuando lleguen a existir si existen o en la medida en que existan (pero no puede convenir correr con el riesgo de que no lleguen a existir en forma absoluta), y en el contrato de obra a precio alzado quien corre con el riesgo es el empresario, y lo traslada al dueño de la obra una vez terminada y que éste la acepta. Por lo que en la compraventa de esperanza el comprador siempre se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, independientemente de la obligación de entrega del vendedor, ya que ha tomado el riesgo de que las cosas lleguen a existir en su totalidad o sólo de que lleguen a existir en una cantidad cualquiera.

Con lo antes dicho resumimos que el contrato de venta de esperanza difiere con el contrato de obra a precio alzado en que el comprador paga el precio y asume el riesgo de que la cosa no llegue a existir (artículos 1826 y 2309, C.C.).

Cuadro comparativo	
Contrato de compraventa de esperanza	Contrato de obra a precio alzado
Se trata de entregar una cosa futura, producto ya sea de la naturaleza, o los frutos de una cosa o los productos inciertos de un hecho.	Se trata de <u>realizar una obra</u> <u>bajo la total dirección del empresario</u> , quien es el responsable que exista, y se conserve hasta que sea entregada al comitente y éste la acepte.
El comprador toma para sí el riesgo de que tales objetos no lleguen a existir o no lleguen a existir en la cantidad prevista por él.	El empresario corre con el riesgo y lo traslada al comitente una vez terminada la obra y que éste la acepta.
El comprador siempre se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, independientemente de la obligación de entrega del vendedor.	El precio de la obra se pagará al entregarse ésta, y no está sujeto a fluctuaciones.

E. Compraventa de Cosa Esperada

No queremos dejar de mencionar a la *compraventa de cosa esperada*, por la semejanza que guarda con el contrato anterior, pues éste, al igual que aquél,

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

recae sobre cosas futuras en las que no interviene el hombre, y se subordina tanto la entrega de la cosa como el pago del precio a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir.

Pero en la compraventa de cosa esperada, a diferencia del anterior, tanto la obligación del vendedor de entregar la cosa, como la del comprador de pagar el precio, están sujetas a la condición suspensiva de que las cosas, consistentes en los frutos que un bien produzca en el tiempo fijado por las partes o los productos que lleguen a existir por un hecho incierto, como el monto de las prestaciones, dependerán de la medida en que existan esos frutos o productos. Si la cosa no llega a existir sin culpa de cualesquiera de las partes, no existirá la obligación ni de entregarla (porque nadie está obligado a lo imposible) ni de pagar el precio. Si la cosa sólo llega a existir en parte, sólo habrá la obligación de entregarla en lo que existiera y la obligación de pagarla en la parte proporcional correspondiente.

Así, en este contrato respecto de cosas futuras, está condicionada la obligación del vendedor de entregarlas, y del comprador de pagarlas, a que lleguen a existir, y si no llegasen a existir, la venta queda sin efectos.²¹³

Cuadro comparativo	
Contrato de compraventa de cosa esperada	Contrato de obra a precio alzado
Se trata de entregar una cosa futura, producto ya sea de la naturaleza, o los frutos de una cosa o los productos inciertos de un hecho.	Se trata de <u>realizar una obra</u> bajo la total dirección del empresario, quien es el responsable que exista, y se conserve hasta que sea entregada al comitente y éste la acepte.
La entrega de la cosa está subordinada a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. El comprador no	El empresario corre con el riesgo y lo traslada al comitente una vez terminada la obra y que éste la acepta.

²¹³ "La venta de cosa futura puede hacerse en dos formas tradicional: es como contrato conmutativo y condicional o como contrato aleatorio. A. En el primer caso se trata de la venta (condicional) de la cosa esperada (*emptio rei speratae*)... En tales casos se subordina la entrega de la cosa futura que se vende, a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, y si la cosa esperada no llega a existir, la venta queda sin efecto, pues el comprador no ha cargado con el riesgo de que no llegue a existir". Rezzónico, Luis María, *Estudio de los contratos*, cit., t. I, pp. 109 y 110.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

correrá con el riesgo de que la cosa no exista.	
El pago del precio se pagará en la medida que la cosa exista.	El precio de la obra se pagará al entregarse ésta.

F. *Compraventa de Cosa Futura*

Por último, enseguida emprenderemos la comparación con el contrato de compraventa de cosa futura, cuya semejanza con el contrato de obra a precio alzado es aún mayor al resto de los contratos ya estudiados, por tratarse de un contrato en el que el vendedor se obliga a entregar al comprador cosas futuras, comprometiéndose a que existan y tomando a su riesgo su elaboración o fabricación, a cambio de un precio cierto y en dinero. Esta compraventa tiene la peculiaridad de que la obligación de entrega no está sujeta a una condición suspensiva, consistente en que las cosas lleguen a existir (como en los casos anteriores), sino que existe una obligación adicional a cargo del vendedor, consistente en la elaboración o fabricación de las cosas objeto del contrato, al igual que en el contrato de obra a precio alzado, donde el empresario se compromete a realizar la obra con materiales propios y bajo su total dirección; también coinciden en quien soporta el riesgo, pues en el contrato de obra a precio alzado el empresario corre con el riesgo de la obra hasta que le es entregada al dueño de la obra, a no ser que hubiera morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla o convenio expreso en contrario (artículo 2617), y por el otro, el vendedor en la compraventa de cosa futura toma el riesgo de su fabricación o elaboración de la cosa. En lo que respecta a la contraprestación en la compraventa de cosa futura, el comprador se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y el comitente, a pagar un precio determinado cuando le es entregada la obra, el cual no está sujeto a fluctuaciones.

Otra de las semejanzas que tienen consiste en que si el vendedor o el empresario no cumplen con lo establecido en el contrato, el comprador, y, en su caso, el comitente, pueden hacer ejecutar la obra por otro, a cargo del deudor de la prestación; esto, cuando la sustitución sea posible (artículo 2027); también

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

cuentan en caso de incumplimiento con la acción de resolución del contrato, y en todo caso el derecho a reclamar daños y perjuicios (artículo 1949).

La diferencia radica en que hay contrato de obra cuando la cosa futura que se obliga a entregar una de las partes va a producirse por el trabajo de ésta. Lo más importante en este contrato es la mano de obra (Planiol), y aunque dicha persona proporcione los materiales, lo más importante es que éstos sean los accesorios o tengan secundaria importancia (Colin y Capitant); en cambio, hay venta de cosa futura si lo más importante son los materiales empleados, y cuando la cosa que se obliga a entregar una persona a otra es una cosa que existirá en el futuro por un fenómeno natural o por el trabajo de un tercero (Planiol).

Otro criterio de carácter subjetivo consiste en atender a la voluntad e intención de las partes: si únicamente se tuvo en cuenta que debía entregarse un determinado objeto dentro de cierto plazo sin considerar para nada el trabajo que costaría realizarlo, se trataría de una compraventa. En este contrato no interesa quién realiza la obra, sino únicamente adquirirla; si, por el contrario, se tuvo en cuenta principalmente el trabajo que se necesitaría para ajustar la obra a un diseño o modelo, se estaría en presencia de un contrato de obra a precio alzado. En este contrato es indispensable saber quién y cómo se construye.

La cuestión no es puramente teórica, dado que en la venta de cosa futura el vendedor se obliga a vender si la cosa llegare a existir, aparte de que la obligación de responder por los vicios ocultos a cargo del vendedor está sujeta a ciertos requisitos (artículo 2143) y a una breve caducidad de seis meses (artículo 2149); en tanto que en el contrato de obra a precio alzado la responsabilidad del empresario no está sujeta a dichos requisitos, y perdura por el plazo de la más amplia prescripción de diez años por lo que hace a ciertos defectos o vicios que aparezcan posteriormente en la obra ejecutada (artículo 2634 y 1159). Además, en el contrato de obra se faculta al dueño de la obra para desistirse unilateralmente del contrato (artículo 2635), facultad de que carece el comprador en la venta de cosa futura.

Lo cierto es que no podemos estar a la valoración de cada caso en concreto para calificar si se trata de un contrato de obra a precio alzado o de una

compraventa de cosa futura. La diferencia, como hemos visto, es muy subjetiva, de ahí lo poco práctico que puede resultar el crear dos figuras legislativas que no muestran una diferencia sustancial, bastando para ello la regulación de una de ellas. Si se determina que en el contrato de obra el empresario es quien debe proveer la totalidad de los materiales, dirigir la obra y correr con el riesgo de la obra en caso de pérdida.

Cuadro comparativo	
Contrato de compraventa de cosa futura	Contrato de obra a precio alzado
El vendedor se obliga a <u>entregar</u> al comprador una <u>cosa futura</u> a cambio de un precio cierto y en dinero.	El empresario se obliga a realizar una obra encomendada por el comitente, con materiales propios bajo su total dirección a cambio de un precio determinado.
El vendedor se compromete a que existan, toma a su cargo el riesgo de su elaboración / fabricación.	El empresario corre con el riesgo de la obra hasta el acto de entrega, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla o convenio expreso en contrario (artículo 2617).
Como contraprestación el comprador debe pagar un precio cierto y en dinero.	Como contraprestación el comitente paga un precio determinado que permanecerá fijo.
En caso de incumplimiento se puede hacer ejecutar por un sustituto a cargo del deudor, sólo si esto es posible.	En caso de incumplimiento se puede hacer ejecutar por un sustituto a cargo del deudor, sólo si esto es posible.
Se tiene la acción de resolución del contrato en caso de incumplimiento de éste.	Se tiene la acción de resolución del contrato en caso de incumplimiento de éste.
Se pueden reclamar daños y perjuicios.	Se pueden reclamar daños y perjuicios.
Lo más importante son los materiales empleados para la ejecución de la obra.	Lo más importante es la mano de obra, los materiales tienen una segunda importancia.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En este contrato lo más importante es adquirir el objeto, sin darle mucha importancia al trabajo que se empleó en éste.	Lo más importante es el trabajo, se ajusta la obra a un diseño o modelo, es indispensable saber quién y cómo se construyó.
La obligación de responder por los vicios ocultos está a cargo del vendedor, está sujeta a requisitos y a una caducidad de 6 meses.	La responsabilidad no está sujeta a requisitos, y perdurará por 10 años.
En este contrato no se regula sobre el desistimiento unilateral del comprador.	El dueño está facultado para desistirse unilateralmente del contrato.

G. Distinción entre el contrato de obra a precio alzado y el mandato

El contrato de mandato es un contrato de prestación de servicios que por lo mismo llega a confundirse con el contrato de obra a precio alzado, a pesar de que la prestación del mandatario consiste en actos jurídicos y no hechos materiales, como en el contrato de obra a precio alzado, en el cual el empresario realiza la obra encomendada por el dueño de la obra.

Cuadro comparativo	
Contrato de mandato	Contrato de obra a precio alzado
En este contrato el mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga.	En este contrato, el empresario realiza una obra encomendada por el comitente (acto material), con materiales propios del empresario y bajo su total dirección.
Los actos jurídicos que realiza el mandatario son siempre a cuenta del mandante.	El empresario ejecuta la obra con materiales propios, corre con el riesgo de que la obra exista, y una vez que le es entregada la obra finalizada al comitente éste debe pagar un precio por esta.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A continuación se desglosan aquellos elementos que contribuyen a la distinción, según lo establecido por Ernesto Viteri:²¹⁴

1. El mandatario actúa frente a terceros por cuenta o encargo del mandante, con o sin su representación; en cambio, el empresario actúa siempre bajo su responsabilidad y sin representación del dueño para ejecutar la obra y vincularse a terceros.

2. La diferencia fundamental radica en que el mandatario está obligado a realizar actos o negocios jurídicos por cuenta de su mandante, en tanto que el contratista ejecuta y realiza actos materiales.

3. Los actos del mandatario afectan directa o indirectamente el patrimonio del mandante y se reflejan en el mismo, en tanto que los actos del contratista no trascienden al patrimonio del propietario, sino a la terminación del contrato, cuando se entrega la cosa y se paga el precio.

Es importante señalar que dentro de la doctrina internacional también se ha llegado a confundir este contrato, con figuras tales como el contrato "de empresa" del derecho francés. Coincide en ciertos aspectos, pero no se identifica plenamente con este contrato, donde el empresario sólo dirige la obra sin aportar los materiales. Con el contrato de *appalto* del derecho italiano, coincide en ciertos aspectos, pero difiere en que interviene una entidad o vasta organización de medios, por lo que la muerte del empresario no pone fin al contrato.

6. Posición del empresario

El empresario tiene a su cargo las siguientes obligaciones:

- A. Ejecutar la obra;
- B. Garantizar la utilidad de la obra;
- C. Entregar la obra;
- D. Responsabilidad;
- E. Riesgo.

²¹⁴ Viteri, Ernesto, *Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial)*, Guatemala, 1992, pp. 436 y 437.

A. Ejecutar la obra

a. Personalmente

El empresario debe ejecutar la obra personalmente, por tratarse el contrato de obra, de un contrato *intuitu personae*, pues se celebra en consideración a las características personales del empresario. Esto no quiere decir que sólo el empresario deba ejecutar la obra, pues cuando la naturaleza de ésta requiera de la intervención de otras personas, podrán intervenir terceros, tales como albañiles, carpinteros, piseros, plomeros u otros operarios que quedarán bajo la dirección y responsabilidad del empresario ante el dueño de la obra; esto debe estar previamente convenido o autorizado por el dueño de la obra (artículo 2633 del Código Civil mexicano). En este caso, el constructor está ejecutando la obra con el personal que él ha contratado y no ha habido de su parte cesión o transferencia alguna en cuanto a los derechos y obligaciones contractuales.

Pero si el empresario en vez de emplear carpinteros, piseros, etcétera, como sus operarios, acude a otros contratistas especializados para la ejecución de trabajos más complejos, como la introducción del agua y drenajes, en este caso se está ante "subcontratos" parciales de la obra.

Puig Brutau²¹⁵ señala al respecto que: "El subcontrato es una modalidad de la contratación que no aparece solamente con ocasión del contrato de obra. Es un contrato derivado y dependiente de otro precedente".

El subcontratista, como parte del subcontrato, sólo puede dirigirse al empresario, en caso de reclamación, por lo que no tiene relación directa con el propietario. Como podemos ver, el subcontrato crea una relación jurídica especial y separada, aunque dependiente y derivada del contrato básico. Por lo tanto, el subcontratista no tiene acción contra el propietario. No puede haber subcontratación para la ejecución total de la obra, pues se estaría ante una cesión del contrato.

Cuando se contrata con una constructora, se pueden firmar subcontratos a fin de que el personal especializado de la constructora realice la obra, quedando los representantes jurídicos de ésta como responsables principales de la obra. En

²¹⁵ Puig Brutau, *op. cit.*, p. 442, t. II, vol. II.

caso de algún incumplimiento o modificación del contrato, los subcontratistas sólo pueden dirigir una acción ante el empresario, y no así contra el dueño de la obra, pues no existe relación alguna entre ellos.

O puede ser que la constructora tenga como sociedad contratos de prestación de servicios, laborales o de obra determinada, en donde también, en caso de alguna reclamación deberán dirigirse a la constructora (empresario), pues la relación dueño de la obra es directa con la constructora, no con todo el personal de esta.

Existe obligación de parte del empresario de ejecutar la obra personalmente cuando el dueño de la obra haya contratado especialmente con el empresario la realización de ésta por sus cualidades personales y profesionales, y podrá hacerse uso de terceras personas cuando así se haya contratado en el contrato o así lo amerite la obra, y en ello esté de acuerdo el dueño de la obra; en este caso el empresario cumplirá con su obligación entregando la obra y responsabilizándose del trabajo de los terceros que haya contratado ante el dueño de la obra, pues es responsable de la elección que haga de éstos.

b. De acuerdo con los planos, diseño o presupuesto

El empresario debe ejecutar la obra conforme al plano, diseño o presupuesto realizado para el efecto; en su ausencia, seguir el modo pactado; es decir, lo consignado en el contrato, y, en su defecto, ejecutar la obra en razón de su naturaleza y la costumbre del lugar. Las controversias que surjan entre las partes serán resueltas por dictámenes periciales nombrados por cada parte y un tercero en caso de discordia (artículos 2619 y 2258 C.C., *in fine*, por analogía).

c. En el tiempo pactado

Realizar la obra en el tiempo pactado; es decir, el empresario estará obligado a iniciar y concluir la obra en el término señalado en el contrato, y, en ausencia de esto, a juicio de peritos.

B. Garantizar la utilidad de la obra

Si el plano, diseño o presupuesto es elaborado por el empresario, éste debe garantizar la utilidad de la obra. Si fue realizado por un tercero y el empresario tiene conocimientos técnicos o científicos para valorar las cualidades y especificaciones, deberá notificar al dueño de la obra y abstenerse de ejecutarla so pena de ser responsable solidario con quien elaboró el plano (artículos 2619 y 2258 Código Civil, *in fine*, por analogía). El mismo procedimiento pericial se sigue cuando se ha convenido que la obra se ejecute a satisfacción del dueño de esta o de un tercero, sólo en caso de que el dueño de la obra se niegue a aprobar ésta (artículo 2643, Código Civil). Con esto se trata de evitar facultades arbitrarias, o rechazos caprichosos por parte del dueño de la obra.

El empresario está obligado a garantizar el uso útil de acuerdo con las disposiciones del contrato o a la naturaleza de la obra.

C. Entregar la obra

El empresario está obligado a entregar la obra al dueño de ésta, una vez concluida conforme al contrato, en el tiempo pactado. Esto trae consigo una serie de derechos y obligaciones que surgen para ambas partes.

Sí la obra es entregada a destiempo, no habrá obligación de recibir la obra (artículo 2629 Código Civil), pues si no se entrega en el término pactado puede hacer que la obra ya no tenga utilidad alguna, quedando desligada de la obligación de recibir aquélla y con derecho además a cobrar daños y perjuicios al empresario incumplido (artículo 2104 Código Civil). El artículo 1457 del Código Civil italiano de 1942 prevé a este respecto la resolución *ipso jure* de un contrato por el transcurso del llamado "plazo esencial"; por ejemplo, si la obra consistiera en la entrega de una estructura metálica o de madera para un local de una exposición y pretendiera entregarse dicha estructura cuando ya terminó la exposición, ésta sería totalmente inútil, por lo que el dueño de la obra no está obligado a su recepción, y debe ser indemnizado por las pérdidas que le ocasionó el no contar con la obra.

Ahora nos enfocaremos únicamente a analizar la posición del empresario, quien al momento de entregar la obra se libera del riesgo al que está sujeta la obra y la traslada al dueño, que desde ese momento será quien corra con el riesgo de la obra, aun cuando ésta permanezca en poder del empresario porque el dueño no la ha recibido por causa de su morosidad, salvo convenio en contrario (artículo 2617, Código Civil).

Nuestro Código Civil no contempla ninguna norma supletoria en caso de falta de un plazo contractual, aunque se pueden usar los métodos que hasta ahora se han empleado en caso de que se presente una controversia, como son el uso de la costumbre o el juicio pericial.

Borda²¹⁶ comenta que en ciertos casos hay un "plazo tácito" en el contrato de obra, cuando por ejemplo se contrata a una persona para que construya palcos o gradas para ser utilizados en una ceremonia en una fecha determinada. En ese caso, la fecha de la ceremonia determina el plazo del contrato.

Es importante enfatizar que en el contrato de obra lo verdaderamente importante no es que el empresario inicie la obra en la fecha en que principia el plazo del contrato, sino que la termine y entregue a tiempo. Recordemos que del contrato de obra nace una obligación de hacer, y que es un contrato "de resultado".

Ernesto R. Viteri²¹⁷ señala que el cumplimiento de la obligación de entrega requiere: 1) que la obra esté terminada y que se haya ejecutado conforme al contrato, a los planos y a las especificaciones técnicas señaladas para su fabricación; 2) que el propietario verifique que la obra esté terminada y haya sido materialmente ejecutada en los términos del contrato; 3) que si el resultado de dicha verificación es favorable, el principal apruebe la obra, y 4) que sea recibida por el dueño de la obra, como consecuencia y final de todo ese proceso.

Asimismo, el artículo 2630 del Código Civil contempla la posibilidad de convenir la entrega de una obra por piezas o medidas; es decir, que verse sobre unidades terminadas, como ocurre en el contrato de obras a destajo (artículo

²¹⁶ Borda, citado por Viteri, *op. cit.*, nota 214, p. 447.

²¹⁷ Viteri, Ernesto R., *op. cit.*, nota 214, p. 447.

2636, Código Civil), o bien, que el dueño de la obra haya consentido en recibir por partes y haya convenido que se pague también el precio en proporción a las partes que va recibiendo (artículo 2631, Código Civil,) y realizar así entregas parciales por partes. Con la salvedad, en ambos casos, de que las partes entregadas sean útiles aisladamente y no necesiten para serlo formar o constituir un todo (artículo 2632, Código Civil).

A pesar de lo anterior, si el dueño de la obra va pagando al empresario las partes de la obra a medida que las vaya terminando, legalmente se presumen recibidas y aprobadas, a menos que dichos pagos parciales sean sólo anticipos a buena cuenta de la obra y no se exprese que deban aplicarse a la parte ya entregada de la obra en cuestión (artículo 2631 Código Civil).

D. Responsabilidad

a. Responder del trabajo ejecutado por las personas que ocupe

El empresario es responsable del trabajo ejecutado por terceras personas que ocupe para la ejecución de la obra. En estos casos, el empresario estará obligado a resarcir los daños y perjuicios causados al dueño, ocasionados por las personas que haya utilizado para la ejecución de la obra (artículo 2642, Código Civil), debiendo en todo momento garantizar la utilidad de la misma.

b. El empresario debe responder frente a los trabajadores que haya empleado para la ejecución de la obra, de todas las obligaciones derivadas de la relación laboral

Cuando la obra se construya sobre un terreno, la Ley Federal del Trabajo considera al dueño de la obra como patrón sustituto, por lo que, en todo caso, el dueño podrá exigir que el empresario garantice el cumplimiento de esta obligación y cuando terceros suministren material para la construcción de la obra. Los acreedores en vía de la acción oblicua sólo tendrán acción contra el dueño hasta por la cantidad que alcance al empresario (artículo 2641, Código Civil).

c. Responder por la inobservancia de las disposiciones municipales o de policía

Esta obligación se encuentra establecida en el artículo 2645 del Código Civil, que a la letra dice: "Los empresarios constructores son responsables, por la inobservancia de las disposiciones legales, reglamentarias o de policía vigentes en el Distrito Federal y por todo daño que causen a los vecinos". Es decir, el empresario debe cubrir los permisos de construcción y responder por las multas y sanciones administrativas que se le imputen por omisión o retardo en la obtención de los mencionados permisos y licencias.

Joel Chirino ²¹⁸ menciona al respecto que las disposiciones que deba observar se consideran como reglas mínimas para el empresario, de tal manera que si las disposiciones administrativas comprenden reglas técnicas o científicas para ejecutar una obra, el empresario o perito encargado de elaborar el plano o diseño estará obligado a cumplir con las disposiciones administrativas y a mejorar éstas cuando la técnica o la ciencia así lo aconsejen, especialmente cuando la naturaleza del contrato obligue a usar de su arte, ciencia o técnica para la ejecución de la obra.

d. Responder de los defectos que después aparezcan

El empresario está obligado a responder de los vicios que surjan en la obra después de haber sido recibida y aprobada la obra por la parte que la encargó y que procedan por vicios en su construcción, hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó, a no ser que por disposición expresa del dueño se hayan empleado materiales defectuosos, después que el empresario le haya dado a conocer sus defectos, o que se haya edificado en terreno inapropiado elegido por el dueño a pesar de las observaciones del empresario (artículo 2634, Código Civil).

Por lo cual, adquiere la obligación de sanear al dueño de las pérdidas ocasionadas por los vicios ocultos.²¹⁹ Esta responsabilidad se funda en que

²¹⁸ Chirino Castillo, Joel, *Derecho civil III (contratos civiles)*, México, 1986, p. 184.

²¹⁹ Colín y Capitán señalan respecto a la responsabilidad posterior a la entrega en el caso de edificios, que el contratista de un edificio que se arruine por vicios de la construcción responde de

ordinariamente los defectos en las obras de construcción objeto del contrato en estudio suelen apreciarse sólo al transcurrir del tiempo, razón por la cual dicha responsabilidad perdura por el plazo de diez años (artículo 1159, Código Civil) en el que prescribe la obligación y no se extingue por la caducidad de los seis meses que se establece para los vicios ocultos en otras enajenaciones (artículo 2149 Código Civil).

Sin embargo, el hecho de que el dueño apruebe la secuencia de la construcción y pague el avance de la obra no excluye al empresario de la responsabilidad que le resulte por vicios ocultos de la obra realizada (artículo 2629, Código Civil).

La mencionada responsabilidad es puramente contractual, o sea del empresario hacia el dueño de la obra, y no es una responsabilidad "*propter rem*" que subsista a favor del tercero que adquiera con posterioridad la obra (Guillouard y Traviesas), ya que dicha responsabilidad cesa en caso de ser enajenada la obra a tercera persona, quien sólo cuenta con la acción por vicios ocultos y exclusivamente contra el dueño de la obra que se la enajenó (artículos 2142 y 2149, Código Civil). La misma solución contemplaba el Código Civil de 1884 (artículo 2486 Código Civil), en virtud de que quien vende una obra ya terminada la ofrece tal como está, para que la examine el adquirente a su entera satisfacción y si después la adquiere es porque la acepta tal y como está (Mateos Alarcón), o sea que en el contrato de obra a precio alzado, el dueño de la obra toma en cuenta primordialmente las cualidades del empresario que va a ejecutar dicha obra, en tanto que en la enajenación de la obra ya terminada se atiende principalmente a la obra en sí misma.

Asimismo, se debe responder de los daños que se causen al inmueble contiguo, si éstos resultan por vicios de construcción. El dueño de la obra será responsable solidario de los daños causados, en los términos del artículo 1931 del Código Civil, que prescribe: "El propietario de un edificio es responsable de los

los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirija, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuera la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción".

E. Riesgo

Respecto al riesgo, señala el Código Civil en su artículo 2617 que "Todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de entrega, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla o convenio expreso en contrario".

Sin embargo, para determinar quién corre con el riesgo es importante distinguir quién se obliga a suministrar los materiales, es decir quien es el propietario de estos, pues recordemos que las cosas perecen siempre para su dueño (*res perit domino*), salvo en los casos de excepción. Hacemos esta distinción a pesar de que nuestro Código Civil señala al empresario, como quien debe correr con la totalidad del riesgo, esto debido a que sólo contempla al empresario como el principal obligado en proveer los materiales para la ejecución de la obra. Hecho que no sucede en la práctica, sobre todo en los casos de construcción o edificación, contratos en los cuales el dueño de la obra es quien provee del terreno donde se realizará la construcción de la obra. Dada la importancia que tiene esto en la práctica, es conveniente contemplarlo, a pesar de su falta de regulación.

El asumir el riesgo significa que la persona que corre con él, pierde además de su trabajo, los materiales empleados todo esto por caso fortuito o fuerza mayor, y no tendrá derecho a indemnización o estipendio alguno. Para determinar a quién corresponde el riesgo haremos la distinción siguiente:

- 1) Si el empresario es quien pone los materiales para la construcción de la obra, él será quien corra con el riesgo de la cosa a menos que:
 - Haya morosidad por parte del dueño en recibir la obra (artículo 2616, Código Civil);
 - O pacto en contrario de por medio.

De esta forma, el hecho de que se destruya o sufra daños la obra por caso fortuito o fuerza mayor antes de ser entregada, no origina la terminación del

contrato, ni exonera al contratista de su responsabilidad de ejecutar, terminar y entregar la obra. En caso de ocurrir el riesgo, el empresario no podrá reclamar el valor de los materiales invertidos hasta el momento y demás gastos realizados, si no que debe nuevamente incurrir en los mismos gastos efectuados para efectos de cumplir con la realización de la obra a la cual está comprometido. Esta responsabilidad puede reducirse o eliminarse mediante convenio expreso en contrario, siendo normal que en los contratos de obra se convenga que ese riesgo sea cubierto por seguro, en beneficio de ambas partes.

Y en caso de mora el dueño de la obra tiene derecho a no recibir la obra una vez que ésta es entregada a destiempo, pues por su naturaleza puede haber perdido utilidad (artículo 2616, Código Civil).

2) Si el empresario es quien se obliga a poner únicamente su trabajo o industria, en este caso el riesgo lo asume totalmente el dueño.

7. Posición del dueño de la obra

Cinco son las obligaciones a cargo del dueño de la obra:

- A. Recibir la obra;
 - * precio fijo único
- B. Pagar la obra:
 - * por medida;
- C. Cooperación en la realización de la obra.
- D. Indemnizar en caso de que se desista de la empresa comenzada, el pago de daños y perjuicios;
- E. Indemnizar a herederos.

A. Recibir la obra

El dueño de la obra tiene la obligación de recibir la obra una vez que ésta le es entregada por el empresario conforme a lo establecido en el contrato o en su ausencia conforme a juicio de peritos (artículo 2629, Código Civil). De lo contrario,

el empresario no puede liberarse de su obligación de entrega. Y si el dueño no recibe la obra, incurrirá en mora.

El acto de entrega implica el traslado del riesgo de la obra a quien recibe, de ahí la obligación del dueño de recibir en tiempo. Sin embargo, dado lo peligroso que puede ser que el dueño de la obra incurra en mora, con el fin de no hacerse cargo de su responsabilidad, se ha regulado que aun no habiendo recibido la obra, el dueño correrá con el riesgo en caso de pérdida parcial o total de la obra (artículo 2617, Código Civil) por caso fortuito o fuerza mayor; deberá además hacerse cargo de todos los gastos que ocasione su morosidad; es decir, pagar el alquiler de bodegas, gastos de conservación, en su caso, y custodia de la obra. Sin embargo, el empresario sigue siendo responsable de su dolo o culpa grave.

En el contrato de obra a destajo se puede exigir que el dueño las reciba en partes y se las pague en proporción de las que reciba (artículo 2630, Código Civil), de esta forma el dueño de la obra estará obligado a recibirla en partes, si así se convino o existió entendimiento tácito; de lo contrario, no se tiene la mencionada obligación (artículo 2078, Código Civil).

La parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño; pero no habrá lugar a esa presunción solamente porque el dueño haya hecho adelantos a buena cuenta del precio de la obra, si no se expresa que el pago se aplique a la parte ya entregada. Lo dispuesto anteriormente no se observará cuando las piezas que se manden construir no pueden ser útiles, sino formando reunidas un todo (artículos 2631 y 2632 del Código Civil).

Cabe aclarar que el dueño de la obra no está obligado a recibir una obra que no se realizó conforme al contrato, que tenga algún defecto evidente o que sea entregada a destiempo. En los dos primeros casos porque se está ante una obra que no coincide con lo que se convino, por lo que el empresario deberá hacer todo lo que esté a su alcance para entregar la cosa conforme a lo pactado o de lo contrario deberá pagar por los daños que ocasione; es decir, una indemnización por daños y perjuicios. En el último caso, se pierde la obligación, pues la no entrega en el término pactado hará que la obra ya no tenga utilidad alguna, y

además que también se adquiere el derecho a cobrar daños y perjuicios al empresario incumplido (artículo 2104, Código Civil).²²⁰

Cabe señalar que existe una aprobación tácita al momento de ser pagado y recibido el precio, pues señala el artículo 2628 que no habrá lugar a reclamación sobre él, a menos que al pagar o recibir las partes se hayan reservado expresamente el derecho de reclamar. Y reafirma este concepto el artículo 2631, el cual indica que la parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño; aunque aclara que no habrá lugar a dicha presunción solamente porque el dueño haya hecho adelantos a buena cuenta del precio de la obra, si no se expresa que el pago se aplicará a la parte ya entregada.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón²²¹ señalan que una vez que la obra ha sido concluida, la doctrina española distingue tres etapas de posible desenvolvimiento simultáneo, el cual creemos conveniente citar:

- a. La verificación de la obra. Es el examen en el que se determina si la obra se ha ejecutado conforme a lo pactado.
- b. La aprobación. Es el juicio emitido como consecuencia de la verificación y que trae consigo la obligación de aceptarla.
- c. La recepción. Como consecuencia de la entrega y de la obligación que surge para el comitente en tal sentido por haber aprobado la obra.

Pero es útil recalcar que el Código Civil español no regula unitariamente esta fase importante del contrato de obra. Sin embargo, la sentencia de 14 de octubre de 1968 dice que la recepción " es el acto o manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente". Es decir, lo que técnicamente se denomina "aprobación" o "recepción" -agrega- pueden operar:

- 1) Con posterioridad a la entrega, "si por cualquier circunstancia cuando se la entregaron no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad";
- 2) Antes de la entrega, "cuando el propietario admite que ya la reconoció y encontró conforme".

²²⁰ Por ejemplo, en el caso de que la obra consistiera en la entrega de una estructura metálica o de madera para un local de una exposición y pretendiera entregarse dicha estructura cuando ya terminó la exposición, esta sería totalmente inútil, por lo que el dueño de la obra no está obligado a su recepción, y debe ser indemnizado por las pérdidas que le ocasionó el no contar con la obra.

²²¹ Díez- Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, vol. II, pp. 337 y 338.

Por tanto, la entrega no es sinónima jurídicamente de recepción. La recepción es aprobación, que requiere normalmente como fase previa una entrega del contratista.

B. *Pagar la obra*

El contrato de obra a precio alzado es un contrato oneroso, en el que existe una remuneración, que debe liquidar el dueño de la obra cuando le es entregada la obra en tiempo y conforme al contrato; sin embargo, la legislación con el *convenio en contrario* permite a las partes el convenir formas de pago distintas (artículo 2625, Código Civil).

En el supuesto de que no se haya fijado precio, se tendrá por tal, si los contratantes no estuvieran de acuerdo, después, el que designen los aranceles, o a falta de ellos el que tasen peritos (artículo 2624, Código Civil).

Si se celebra un contrato de obra a destajo, el empresario puede exigir el pago escalonado por unidades terminadas, y el dueño, pagar en proporción de las piezas o medias que reciba. Asimismo, la parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño; aunque no habrá lugar a esa presunción solamente porque el dueño haya hecho adelantos a buena cuenta del precio de la obra, si no se expresa que el pago se aplique a la parte ya entregada. Aunque esto se observará sólo cuando las piezas o medidas que se manden construir sean útiles por sí solas (artículos 2630, 2631, 2632, Código Civil).

Otra de las características del contrato de obra a precio determinado es la de respetar el precio establecido en el contrato y no alterarlo aun cuando haya sufrido aumentos el costo de la obra. De esta forma, el empresario no tendrá derecho a exigir después ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o el de los jornales, en virtud de ser éste un riesgo recíproco que están corriendo ambas partes (artículo 2626, Código Civil).

Además, en el Distrito Federal no existe, como en el Código Civil del estado de Jalisco (artículos 1733 y 1734, Código Civil) y en algunas legislaciones extranjeras (artículos 1467, del Código Civil italiano de 1942 y 1198 reformado del

Código Civil argentino) la posibilidad general de revisar los contratos a través de la cláusula *rebus sic stantibus*.²²²

Asimismo, no hay incrementos en el precio por aumento de precio o cambios en los costos del plano o diseño de la obra, a menos que sean autorizados por escrito por el dueño y con expresa designación del precio (artículo 2627, Código Civil). Con esta disposición se busca proteger el frecuente abuso que se causa al dueño de la obra, con el aumento malicioso del precio de ésta, usando el empresario su pericia en la materia, pues, como es sabido, el empresario comúnmente es perito en la materia y conoce el precio real de la obra a ejecutar, en tanto que el dueño de esta generalmente desconoce muchos aspectos de ella.

Borja Soriano²²³ señala que la legislación mexicana no admite la teoría de la imprevisión, que sostiene que el juez podrá revisar el contrato cuando las obligaciones se tornen onerosas para alguna de las partes como consecuencia de circunstancias inesperadas que alteren las condiciones económicas. Al efecto, el Código Civil señala expresamente la improcedencia de la imprevisión en los términos siguientes: "El empresario que se encargue de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho de exigir después ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o el de los jornales" (artículo 2626, Código Civil).

Una vez pagado y recibido el precio, no hay lugar a reclamación sobre él, a menos que al pagar o recibir las partes se hayan reservado expresamente el derecho de reclamar (artículo 2628, Código Civil). Este precepto no exime al empresario de la responsabilidad que se derive por vicios ocultos o defectos en la construcción, ya que el pago no implica necesariamente que se releve al empresario de la responsabilidad que le resulte por los vicios ocultos de la obra.

En el precio a pagar están incluidos los gastos de elaboración del presupuesto, plano o diseño que sirvieron para la ejecución de la obra; no se pueden cobrar por separado. Sin embargo, pueden ser cobrados dichos trabajos

²²² Sánchez Meda, *op. cit.*, nota 184, 452.

²²³ Borja Soriano M., *op. cit.*, p. 322.

por el perito o autor en tres casos: 1) cuando no se haya ejecutado la obra por causa del dueño, salvo que al encargar éste tales trabajos se haya pactado que el dueño no los pagaría si no le convenía aceptarlos (artículo 2620, Código Civil); o 2) cuando la obra se haya ejecutado conforme a él por otra persona con el plano, presupuesto o diseño que le fue aceptado, y 3) lo mismo sucede cuando se ejecuta una obra por otra persona, conforme a los planos, diseños o presupuestos de él, no aceptados, aunque se hayan hecho modificaciones en los detalles (artículo 2622 y 2623, Código Civil).

De igual forma, no podrán exigir pago alguno los peritos que hayan participado en un concurso de selección para elegir el plano, diseño o presupuesto más adecuado, siempre y cuando la existencia de tal concurso fuera del conocimiento previo de los diversos concursantes, salvo convenio expreso de las partes en pagar la elaboración de dichos trabajos aunque no fuera aprobado (artículo 2621, Código Civil).

Sánchez Medal señala que generalmente el pago se hacía al empresario, y como excepción a terceros que exigen directamente al dueño de la obra el pago de salarios devengados o materiales suministrados a la obra (artículo 2641) no pagados por el empresario, con esto el dueño de la obra efectúa un pago indirecto al empresario. Ordinariamente se considera este caso como una excepción al principio de la relatividad de los efectos de los contratos (García López), pero se trata más bien aquí de una acción oblicua o subrogatoria, al igual que la prevista en el artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles. Dichos terceros, en efecto, como sustitutos procesales del empresario pueden cobrar al dueño de la obra el importe insoluto del precio de ésta.²²⁴

El pago del precio tiene en este contrato una significación especial, porque al efectuarse surge la presunción legal de que el dueño de la obra recibió ésta a su satisfacción, a menos que expresamente se hubiera reservado el derecho de reclamar o se hubiera aclarado que se trataba de anticipos a cuenta del precio de la obra no entregada todavía (artículos 2628 y 2631, Código Civil).

²²⁴ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 11a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 269.

Garantizar el pago

El garantizar el pago implica asegurar que realmente se realice éste y se llegue finalmente a la liquidación de la deuda. Cabe señalar que nuestro Código Civil sólo prevé el no pago de una obra sobre bien mueble estableciendo una forma de asegurar el pago en su artículo 2644 del Código Civil, de ahí que a pesar de que el contrato de obra a precio alzado en la práctica es en su mayoría de obras sobre bienes inmuebles, es conveniente analizar el mencionado artículo, que a la letra dice: "...el constructor de cualquier obra sobre bien mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra".

Sin embargo, resulta imposible retener la obra, en el caso contrario, cuando se trata de una obra ejecutada sobre un bien inmueble propiedad del dueño de la obra, pues la posesión del inmueble la conserva el dueño, y no pasa al empresario durante la ejecución de la obra (artículo 793, Código Civil), de ahí que el empresario no pueda retener la obra hasta que le sea pagada o cobrarse con el precio de ésta, con prelación a otros acreedores, pues la obra se encuentra en poder de su deudor. Además, todos los materiales utilizados en la ejecución de la obra serán propiedad del dueño de ésta por accesión (artículo 895, Código Civil), no podrá reclamar el pago de éstos, pues pertenecen al propietario de la obra. No obstante, puede hacer uso de la excepción de contrato no cumplido, como en el caso anterior. Sin embargo, señala Joel Chirino que si la obra es inmueble, el empresario sólo podrá retenerla mediante autorización judicial.

C. Cooperación en la realización de la obra

Hay ciertos contratos que requieren de la cooperación del dueño de la obra para la realización de éstas, como cuando se deben suministrar ciertos materiales o medidas sin las cuales no puede iniciarse la ejecución de ésta. En estos casos el dueño de la obra debe prestar oportunamente su colaboración al empresario, a fin de ponerlo en condiciones de ejecutar la obra.

Borda²²⁵ señala que la obligación de colaboración "...tiene también un contenido negativo: el dueño debe abstenerse de todo acto personal que obstaculice o perturbe el normal desarrollo de los trabajos".

El empresario puede obligar al dueño a que cumpla con esta obligación por medio de la acción de contrato no cumplido, a no ser que lo que el deber de colaboración sea de poca importancia. Y también se puede pedir la resolución del contrato, sólo si el caso lo amerita.

D. Indemnizar en caso de que se desista de la empresa comenzada, el pago de daños y perjuicios

Cuando el dueño se desista de la empresa comenzada. La obligación anterior está impuesta en los artículos 2635, 2636 y 2637 del Código Civil: "El dueño de una obra ajustada por un precio fijo puede desistir de la empresa comenzada, con tal que indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos y de la utilidad que pudiere haber sacado de la obra" (artículo 2635, Código Civil).

"Cuando la obra fue ajustada por peso o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una u otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida" (artículo 2636, Código Civil).

"Pagado el empresario de lo que le corresponde, según los dos artículos anteriores, el dueño queda en libertad de continuar la obra, empleando a otras personas, aun cuando aquélla siga conforme al mismo plano, diseño o presupuesto" (2637 Código Civil).

Pagar a los terceros

El dueño de la obra está obligado a pagar a los terceros que trabajen por cuenta del empresario o le suministren material para la obra, hasta la cantidad que alcance al empresario, según se desprende de lo establecido en el artículo 2641 de nuestro Código Civil.

²²⁵Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, p. 155.

E. Indemnizar a los herederos del empresario

La última obligación para el dueño de la obra está impuesta en el artículo 2638 Código Civil, que ordena indemnizar a los herederos del empresario, del trabajo y gastos hechos, en caso de rescisión del contrato por la muerte de éste.

8. Causas de terminación del contrato

El contrato de obra a precio alzado se extingue por las siguientes causas:

a) Por su cumplimiento; b) Por desistimiento del dueño de la obra; c) Por muerte de alguna de las partes; d) Por hacerse imposible la ejecución de la obra; e) La rescisión por mutuo consentimiento, f) Resolución del contrato por incumplimiento, g) Por nulidad del contrato.

A. Entrega de la cosa y su pago

El contrato se cumple al ser entregada y pagada la obra una vez que se termina conforme al contrato. Ésta es la forma natural de terminación de un contrato cuando se ha cumplido su función negocial. El dueño, antes de recibir la obra, debe proceder a revisarla y comprobar que se hayan cumplido todas las condiciones establecidas en el contrato y después proceder a pagar.

B. Desistimiento del dueño de la obra

Como una excepción al principio de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse a la voluntad de una de las partes (artículo 1797, Código Civil), se le permite al dueño de la obra desistirse de la empresa comenzada, con tal que indemnice al empresario de todos los gastos realizados y trabajos efectuados en la obra, así como de la utilidad íntegra que el mismo empresario hubiera podido obtener de la ejecución total de ésta (artículo 2635, Código Civil).

La obligación de pagar la totalidad de la utilidad que hubiera podido obtener el empresario se explica y justifica a la vez porque este último, al celebrar el contrato, asumió el riesgo del alza posterior de la mano de obra y de los materiales (artículo 2626, Código Civil) y por ello es equitativo que a cambio de tal riesgo tenga segura la ganancia esperada *cujus periculum est et commodum ejus esse debet*.

Cuando la obra fue ajustada por peso o medida, cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato si no se determinó el número de piezas o la medida total, teniendo derecho el empresario sólo a cobrar por la parte o partes concluidas (artículo 2636, Código Civil).

Sánchez Medal²²⁶ nos dice que en este caso estamos ante la determinación unilateral de un elemento del contrato que no se concretó por las partes, como en el arrendamiento por tiempo indefinido, más bien que de una denuncia unilateral del contrato.

Este derecho de desistimiento unilateral del contrato también se funda en que el dueño puede perder la confianza en el empresario, y preferir contratar a otra persona en la ejecución de la obra. La ley autoriza al dueño expresamente a continuar la misma obra con otro empresario, utilizando para ello el mismo plano, presupuesto y diseño si así lo prefiere (artículo 2637 del Código Civil para el Distrito). Sin embargo, para ello debe antes pagar al empresario todo lo que le corresponda, según lo establecido en los artículos 2635 y 2636 del Código Civil para el Distrito ya antes citados. En consecuencia, la sola notificación de desistimiento del contrato por parte del dueño de la obra al empresario no lo obliga a suspender ésta, si tal notificación no se acompaña con el importe de las prestaciones mencionadas.

C. Muerte de las partes

En caso de muerte del empresario por la naturaleza *intuitu personae* de este contrato, cuya celebración depende de la pericia y conocimientos

²²⁶ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 184, p. 457.

especializados de éste, es lógico que al morir el empresario se ocasione la terminación anticipada del contrato.

Al respecto, Sánchez Medal señala que "Sin embargo, el caso no es de una "rescisión" como incorrectamente lo expresa el legislador (artículo 2638, Código Civil), ya que los efectos se producen sólo para el futuro y no retroactivamente, y además, no hay en ese caso un incumplimiento por parte de alguno de los contratantes".²²⁷

El autor antes citado también hace la aclaración de que debería denominarse "compensación", y no "indemnización" al pago que se hace a los herederos del trabajo efectuado por el empresario difunto, que no es otra cosa que el reembolso de los gastos, realizados hasta entonces por el *de cujus*, pues la "indemnización" a que incorrectamente alude el legislador sólo existe cuando una persona obró sin derecho y causó daños y perjuicios, *nemo damnun facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet*.

Las consecuencias de esta liquidación anticipada son obligar al dueño de la obra a recibir ésta en su estado actual y a pagar a los herederos del empresario los gastos efectuados y la retribución correspondiente al trabajo realizado hasta entonces.

En cambio, si muere el dueño de la obra no se rescindirá el contrato, y sus herederos serán responsables del cumplimiento para con el empresario (artículo 2640 del Código Civil para el Distrito Federal).

D. Imposibilidad de ejecución de la obra

Esto se da en caso fortuito o fuerza mayor, en el que el empresario se encuentra imposibilitado de cumplir en virtud de un acontecimiento imprevisible y posterior a la celebración del contrato. Si el empresario no puede concluir la obra por alguna causa independiente de su voluntad, el contrato podrá rescindirse, y el empresario quedará obligado a indemnizar al dueño de los daños y perjuicios que le ocasione la suspensión (artículo 2639 del Código Civil para el Distrito Federal).

²²⁷ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 194, p. 344.

Ernesto R. Viteri²²⁸ dice que debe entenderse por "causa independiente" de la voluntad del contratista aquellas "causas" que deben tener su nacimiento o manifestación con posterioridad al contrato y sobrevenir al mismo, sin ser previsibles o connaturales al contrato y, por ello, son o pueden ser incontables.

Valencia Zea²²⁹ señala que esta causal se evidencia en dos casos principales: I. Cuando la materia sobre la que debe realizarse el trabajo perece, se menoscaba o se desmejora en forma tal, que ya no puede efectuarse la obra en los términos del contrato, y II. Cuando el empresario o artista, en razón de un caso de fuerza mayor, está en imposibilidad de ejecutar la obra: a) Una puede ser la muerte del empresario (que ya fue mencionada); b) La incapacidad física o mental del contratista, devenida con posterioridad a la contratación de la obra; c) El suceder algún caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la ejecución y terminación de la obra (lo cual ya fue señalado); d) En general, toda situación no previsible, que ocurra después de la celebración del contrato y que "imposibilite" al contratista a realizar y completar la ejecución de la obra.²³⁰

E. Rescisión por mutuo consentimiento

Pueden convenir rescindir el contrato, y determinar los términos en que pueda rescindirse éste. Debido a que las partes no estén satisfechas con el desenvolvimiento del contrato, ni con las prestaciones que tienen lugar.

F. Resolución del contrato por incumplimiento

Cuando hay incumplimiento por cualquiera de los contratantes, la parte perjudicada tiene derecho a exigir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. Además, podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulte imposible (artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal).

²²⁸ Viteri, Ernesto R., *op. cit.*, nota 214, p. 455.

²²⁹ Valencia Zea, *op. cit.*, p. 407.

²³⁰ Ernesto Viteri, *op. cit.*, nota 214, pp. 455 y 456.

El mayor problema se plantea cuando el incumplimiento consiste en que el empresario no haya ejecutado la obra en la forma convenida.

El Código Civil de 1884 (artículos 2506, 1426 y 1427 del Código Civil para el Distrito Federal) previó expresamente esta hipótesis, y estableció que en caso de tal incumplimiento del empresario, podría pedir el dueño de la obra la destrucción de ésta por estar mal hecha, y la ejecución de ella por otro empresario, a costa del empresario incumplido, cuando la sustitución fuera posible.

Este mismo sistema existe como una norma general en el Código vigente (artículo 2027 del Código Civil para el Distrito Federal). Cabe señalar que el legislador no consideró conveniente adecuar dicha disposición en específico en el capítulo asignado al contrato en estudio.

Por tanto, se resolverá el contrato cuando las partes no cumplan con las obligaciones establecidas en el contrato. Para ello, el incumplimiento debe ser grave, pues de lo contrario se permitiría a las partes desvincularse fácilmente de obligaciones a las que ya no quieren hacer frente.

G. Por nulidad del contrato

Otra causa que puede ocasionar la rescisión del contrato es que exista nulidad, debido a la ilicitud en su objeto, en su fin o en la condición del acto (artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal).

CAPÍTULO TERCERO

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA LOCATIO CONDUCTIO OPERIS Y EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO

I. NOCIONES DE LA LOCATIO CONDUCTIO OPERIS Y EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO

La *locatio conductio*, vista como un contrato de arrendamiento en el derecho romano, era un contrato unitario que aglutinaba dos tipos de contratos: al de arrendamiento de cosa y al de obra; es decir, la *locatio conductio rei* y la *locatio conductio operis*. El derecho civil actual sólo admite como contrato de arrendamiento al de cosa, y concibe por separado un tipo de arrendamiento de obra, la *locatio conductio operis* como a un contrato de obra a precio alzado.

Tanto la *locatio conductio operis* como el contrato de obra a precio alzado buscan la realización de una obra, que no es el trabajo en sí, sino el resultado; entregar la obra terminada como un producto acabado conforme al contrato, y como contraprestación siempre se deberá pagar un precio por ello. Sin embargo, una diferencia la encontramos en que la *locatio conductio operis* comprende la realización de obras sobre bienes muebles e inmuebles, y el Código Civil para el Distrito Federal, en la parte correspondiente al contrato de obra, parece dedicado únicamente a las obras sobre bienes inmuebles, y digo "parece", porque de toda la regulación que hace el mencionado código del contrato sólo indica en uno de sus artículos (el 2644 del Código Civil para el Distrito Federal), a las obras sobre bienes muebles, y el resto de las disposiciones se enfocan a la regulación del contrato de obra sobre bien inmueble, lo que lo hace parecer un contrato de

construcción, cuando un contrato de obra puede ser tanto sobre bienes inmuebles como sobre bienes muebles. Tal es el caso del dueño de un mueble estilo Luis XV que requiere de ciertas reparaciones, y que pide que se realice una obra de reparación sobre el mismo. Lo mismo sucede en los casos de los contratos de sastrería, estacionamiento, lavandería, tintorería, etcétera. Y que no encuentran su regulación en el Código Civil, contratos de suma importancia, por lo común de su práctica.

Entre ambos contratos existe otra distinción, respecto a cuál de las partes corresponde colocar los materiales para la ejecución de la obra. En la *locatio conductio operis* correspondía siempre al *locator* proporcionar la materia principal, y el *conductor* se obligaba a conseguir con su actividad un determinado resultado en una cosa mueble o inmueble, que previamente había sido entregada por el *locator*, quien además de haber hecho el encargo, tenía la obligación de dar un pago (*merces*) por ello. Cabe señalar que el *conductor* podía poner parte o la totalidad de los materiales accesorios, esto si así se convenía en el contrato, aunque el *locator* podía poner también parte o la totalidad de los materiales accesorios.

En cambio, en el contrato de obra a precio alzado, obedeciendo a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2616, el empresario es quien debe dirigir y poner los materiales para la realización de la obra.²³¹

Si tomamos esta disposición literal, este artículo muestra una diferencia fundamental con la *locatio conductio operis*, y podría propiciar la confusión entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de compraventa²³² de cosa futura, si no es que estaríamos ante un contrato de esta especie, y no tendría caso disponer una regulación específica para el contrato de obra. No obstante ello, recordemos que en la práctica, al hablar de un contrato de obra nos referimos a un contrato de obra sobre bien inmueble, y en este caso el dueño de la obra es quien coloca el terreno sobre el que se realizará la obra que se encarga, pudiendo, al igual que en

²³¹ Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, nota 188, p. 283.

²³² Era un requisito de la *locatio-conductio operis* que el *locator* pusiera, cuando menos, la parte principal del material. De otro modo, sería una compraventa de la obra (véase I. 3, 24, 4).

la *locatio conductio operis*, convenir que el empresario ponga parte o la totalidad de los materiales accesorios, o que sea el mismo dueño de la obra quien ponga la totalidad de los materiales principales y accesorios o parte de estos últimos únicamente. Por tanto, si tomamos en cuenta que al hablar de un contrato de obra a precio alzado nos referimos a un contrato de obra sobre bien inmueble, y que siempre es el dueño de la obra quien pone la materia principal, estaríamos ante una figura contractual idéntica a la *locatio conductio operis*; de lo contrario, ante figuras distintas. No obstante, el contrato de obra como tal no está regulado en nuestra legislación civil.

II. CARACTERÍSTICAS

En el análisis comparativo encontramos una gran similitud entre ambos contratos; hay características que no son mencionadas, por ejemplo, en la *locatio conductio operis*, pero que obedecen más a las circunstancias de la época, que a una distinción considerable entre los contratos. Por ejemplo, el contrato de obra a precio alzado es un contrato principal, al igual que la *locatio conductio operis*, aunque no sea mencionado como tal por la doctrina romana; por otra parte, en el derecho romano se menciona con frecuencia que la *locatio conductio operis* era un contrato de *buena fe*, y aunque ésta es una de las características de los contratos civiles, no se enfatiza en esta característica, como en otras, tal vez por ser tan esencial, que parecería obvia.

Al contrato de obra a precio alzado se le adjudican características tales como el ser de tracto sucesivo, y de adhesión,²³³ que obviamente pertenecen también a la *locatio conductio operis*, y que sin embargo no son mencionadas en la doctrina romanista.

Ahora bien, existe una diferencia, la cual consiste en que la *locatio conductio operis* es un contrato consensual, y en el contrato de obra a precio alzado se le califica de contrato formal o consensual, dependiendo del caso: si se trata de bienes inmuebles y el valor de la obra excede de cien pesos (artículo 2618

²³³ Cfr. A apartado 2.3.2, inciso h.

del Código Civil para el Distrito Federal), es formal; es decir, debe constar por escrito, incluyéndose en él una descripción pormenorizada, y será consensual en los demás casos (artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal). Cualquier modificación posterior al proyecto de la obra o del precio prometido deberá hacerse por escrito (artículo 2627 Código Civil para el Distrito Federal). Sin embargo, el contrato de obra a precio alzado prácticamente es formal.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que estamos ante contratos afines de gran similitud jurídica.

III. OBJETO

En cuanto a su objeto formal y material, existe entre ambos contratos una gran semejanza: los dos tienen como objeto formal la realización de una obra, que en la *locatio conductio operis* debía ejecutar el *conductor*, y en el contrato de obra, el empresario. En ambas figuras se ejecuta a petición de la otra parte; en el primer caso es el *locator*, y en el segundo, el dueño de la obra, quienes están obligados a pagar un precio determinado a la entrega de la obra acabada según lo establecido en el contrato.

En cuanto al objeto material contenido de la prestación, es el mismo en ambos contratos: la obra, la cual debe ser lícita y posible, y el precio convenido, que debe ser en dinero, real, así como determinado o determinable.

IV. POSICIONES DEL CONDUCTOR Y DEL EMPRESARIO

Del análisis de las obligaciones y derechos del *conductor* y del empresario podemos deducir que tanto al primero como al segundo les corresponde la ejecución de la obra; en ambos casos se trata de contratos *intuitu personae*, por depender su celebración de las características personales del ejecutor, sin embargo, puede existir en ambos casos la intervención de un tercero, caso en el cual, se hacen responsables de dicha ejecución, aunque no haya sido ejecutada la obra personalmente ni por el *conductor* ni por el empresario, siempre y cuando así

se hubiere pactado en el contrato, o el *locator* o el dueño de la obra, en su caso, así lo hubiesen consentido. En los dos contratos antes mencionados, tanto el *conductor* como el empresario deben hacerse cargo de la total dirección de la obra.

Otra semejanza la encontramos en que tanto en la *locatio conductio operis* como en el contrato de obra a precio alzado siempre se debe obedecer a lo establecido en el contrato. En la *locatio conductio operis* se debía respetar lo estipulado en la *lex conductionis* (contrato). En el contrato de obra a precio alzado, el Código Civil, en su artículo 2629, señala: "El que se obliga a hacer una obra por ajuste cerrado, debe comenzar y concluir en los términos²³⁴ designados en el contrato.

Sin embargo, difieren ambos contratos en como resuelven, en caso de no mencionarse nada en el contrato. El Código Civil para el Distrito Federal resuelve que a juicio de peritos y el derecho romano que debía interpretarse el cumplimiento *ex bono et aequo*.²³⁵

Sin embargo, en el artículo 2619 señala que en caso de que surjan dificultades entre el empresario y el dueño, serán resueltas primero tomando en cuenta el plano, diseño o presupuesto para la ejecución de la obra, y si no lo hay se resolverá tomando en cuenta la naturaleza de la obra, el precio de ella y la costumbre del lugar, y que las controversias que surjan entre las partes serán resueltas con base en dictámenes de peritos nombrados por cada parte y un tercero para el caso de discordia (artículos 2619 y 2258, *in fine*, por analogía). Este es un claro ejemplo de la tendencia del Código Civil, a equiparar el contrato de obra a precio alzado con el contrato de construcción, pues señala que en caso de controversias se debe revisar el plano, diseño o presupuesto, y esto no necesariamente existe en un contrato de obra sobre bien mueble.

²³⁴ Para el cumplimiento de esta obligación el empresario debe hacer la entrega en el tiempo estipulado en el contrato, y a falta de dicho acuerdo, en el plazo suficiente, a juicio de peritos, cada parte nombrará un perito, y en caso de desacuerdo entre ambos peritos, habrá un tercero en discordia (artículos 2629 y 2258 *in fine*, por analogía), no siendo tampoco aplicable en este caso la regla general sobre el término para el cumplimiento de las obligaciones de hacer a las que no se ha fijado plazo (artículo 2080).

²³⁵ Inst., 3, 24, 5.

Es importante resaltar que tanto el dueño de la obra como el *locator*, en su caso, no pueden estar obligados a recibir una obra que no está realizada conforme al contrato; es decir, que tenga algún defecto evidente o que sea entregada a destiempo. Y en caso de que la cosa no coincida con lo pactado, el empresario hará todo lo posible para entregar la obra conforme a lo señalado por el contrato, o de lo contrario pagará una indemnización por los daños y perjuicios que haya ocasionado con ello.

Otra semejanza la encontramos en que en ambos contratos hay un pago a la entrega de la obra terminada conforme al contrato. Dicho pago, tanto en la *locatio conductio operis* como en el contrato de obra a precio alzado, debe ser verdadero, cierto y en "dinero amonedado". Además de ser determinado o determinable²³⁶ por un tercero²³⁷ y en el caso del derecho actual, se puede hacer uso de tarifas, aranceles o dictámenes de peritos. Asimismo, el precio se debe abonar al terminar la obra, pudiendo ser único o por la totalidad de la obra, o por medidas y en su caso por piezas.²³⁸

En el caso del contrato de obra a precio alzado, el Código Civil del Distrito Federal enfatiza que el empresario está obligado a recibir sólo el precio convenido por la obra en el contrato; no teniendo derecho de exigir después aumento alguno, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o el de los jornales.

Lo anterior también se observará cuando haya habido algún cambio o aumento en el plano o diseño, a no ser que sean autorizados por escrito por el dueño y con expresa designación del precio (artículos 2626, 2627 y 2628 del Código Civil del Distrito Federal).

Y aunque de lo antes dicho el derecho romano no menciona nada, Gayo²³⁹ señala que para considerar contraída la *locación* debía convenirse sobre el precio

²³⁶ Gayo III, 142. En el derecho actual se considera que un precio puede ser determinable cuando se remite a tarifas o aranceles o al dictamen de peritos para su fijación según lo señala el artículo 2624 del Código Civil para el Distrito Federal

²³⁷ Gayo III, 143. El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 2251 que la determinación del precio puede dejarse a un tercero, o bien atenderse para ello al corriente en un lugar o día determinados.

²³⁸ D.19.2.36.

²³⁹ D.19.2.1.

al celebrarse el contrato. Y si el precio se determina a la celebración del contrato, no puede exigirse después otro precio.

V. DERECHOS DEL CONDUCTOR Y DEL EMPRESARIO

En caso de no ser pagada la obra en el tiempo convenido, puede interponerse en ambos casos una acción legal para que se realice el pago. En el caso de la *locatio conductio operis*, una *actio conducti*, y por parte del contrato de obra una acción personal, conforme al artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que interpondrá el empresario para exigirle al dueño de la obra, el cumplimiento de una obligación de dar,²⁴⁰ que en este caso será el pago²⁴¹ de una cantidad debida.

Ni el empresario ni el *conductor*, al comprometerse a realizar un trabajo, tenían que someterse a las órdenes ni instrucciones de la otra parte; la obra se realizaba bajo la total dirección tanto del empresario como del *conductor*; además, se le debían entregar tanto al *conductor* como al empresario los materiales principales, que pueden consistir en una cosa mueble o inmueble en el caso de un contrato de construcción, así como los correspondientes materiales accesorios si el dueño se hubiere comprometido en el contrato a colocarlos, con la obligación de que estén fuera de vicios para la realización de la obra.

Y no se hace mención alguna en el derecho romano, sobre el derecho que tiene el empresario de retener la obra hasta que se efectúe su pago, en las obras sobre bienes muebles, cuyo crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra, lo cual se establece en el artículo 2644 del Código Civil para el Distrito Federal.

²⁴⁰ Artículo 2011, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal.

²⁴¹ Entendiendo por pago lo señalado por el artículo 2062 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

VI. POSICIONES DEL LOCATOR Y EL DUEÑO DE LA OBRA

1. Obligaciones y derechos del locator y del dueño de la obra

Al *locator*, al igual que al dueño de la obra, les corresponde el pago de la retribución convenida por la ejecución de la obra, la cual generalmente consiste en dinero, que debía ser verdadero, cierto y, en principio, al menos, en "dinero amonedado". En el derecho romano, la *merces* debía convenirse para considerarse contraído el arrendamiento. Por lo que respecta al contrato de obra a precio alzado, también es requisito esencial que se fije el precio, el cual puede ser determinado o determinable.

Se considera determinable cuando se remite a tarifas o aranceles o al dictamen de peritos para su fijación (artículo 2624 del Código Civil para el Distrito Federal). Puede dejarse la determinación del precio a un tercero, o bien atenerse para ello al corriente en un lugar o día determinados (artículo 2252 del Código Civil para el Distrito Federal, por analogía). Y si no se puede o no se quiere fijar el precio, el contrato será nulo, por faltarle el requisito esencial del precio.

En ambos contratos el precio se debía abonar al terminar la obra, a no ser que se haya convenido el realizar pagos parciales durante el transcurso del contrato,²⁴² por lo que las partes debían estar a lo celebrado en el contrato (artículo 2625 del Código Civil para el Distrito Federal). En los dos contratos el precio puede ser acordado como una suma única y alzada (*aversione, certa mercede, uno pretio*),²⁴³ o bien, por unidades medidas de obra efectivamente realizadas (*in mensuras, in singulas operas*),²⁴⁴ o por cantidades de tiempo empleado, como por cada día consumido en confeccionarla (*in dies singulos*).²⁴⁵ Al respecto, el artículo 2630 establece: "El que se obligue a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir que el dueño la reciba en partes y se la pague en proporción de las que reciba".

²⁴² Arias Ramos, *op. cit.*, nota 122, p. 627.

²⁴³ D. 19, 2, 36; 19, 2, 60, 4.

²⁴⁴ D. 19, 2, 36; 19, 2, 51, 1.

²⁴⁵ D. 19, 2, 51, 1.

2. Responsabilidad

A. Por incumplimiento del contrato

Cuando el empresario no realiza la obra, incumpliendo lo convenido en el contrato, debe responder por su falta. Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 2104: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...". La no realización de la obra por parte del empresario trae como consecuencia la ausencia de su entrega, por lo que no tendrá derecho el empresario a pago alguno.

El empresario debe responder de la no realización de la obra, ya sea que se rescinda el contrato, y en su caso se deberá importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, y de ser necesario también se importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios²⁴⁶ ocasionados al dueño de la obra, por la ausencia de la misma en el término establecido en el contrato o se deberá establecer un nuevo término para la ejecución de la obra, esta opción quizá la menos probable.

Lo mismo debió suceder en el derecho romano, cuando el *conductor*, no obstante su compromiso contractual, incumplía lo pactado y no realizaba la obra, en este caso debió también responder por los daños y perjuicios que se le ocasionaran a la otra parte, por la ausencia de ejecución de la obra.

De igual forma, debe recaer una responsabilidad por incumplimiento de pago tanto del dueño de la obra, como del *locator*, en su caso, debiendo, al igual que en los casos anteriores, indemnizar al empresario, y, en su caso, al *conductor* de los daños y perjuicios que pudieron ocasionárseles por la falta de pago en el tiempo establecido en el contrato.

Como ya ha sido mencionado, el no realizar la obra o el pago trae como consecuencia que la parte que incumple esté obligada a responsabilizarse por los daños y perjuicios que haya ocasionado con ello. Dicha responsabilidad debe establecerse en el capítulo respectivo al contrato de obra a precio alzado, pues

²⁴⁶ Artículo 2107 del Código Civil para el Distrito Federal.

hay una laguna legislativa al respecto, y su mención aclararía la figura contractual que nos ocupa.

Haciendo uso de la analogía, sólo hace mención al respecto el artículo 2104 antes citado, no obstante, la disposición no es específica sobre la importancia de regular la responsabilidad que debe tener cualquiera de las partes contratantes, de cumplir con las obligaciones principales del contrato, como son: la ejecución de la obra, el pago por la misma, entre otras. En caso de incumplimiento, la parte incumplida deberá responder por los daños y perjuicios que haya ocasionado a la parte afectada.

B. Puede haber casos en que se dé el cumplimiento, pero este es negligente

En el derecho romano también se establecía que hasta en tanto la obra no fuera aceptada por el *locator*, el *conductor* debía responder del resultado del trabajo encomendado por éste. El *conductor* respondía de cualquier deterioro o pérdida que sufriera la obra debidos a su dolo, culpa²⁴⁷ incluyendo esta, la imperitia²⁴⁸ e inhabilidad técnica en la ejecución de la obra, no pudiendo por ello exigir pago alguno por la obra.

Este tipo de responsabilidad no ha sido establecido dentro del capítulo III del Código Civil, que regula al contrato de obra a precio alzado; sin embargo hay disposiciones generales que regulan sobre dicha responsabilidad, imponiendo al empresario la obligación de responder por cualquier acto que impida que se cumpla lo establecido en el contrato, ya sea por causa de su culpa, dolo, impericia o inhabilidad técnica en la ejecución de la obra por parte del empresario.

El empresario debe responder pagando una indemnización por daños y perjuicios.²⁴⁹ El artículo 2106 del Código Civil para el Distrito Federal establece la responsabilidad causada por el dolo, señalando que: "La responsabilidad

²⁴⁷ Gayo 3, 205; Celso – Ulp. D. 19, 2, 9, 5 Gayo 3, 205; Celso – Ulp. D. 19, 2, 9, 5.

²⁴⁸ D. 9, 2, 27, 29; 19, 2, 13, 5.

²⁴⁹ Esto lo señala el artículo 2104 del Código Civil para el Distrito Federal de la forma siguiente: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...".

procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula".

Por su parte, el artículo 2025 del Código Civil para el Distrito Federal se concreta a definir a la culpa o negligencia, señalando que "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella". Y sobre la responsabilidad que debe tener cualquiera de las partes, por la culpa o negligencia que se emplee en el cumplimiento del contrato, no se menciona nada.

Por lo anterior, considero necesario que se establezca en el capítulo III del Código Civil para el Distrito Federal, la responsabilidad que debe tener el empresario respecto a la entrega de la obra conforme al contrato, respondiendo de cualquier deterioro o pérdida que sufra aquélla debidos a su dolo, culpa e inhabilidad técnica en la ejecución de la obra, hasta en tanto ésta no sea aceptada por el dueño de la obra.

Es importante regular que el empresario siempre debe responder por su culpa, dolo, negligencia o impericia en la realización de la obra, así como, en su caso, por los vicios de los materiales que haya proveído para la ejecución de la obra. Pero si la pérdida o deterioro que sufra la obra es por causa de vicios en los materiales que haya proveído la otra parte contratante; es decir, el dueño de la obra, éste será quien deba hacerse responsable de la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios que se hayan ocasionado por estos materiales.

Así lo contemplaba el derecho romano, estableciendo que el *conductor* quedaba exento de toda responsabilidad si probaba que el perjuicio se debía a vicios de la materia suministrada por el *locator*,²⁵⁰ y no a la obra,²⁵¹ salvo que el vicio fuera de aquellos que el *conductor*, por su oficio, hubiera debido conocer; o que conociéndolo, no hubiera dado aviso oportuno.

Lo anterior, debido a que, en el derecho romano, quien ponía los materiales era el *locator*, debiéndose hacer cargo del perjuicio y daños que se ocasionasen por los vicios en el material empleado. Sin embargo, en el derecho civil actual es

²⁵⁰ D.19,2,33: Se arrienda un predio y se inunda o sobreviene una invasión del enemigo, o un terremoto lo inutiliza: pierde el precio el *locator*. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 144.

²⁵¹ D. 19, 2, 62.

diferente, según lo establecido en el artículo 2616 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone que el empresario es quien pone los materiales para la ejecución de la obra, y quien debe hacerse cargo de los perjuicios y daños que se ocasionen por el empleo de materiales con vicios.

No obstante ello, regularmente en el caso del contrato de obra sobre bien inmueble, el dueño de la obra es quien pone el inmueble, por lo que deberá responder de toda pérdida o perjuicio ocasionados a la obra por los vicios de los materiales colocados por el dueño de esta.

Existe una peculiaridad, que no se contempla en el derecho romano. Lo establecido en el artículo 2634 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se regula la responsabilidad del empresario por los defectos que surjan después de haber sido recibida y aprobada la obra por la parte que la encargó, y que procedan por vicios en su construcción, hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó, a no ser que por disposición expresa del dueño se hayan empleado materiales defectuosos, después que el empresario le haya dado a conocer sus defectos, o que se haya edificado en terreno inapropiado elegido por el dueño a pesar de las observaciones del empresario.

Esta responsabilidad tiene como nota distintiva que surge con *posterioridad* a que la obra es recibida y aprobada por el dueño de la obra. Y como tal, no tenemos noticias de que se haya regulado en el derecho romano. En la *locatio conductio operis* se estableció la responsabilidad del *conductor*, pero sobre cualquier deterioro o pérdida que sufriera la obra *durante su ejecución*, debidos a su culpa,²⁵² dolo, impericia,²⁵³ o inhabilidad técnica.

La responsabilidad que se regula en el artículo 2634 del Código Civil para el Distrito Federal es procedente de vicios en su construcción, hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó, y se funda en que ordinariamente los defectos en las obras de construcción objeto del contrato en estudio, suelen apreciarse sólo al transcurrir del tiempo.

²⁵² Gayo 3, 205; Celso – Ulp. D. 19, 2, 9, 5 Gayo 3, 205; Celso – Ulp. D. 19, 2, 9, 5.

²⁵³ D. 9, 2, 27, 29; 19, 2, 13, 5.

Y se justifica, porque para el contrato de obras a precio alzado, según el artículo 2616 del Código Civil para el Distrito Federal, el empresario es quien dirige la obra y debe poner los materiales para la construcción de ésta. Un ejemplo más de ello nos lo da la última parte del artículo 2634, que indica que el dueño de la obra puede ser responsable por elegir edificar la obra en un terreno inapropiado, a pesar de las observaciones del empresario. Lo cual muestra la tendencia del Código Civil, de establecer como dueño de los materiales al empresario, y al dueño como la parte que puede simplemente elegir, cuando no necesariamente elige el terreno, sino que lo coloca. Razón por la cual, se adjudica al empresario la obligación de responder por vicios en su construcción, hechura, mala calidad de los materiales tanto principales como accesorios empleados o por vicios del suelo en que se fabricó.

Sin embargo, si tomamos en cuenta que en el contrato de obra sobre bien inmueble, quien pone el terreno para la ejecución de la obra es el dueño de ésta, y se puede convenir indistintamente que cualquiera de las partes proporcione parte o la totalidad de los materiales que se requieran para la ejecución de la obra. En este caso quien aporte los materiales será el responsable de los vicios de aquellos que hubiere colocado. Al respecto, menciona Paulo en el Digesto, que si una pérdida o destrucción sucedió por vicio del suelo, la pérdida será del arrendador (*locator*), y si por vicio de la obra, será del arrendatario (*conductor*).²⁵⁴

No obstante ello, del análisis del artículo 2634 del Código Civil para el Distrito Federal se desprende una responsabilidad que se impone al empresario de verificación y análisis de los materiales que se empleen, así como del suelo que se aporte, debiendo usar toda su pericia y conocimiento para indicar si son o no adecuados, ya sean los materiales o la construcción de la obra en el inmueble colocado. Si de la supervisión hecha por el empresario éste encuentra alguna falla, avisará de ello al dueño de la obra, dando a conocer los defectos de los materiales o lo inapropiado del terreno, haciendo las debidas observaciones al respecto.

²⁵⁴ D. 19. 2. 62.

Si los materiales o el terreno son de mala calidad, el empresario tiene la obligación de avisar al dueño de la obra, y por ética profesional debe abstenerse de realizar la obra. Pero si el empresario, a pesar de saber que el terreno o los materiales no están en condiciones para realizar una construcción, no avisa de ello al dueño de la obra y la realiza, será el responsable de cualquier daño que aparezca durante y después de la construcción.

Pero si a pesar de las advertencias del empresario, el dueño de la obra insiste en que se edifique la obra en terreno inapropiado, o con materiales defectuosos, él será el responsable de cualquier daño o perjuicio que sufra aquélla.

El problema surge cuando el vicio del suelo no es evidente a la pericia del empresario ni a los exámenes o chequeos comunes al suelo. Pero en este caso no estamos ante un problema de responsabilidad, sino de riesgo, que será tratado en el apartado siguiente.

En caso de utilizar auxiliares para la ejecución de la obra, quien debe responder de cualquier acto contrario a lo estipulado es el empresario, siendo responsable de la sustitución desafortunada de las personas que haya empleado en la obra. En este caso el empresario deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados al dueño (artículo 2642 del Código Civil para el Distrito Federal). Y también debe responder frente a los trabajadores que haya empleado, de todas las obligaciones derivadas de la relación laboral.

Lo mismo sucedía en la *locatio conductio operis*, donde el *conductor* respondía de los actos de las personas que ocupó en la obra,²⁵⁵ sólo si dicha sustitución hubiera sido desafortunada,²⁵⁶ en cuyo caso debía responder de cualquier acto contrario a lo estipulado.

²⁵⁵ D.19.2.25.7; artículo 2642 del Código Civil. Cita de Margadant, Guillermo F., *El derecho privado romano*, 12a. ed., Colima, México, Esfinge, 1983, p. 416.

²⁵⁶ D. 19, 2, 13, 1; D. 19, 2, 11.

C. Responsabilidad por tener una cosa ajena

Esta responsabilidad surge de la posesión o control de cosas de un tercero propietario. La responsabilidad consiste en restituir la cosa en el momento convenido.

Respecto a este tipo de responsabilidad, la *locatio conductio operis* distingue la responsabilidad de custodia²⁵⁷ del *conductor*, para las cosas muebles que le eran entregadas por parte del *locator*,²⁵⁸ cuya obligación debía consistir en que la cosa mueble no sufriera deterioro o pérdida alguna a causa de su impericia, o culpa suya,²⁵⁹ de sus auxiliares o terceros, hasta que fuera utilizada conforme a lo convenido por las partes en el contrato, aplicando el cuidado que el más diligente *pater familias* (*diligentissimus pater familias*) hubiera puesto en las suyas.²⁶⁰ Asimismo, el *conductor* era responsable de custodia por la falta de restitución por culpa o dolo, así como del robo y daños cometidos por terceros.

Dicha responsabilidad no se contempla en el Código Civil para el Distrito Federal, debido quizá a que en este Código se establece, que el empresario es quien debe colocar la totalidad de los materiales, tanto principales como accesorios, para la ejecución de la obra, hecho que hace innecesaria la responsabilidad de custodia, pues no tiene sentido que el mismo empresario tenga la responsabilidad de custodiar sus propios materiales.

Sin embargo, si nos enfocamos al contrato de obra sobre bien inmueble, y se conviene que el dueño de la obra sea quien provea los materiales accesorios (bienes muebles), debería existir por parte del empresario una responsabilidad de custodia de dichos materiales que le han sido proporcionados.

Sobre lo anterior, no se establece nada en nuestra legislación civil, laguna que deja sin fundamento, el poder exigir una restitución o indemnización por parte

²⁵⁷ Si A entrega oro a un orfebre para que éste le hiciese una sortija y el oro era hurtado al orfebre, éste era responsable por custodia y no podía exigir remuneración alguna por su trabajo si hubiese comenzado el anillo y tampoco si lo hubiese ya acabado (*periculum est conductoris anuli faciendi*).

²⁵⁸ Gal. 3.205; PS. 2.31.29; D. 19, 2, 60, 2; 47, 2, 12 pr. En estas fuentes se tratan los casos típicos del tintorero (fullo) y del sastre (sarcinator).

²⁵⁹ Gayo 3, 205; Celso - Ulp. D.19,2,9.5.

²⁶⁰ D. 19, 2, 13, 6; D. 19, 2, 40.

del dueño de la obra por la pérdida o deterioro ocasionada por la culpa del empresario o de terceros, así como por el robo de los materiales y el no haber utilizado la cosa conforme a lo convenido.

Y si se fortaleciera la regulación que hace el Código Civil sobre los contratos de obras sobre bienes muebles la necesidad de implementar la responsabilidad de custodia sería aun mayor. Pues no sólo el empresario tendría la responsabilidad de custodia por los materiales accesorios necesarios para la elaboración de la obra, si no la necesidad de custodiar también la materia principal (bien mueble).

VII. RIESGO

En cuanto al riesgo, existe una diferencia entre ambos contratos. En el derecho romano, quien corre con el riesgo en caso fortuito o fuerza mayor es el locator. Sin embargo, hay al respecto algunas contradicciones en el Digesto y lugares torpemente interpolados, a lo que el profesor Guillermo F. Margadant señala que "parece hubo, entre la primera y la segunda generación de la escuela sabiniana, un cambio de acento desde el *periculum conductoris* hacia el *periculum locatoris*."²⁶¹ (o sea, desde el principio de que el empresario responde del caso fortuito, hacia el principio de que el dueño responde en tal caso).

Mientras que el moderno derecho mexicano tiende de nuevo hacia el *periculum conductoris*, si observamos lo establecido por el artículo 2617 Código Civil para el Distrito Federal, mitigado por los artículos 2638 y 2639".²⁶² El empresario es quien corre con todo el riesgo tanto de la obra como de los materiales, hasta la entrega de la obra.

Si examinamos lo establecido por el artículo 2616 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala que el empresario es quien pone la totalidad de los materiales.²⁶³ Parecería comprensible que por su carácter de dueño de los

²⁶¹ D. 19.2.33; D. 19.2.59.

²⁶² Margadant, Guillermo F., *op. cit.*, nota 255, p. 416.

²⁶³ El empresario es quien sufre el riesgo tal vez porque exista una presunción *juris et de jure* de culpa en contra del empresario (Mateos Alarcón) por ser él generalmente un perito en la materia, o bien porque los materiales y, por tanto, la obra ejecutada con ellos es hasta entonces de la

materiales, debería ser quien corra con el riesgo de la pérdida de estos, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor, hasta el acto de entrega de la obra.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta que en un contrato de obra sobre bien inmueble, el dueño de la obra es quien coloca el terreno donde se ejecutará la obra y puede ser que se convenga, que el mismo dueño de la obra sea quien ponga parte o la totalidad de los materiales accesorios necesarios para la construcción de la obra, o que sea el empresario quien se comprometa a proveer parte o la totalidad de los mencionados materiales. En este caso, el obligado de correr con el riesgo de la pérdida de los materiales, depende de quien haya a portado los materiales, es decir del propietario de ellos. Esto obedeciendo el principio básico, de que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*).

De ahí, que el riesgo por pérdida de materiales accesorios no incorporados a la obra lo deba correr el dueño del material, ya sea el empresario o el dueño de la obra según el caso. El riesgo por pérdida del inmueble el dueño de la obra y un ejemplo de ello puede ser la expropiación. Y el riesgo por pérdida o deterioro de la obra en proceso es del dueño de la obra, por ser la obra ya propiedad del dueño del terreno por accesión.

No obstante lo anterior sobre esto la legislación civil no establece nada. Por lo que es conveniente regular en nuestra legislación civil lo relativo al riesgo, tomando en cuenta lo señalado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

1. El derecho civil actual sólo admite como contrato de arrendamiento al de cosa, sin considerar que el arrendamiento también puede ser de servicios laborales y de obra, como se establecía en el derecho romano. Y lo que sería para este un tipo de arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*), lo regula como un contrato de obra a precio alzado el derecho civil.
2. Después del análisis de las diversas definiciones sobre la *locatio conductio operis*, que nos ofrece la doctrina, tomamos la del maestro Álvaro d'Ors la cual señala que es un contrato en el que el *conductor* se obligaba a conseguir con su actividad un determinado resultado, en una persona o cosa que le había sido previamente entregada o colocada por quien le hacía el encargo *locator*, y quien tenía la obligación de dar un pago (*merces*) por ello.
3. En el derecho mexicano se concibe al contrato de obra como un contrato de prestación de servicios, a pesar de la influencia que tuvieron sobre él legislaciones como la española o la francesa, que lo consideraban un contrato de arrendamiento como en el derecho romano.
4. Si tomamos en cuenta de forma literal la regulación que sobre el contrato de obra a precio alzado efectúa el Código Civil actual, el cual, en su artículo 2616 establece que el empresario es quien debe dirigir y poner los materiales para la realización de la obra, se estaría ante un contrato idéntico al contrato de compraventa de cosa futura.

5. Conforme al Código Civil, se entiende por contrato de obra a precio alzado aquel en el cual una de las partes, llamada "empresario", se compromete a ejecutar una obra bajo su total dirección y materiales, por un precio determinado que está obligado a pagar la otra parte.
6. No obstante lo anterior, el enfoque del Código Civil es hacia los contratos de obra sobre bienes inmuebles; es decir, contratos de construcción, en los que, el dueño de la obra es quien regularmente proporciona la materia principal (terreno) para la ejecución de la obra, lo que lo convierte en una figura contractual idéntica a la *locatio conductio operis*, y de lo contrario ante figuras distintas. Sin embargo, este contrato de construcción, como tal no encuentra su regulación en nuestra legislación civil.
7. De lo que se deduce, que el contrato de obra a precio alzado es aquel acuerdo de voluntades por virtud del cual, una de las partes contratantes denominada "Empresario", se obliga a ejecutar una obra bajo su total dirección, en un inmueble propiedad del dueño de la obra, con materiales ya sean propios o del dueño de esta, según se haya convenido. Asimismo, el dueño de la obra será quien se obligue a pagar como contraprestación, un precio determinado por la obra.
8. Existe una escasa regulación sobre el contrato de obra sobre bien mueble, lo cual denota una inconsistencia en la legislación actual, pues sólo hace mención de este contrato, en el artículo 2644 del Código Civil para el Distrito Federal.
9. Para ello sería necesario establecer un apartado de disposiciones generales que contemple las reglas básicas del contrato de obra sobre bien mueble. Para dar fundamento a contratos que no encuentran su regulación en la legislación civil y que son comunes en la práctica, tales como los contratos de sastrería, estacionamiento, lavandería, tintorería.

10. El hecho de que la legislación civil mexicana conciba al empresario como el principal proveedor de los materiales trae como consecuencia el adjudicar una mayor responsabilidad y riesgo al empresario, hecho gravoso para este último. Por lo que, tomando en cuenta quiénes son los dueños de los materiales aportados. Se deberá regular sobre la responsabilidad y el riesgo en su caso.
11. Como ya ha sido mencionado, el no realizar la obra o el pago trae como consecuencia que la parte que incumple esté obligada a pagar por los daños y perjuicios que haya ocasionado. Sin embargo, no hay disposición expresa en el capítulo III del Contrato de Obras a Precio Alzado que regule la responsabilidad que debe tener cualquiera de las partes contratantes, de cumplir con las obligaciones principales del contrato. En este caso, debería establecerse disposición en concreto que imponga a la parte incumplida responder por los daños y perjuicios que haya ocasionado a la parte que haya sido afectada.
12. Si en el contrato de obra sobre bien inmueble, se conviene que el dueño de la obra sea quien provea los materiales accesorios (bienes muebles), debería existir por parte del empresario una responsabilidad de custodia de dichos materiales muebles que le han sido proporcionados. Sin embargo, no se establece nada en nuestra legislación civil, laguna que deja sin fundamento, el poder de exigir una restitución o indemnización por parte del dueño de la obra, por pérdida o deterioro ocasionado por la culpa del empresario o de terceros, así como por el robo de los materiales o por no haber utilizado la cosa conforme a lo convenido.
13. En base a lo anterior, se entenderá por arrendamiento de Obra a Precio Alzado aquel acuerdo de voluntades por virtud del cual una de las partes contratantes, denominada "empresario", se obliga a ejecutar una obra sobre un bien mueble o inmueble propiedad del dueño de la obra, bajo su total dirección con

materiales accesorios propios o del dueño de la obra, corriendo con el riesgo únicamente de los materiales de los que sea propietario, debe entregar la obra a la otra parte contratante, denominada "dueño de la obra", quien se obliga a pagar como contraprestación un precio determinado.

14. Si se fortaleciera la regulación que hace el Código Civil sobre los contratos de obras sobre bienes muebles, la necesidad de implementar la responsabilidad de custodia sería aun mayor. Pues no sólo el empresario tendría la responsabilidad de custodia por los materiales accesorios necesarios para la elaboración de la obra, si no la necesidad de custodiar también la materia principal (bien mueble).
15. En cuanto al riesgo, existe una diferencia entre ambos contratos. En el derecho romano, quien corre con el riesgo es el *locator*. Mientras que en el moderno derecho mexicano tiende de nuevo hacia el *periculum conductoris*, siendo el empresario quien corre con todo el riesgo tanto de la obra como de los materiales, hasta la entrega de la obra.
16. No obstante lo anterior, quien debe correr con el riesgo de la pérdida de los materiales, depende de quien haya a portado estos, es decir del propietario de los materiales. Esto obedeciendo el principio básico, de que las cosas pertenecen para su dueño (*res perit domino*).
17. De lo cual se deduce que el riesgo por pérdida de materiales accesorios no incorporados a la obra debe correrlo el dueño del material, ya sea el empresario o el dueño de la obra según el caso. El riesgo por pérdida del inmueble el dueño de la obra, un ejemplo de ello puede ser la expropiación. Y el riesgo por pérdida o deterioro de la obra en proceso es del dueño de la obra, por ser la obra ya propiedad del dueño del terreno por accesión. No obstante lo anterior sobre esto, no se menciona nada en la legislación civil. Por lo que creemos conveniente su regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUIÉRREZ, Antonio, *Síntesis del derecho civil*, México, UNAM, 1966, Panorama del Derecho Mexicano.
- AMBROSIO COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, t. IV: *Contratos usuales*, traducción de la última edición francesa, Madrid, Reus, 1925.
- AMBROSIO COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, 3a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reno, 1955, t. IV.
- Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1963.
- ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del derecho romano*, 3a. ed., Madrid, 1974.
- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano II. Obligaciones, familia y sucesiones*, 14a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado.
- ARGUELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, 3a. ed. corregida, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.
- BELLO, Andrés, *Derecho romano*, Caracas, Venezuela, Ediciones del Ministerio de Educación, 1959.
- BERGER, Adolf, "Transactions of the American Philosophical Society, Held Act Philadelphia for promoting Usefull knowledge", *Enciclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43, pat. 2, 1953.

- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1969.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 8a. ed., traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 1929.
- BONNECASE, Julián, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- BORDA, Guillermo, *Manual de contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- , *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, *Obligaciones romanae*, México, Editorial Pax.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BIALOSTOSKY, Sara, *Compendio de derecho romano*, México, Editorial Pax.
- BUCKLAND, M. A., *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Cambridge, WM. W. Gaunt and Sons, 1994.
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, 3a. ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- CARAMES FERRO, José M., *Curso de derecho romano (instituciones de derecho privado: obligaciones y sucesiones)*, 10a. ed., Perrot.
- CHIRINO CASTILLO, Joel, *Derecho civil III. Contratos civiles*, México, 1986. *Código Civil* español. Legislaciones forales o especiales y leyes complementarias.
- COUDEN, M. Rubén de, *Compendio de lecciones escritas de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, 1894.
- DÍEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Vol. II: *Teoría general del contrato, la relación obligatoria en general, las realciones obligatorias en particular*, Madrid, Tecnos.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *Derecho civil. Teoría del contrato, contratos en particular*, México, Porrúa, 2000.
- D'ORS, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1960.
- , *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1975.
- , "Pseudogeminación en el Digesto por reutilización compilatoria", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Chile, 1992-1993.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, *Curso de contratos*, Nicaragua, Hispamer, 2001.
- Exposición de motivos. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1872.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial SEA, 1962.
- FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho privado romano: "Acciones, casos, instituciones"*, Dykinson, 1989.
- , *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, t.III.
- GAYO, *Institutas*, 4a. ed., texto traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro, Madrid, Abeledo-Perrot.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, *Diccionario de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1982.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Barcelona-Buenos Aires-México-Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II.

- HERNÁNDEZ TEJEDO-JANGE, Francisco, *Lecciones de derecho romano*, 5a. ed., Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, 1989.
- HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de derecho romano. Comparado con derecho mexicano y canónico*, México, Porrúa, 2000.
- HÜVELIN, Paul, *Derecho romano*, Fundación de Cultura Universitaria t. 4.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 4a. ed., Barcelona, Ariel.
- Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires, Heliasta.
- JÖRS, Paul, *Derecho privado romano*, edición de Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, Editorial Labor, 1937.
- JUSTINIANO, *Digesto*, Pamplona, Aranzadi, 1968.
- KASER, Max, *Derecho romano privado*, Madrid, Reus, 1968.
- KUNKEL, Jörs, *Derecho privado romano*, Barcelona, Labor, 1957.
- LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho romano (compendio)*, 4a. ed., México, Limusa, 1979.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil, contratos*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1970.
- MACEDO, Miguel S., *Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.
- MACKENZIE, Lord, *Estudios de derecho romano*, traducción de la 3a. ed. por Santiago Innerarity, Madrid, Francisco Góngora Editor, 1876.

- MARGADANT S., Guillermo F., *El significado del derecho romano* (dentro de la enseñanza jurídica contemporánea), México, UNAM, 1960.
- , *El derecho privado romano*, 12a. ed., Esfinge, México, 1983.
- MAZEAUD *et al.*, *Lecciones de derecho civil*, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, parte tercera, vol. 4.
- MEDELLIN, Carlos J., MEDELLIN, F. Carlos, *Lecciones de derecho romano*, 10a. ed., Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 1985.
- MORINEAU, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford de University Press.
- ORTOLAN, M. *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, libros 3 y 4 de la *Instituta*, Madrid, t. 2.
- OYUELOS, Ricardo, *Cuerpo del derecho español*, Madrid, Editorial Internacional, 1906.
- OURLIAC, Paul y MALFOSSE, J. de, *Derecho romano y francés histórico. Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial-Urgel, t. 1.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, 2a. ed. revisada y ampliada, Barcelona, Bosch.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 11a. ed., México, Porrúa.
- , *Apuntes de derecho civil*, México, 1972.
- , *Dos Códigos Civiles y una escuela de derecho*, México, 1972.

- SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.
- SERAFINI, Felipe, *Instituciones de derecho romano*, 9a. ed. italiana, Barcelona, t. 2.
- SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano privado. Historia y sistema*, 17a. ed., traducción de W. Rosses, Madrid, 1928.
- TORRENT, Armando, *Manual de derecho romano privado*, Neo.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Contratos civiles y sus generalidades*, 3a. ed., Guadalajara, 1976.
- VITERI, Ernesto R., *Los contratos en el derecho civil guatemalteco, parte especial*, Guatemala, 1992.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 5a. ed., México, Porrúa, 1994.
- ZULUETA, Francis de, *The Institutes of Gaius, parte 2, comentary*, Londres, Oxford de University Press, 1967.