

Los contratos de construcción. La figura del contratista y su relación con el riesgo

Construction contracts: the figure of Contractor and it's relation with risk.

Recepción: 13.06.17 / Aceptación: 27.11.17



Walter Vásquez Rebaza*

Resumen: A pesar de su elevada complejidad y significativa presencia en el tráfico jurídico-económico contemporáneo, los contratos de construcción todavía forman parte de un terreno poco explorado por los estudiosos nacionales desde la perspectiva legal. En el presente artículo, que forma parte de un estudio de largo aliento sobre la materia, nos ocuparemos únicamente de analizar los componentes típicos que caracterizan la actividad de los contratistas de construcción. El desarrollo mencionado se justifica en la medida que ayudará a entender y aplicar de manera idónea las normas generales (civiles) y sectoriales sobre la materia. A mayor detalle, confiamos en que las conclusiones del presente trabajo arrojen luces sobre la dilucidación del nivel de riesgo que los contratistas deben asumir en el desarrollo de sus prestaciones contractuales, habida cuenta de las peculiaridades de su actividad.

Palabras clave: Contrato de Obra, Contrato de Construcción, Contratista, Riesgo Contractual, Profesional.

Abstract: *Despite its high complexity and significant presence in contemporary legal-economic transactions, construction contracts are, from a legal perspective, still part of a field rarely explored by national academics. In the present article, which is part of a long-term research on the subject, we will only analyze the typical components that characterize the activity of construction contractors. The aforementioned development is justified to the extent that it will help to understand and apply in an appropriate way the general (civil) and sectorial rules on the matter. In more detail, we hope that the conclusions of the present research shed light on the elucidation of the level of risk that contractors must assume in the development of their contractual services, given the peculiarities of their activity.*

Key words: *Construction Contract, Contractor, Contractual Risk, Professional.*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Contractual en la PUCP. Asociado en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría

1. Acerca de la noción de contrato de construcción

Una primera dificultad que afronta quien pretende definir al contrato de construcción en el sistema nacional se encuentra dada por la falta de tipicidad legislativa de la figura. No obstante ello, dicha situación no se condice con el panorama existente en los estudios especializados –inclusive a nivel latinoamericano– sobre la materia, cuyos autores no han dudado en reconocer la existencia y contornos conceptuales del contrato de construcción como categoría autónoma.

Así, a manera de ejemplo, autores como PODETTI han señalado que se configura un contrato de construcción

“[t]oda vez que una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar a la otra, el comitente, a través de la organización de medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida” (Podetti, 2004)¹.

Por su parte, recientemente, MOLINA ZALDÍVAR y RÍOS SALAS se han inclinado por definir a la referida categoría como aquella

“en que el propietario o mandante encarga al constructor o contratista la ejecución de una obra conforme a su proyecto determinado, la que debe ser ejecutada en el plazo y precio convenido. El objeto

del contrato consistirá en la ejecución de la obra, la que estará sujeta a un proyecto, entendiéndose por tal el conjunto de planos, especificaciones técnicas, memorias de cálculo y demás antecedentes que permitan establecer o precisar aquello que se debe ejecutar, dentro de un determinado plazo y a un precio convenido, el que incluye los costos directos, los gastos generales y la utilidad a que tiene derecho el contratista” (Molina & Ríos, 2016)².

De las definiciones preliminares esbozadas, se aprecia que el punto de referencia conceptual indispensable para iniciar el estudio del contrato de construcción se encuentra constituido por el contrato de obra. Pero a pesar de la estrecha relación entre ambos tipos negociales, obra y construcción son esquemas transaccionales distintos y “la autonomía del contrato de obra no es suficiente para un adecuado tratamiento del contrato de construcción” (Podetti, 2004)³.

A nuestro parecer, el entendimiento de la relación entre los aludidos conceptos pasa por entender las conexiones lógicas y dogmáticas existentes entre el tipo y el subtipo contractual.

El tipo contractual es aquel modelo legal, abstracto y orgánico conformado por

1 Podetti, H. (2004). Contrato de construcción. Buenos Aires: Astrea, p. 52.

2 Molina, C. & Ríos, V. (2016). Derecho de la construcción: [s/e], p. 22.

3 Podetti, H. (2004). Contrato de construcción. Buenos Aires: Astrea, op. cit., p. 48. El autor (op. cit., p. 49) justifica la autonomía del contrato de construcción en los siguientes términos: “Repárese en el número y diversidad de todos los contratos que necesariamente deben celebrarse para llevar a cabo una obra, en el carácter interdependiente de todos ellos, en la originalidad y, en muchos casos, exclusividad de varias de las instituciones que le son propias, en el modo particular de recibir instituciones compartidas con otros contratos y no podrá sino concluirse en que el contrato de construcción y el contrato de ingeniería merecen un tratamiento autónomo no sólo respecto de la locación de cosas, sino también en relación con otros tipos o especies de contratos de obra”.

un conjunto de reglas referidas a una operación económica llevada a cabo a través del contrato que se caracteriza por ser repetida, extendida y por estar consolidada en la praxis, en el marco de un espacio histórico-geográfico determinado⁴. Como se sabe, son ejemplos de contratos típicos la compraventa, el arrendamiento y la donación⁵.

Por su parte, el subtipo es un modelo legal, abstracto y orgánico conformado por un conjunto de reglas (legales o consuetudinarias) relativas a una operación económica que se desarrolla al interior de un tipo contractual particular, aunque sin extralimitar su elasticidad⁶. Por consiguiente, el

subtipo se regirá, en lo no regulado por este, por las reglas que disciplinan al tipo contractual. A manera de ejemplo el contrato de arrendamiento inmobiliario destinado a vivienda regulado en el Decreto Legislativo 1177 y su Reglamento es un subtipo negociado respecto al contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil. De este modo, las normas civiles solo resultarán aplicables en tanto no existan disposiciones especiales que se ocupen de la materia en cuestión.

Como puede apreciarse, entre tipo y subtipo existe la misma relación lógica que existe entre un conjunto y los subconjuntos que lo integran.

En este orden de ideas, si bien a primera vista el intérprete podría encontrarse inclinado a equiparar los contratos de obra y construcción, creemos que, tras una mirada más profunda, debe aceptarse que este último constituye un subtipo del primero, opinión contrastante con la de quienes optan por calificar al esquema transaccional objeto del presente trabajo como uno atípico. A continuación justificaremos esta conclusión.

El contrato de obra –regulado en el artículo 1771 y siguientes del Código Civil peruano⁷– es aquel contrato típico sinalag-

4 La doctrina especializada ha definido al tipo contractual como aquel “modelo de operación económica, llevada a cabo mediante contrato, conocida y difundida en la vida en relación” o como aquel “modelo reglamentario abstracto que encierra en sí la representación de una operación económica frecuente en la práctica comercial”. (Roppo, V. (2009). El contrato. Lima. Gaceta Jurídica, p. 393). En el mismo sentido, se ha señalado (Bianca, M. (2007) Derecho civil 3. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 494) que el tipo es “el modelo de una operación económica recurrente en la vida de relación”.

El tipo es abstracto en la medida que se encuentra conformado por normas jurídicas, las cuales describen hechos jurídicos y consecuencias jurídicas hipotéticas, esto es, previsiones de una realidad y de sus efectos. Por su parte, el tipo se caracteriza por ser orgánico en tanto se encuentra compuesto por reglas que se ocupan de los principales aspectos del desenvolvimiento de las operaciones contractuales en él subsumidas, tales como su definición y delimitación, los elementos que conforman su contenido, las obligaciones de las partes, formalidades obligatorias excepcionales, distribución de riesgos, regímenes especiales de responsabilidad y cuestiones similares.

5 Es importante considerar que el tipo no solo está configurado por la noción de una operación contractual singular, sino también por todas aquellas normas jurídicas que contribuyen a fijar su singularidad y asignación de riesgos subyacente.

6 En palabras de Antonino CATAUDELLA (“Tipo e sottotipi nella donazione”, en Studi in onore di Massimo Bianca, vol. I, Giuffrè, Milán, 2006, p. 569), el subtipo es un concepto caracterizado “por la presencia de connotaciones ulteriores respecto a las [connotaciones] de la hipótesis típica [tipo contractual] las cuales, sin embargo, no son capaces de introducir elementos incompatibles con ésta [hipótesis típica], sino que sirven para

especificarla, estableciendo un ámbito más restringido, y que determinan la aplicación de una regulación dedicada únicamente a aquella [hipótesis subtípica]”.

7 Código Civil peruano. Art. 1771.- “Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”.

Del enunciado normativo se aprecia que el contrato de obra desencadena una obligación de hacer, siendo por ello aplicables a su contenido las reglas establecidas en los artículos 1148 y siguientes del Código Civil. No obstante, la actividad del contratista culminaría con una obligación de dar, por lo que también resultarían aplicables los artículos 1132 y siguientes.

Cabe agregar que el Código Civil peruano de 1984 rompe con la tradición secular romana y sitúa al contrato de obra dentro de la categoría

mático por el cual el contratista se compromete a ejecutar y entregar un resultado de su actividad al comitente a cambio de una retribución económica⁸. Pero semejante resultado proyectado admite diversas clasificaciones. Así, de manera ejemplificativa, es posible sostener que

“el contrato de obra alude a las obras más diversas tales como la construcción de un edificio, puente, camino, etc., su modificación o refacción, y aun su demolición; la fabricación de una máquina o motor, su reparación, su desarme; la realización de obras intelectuales, tales como escribir un libro, una obra de teatro, una partitura, pintar un retrato, hacer una escultura, etc.” (Borda, 2004)⁹

De ello se deriva que solo uno de los múltiples resultados de trabajo susceptibles de ser programados a través de un contrato de obra se encuentra constituido por las actividades de generación y entrega de un resultado constructivo material e inmobiliario. Solo cuando ello ocurra nos encontraremos en el terreno propio del contrato de construcción, el cual, a su vez, forma parte de la parcela –más extensa– conformada por el tipo negocial obra.

genérica constituida por la “prestación de servicios”, forma legal en virtud de la cual “se conviene que éstos [los servicios] o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente”. A mayor detalle, nuestro sistema establece las siguientes modalidades de prestación de servicios: Código Civil. Artículo 1756.- “Son modalidades de la prestación de servicios nominados:

- a.- La locación de servicios.
- b.- El contrato de obra.
- c.- El mandato.
- d.- El depósito.
- e.- El secuestro”.

8 Vázquez, W. (2015). “Construyendo la definición de variaciones en el contrato de obra”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 24, p. 85.

9 Borda, G. (2004). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot., p. 521.

Dicho de otra manera, el contrato de construcción es un subconjunto del género constituido por el tipo contractual obra, de suerte tal que cuenta con todos sus componentes propios: principalmente, la programación de la ejecución y entrega de un resultado de trabajo a cambio del pago de una remuneración.

Habida cuenta de su carácter subtípico, el contrato de construcción se regirá subsidiariamente por la regulación típica del contrato de obra.

Si bien un primer paso de cara a la definición del contrato de construcción se encuentra dado por su consideración como un subtipo del contrato de obra, existen algunos componentes que integran la definición de la figura que ameritan ser esclarecidos. En el presente trabajo nos ocuparemos únicamente de las características de las partes del contrato de construcción y, en particular, de aquellas relacionadas a la actividad del contratista.

2. Características de la actividad del contratista

Tal como ocurre en el esquema típico de la obra, el contrato de construcción tiene como partes al comitente y al contratista¹⁰.

El comitente es quien encarga la construcción de la obra y además tiene la iniciativa en la concepción ideal del proyecto¹¹. En el lenguaje propio de la praxis transaccional, el comitente suele ser denominado

10 Ello sin perjuicio de la enorme importancia de ciertos terceros partícipes en los proyectos de construcción. Sobre estos últimos y sus respectivas “esferas de competencia”, véase: Vallejo, F. (2007). “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista Derecho del Estado*, N° 20, p. 119.

11 Vallejo, F. (2007). “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista Derecho del Estado*, N° 20, op. cit., p. 98.

propietario, dueño de la obra¹² o la propiedad¹³. No obstante, semejantes términos no necesariamente se conciden con su significado técnico-jurídico.

En efecto, si bien normalmente el comitente es propietario del suelo sobre el cual el contratista efectuará sus actividades constructivas, ello no ocurrirá cuando se trata de obras a ser ejecutadas sobre bienes de dominio público, sobre las cuales el comitente normalmente ostentará un derecho de concesión distinto a la propiedad privada. Piénsese, por ejemplo, en las obras de infraestructura vial.

De otro lado, en el ámbito de los proyectos privados, el comitente bien podría ostentar un estatus distinto al del propietario sobre el sitio de la obra, como aquel que corresponde al de superficiario o usufructuario.

Por su parte, el contratista es el profesional que asume contractualmente el encargo de ejecutar las actividades constructivas (sobre la base del proyecto recibido) y de entregar el resultado de su trabajo al comitente. El contratista debe ejecutar la obra con estricta sujeción al documento contractual y sus anexos (en especial, a los planos recibidos del cliente y a las especificaciones técnicas), según los requerimientos legales (de seguridad, de protección ambiental y de cualquier otra índole)¹⁴ y buenas prácticas profesionales.

12 Emplean esta nomenclatura, entre muchos otros: Dopazo, P. (2015)., "La mercantilidad del contrato de obra por empresa como innovación regulatoria del nuevo Código Mercantil (Los contratos de obras de construcción/edificación)". En Estudios sobre el futuro Código Mercantil - Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz (p.1314). Getafe: Universidad Carlos III de Madrid..

13 También, aunque con menor difusión en nuestro país, se emplean los términos cliente, promotor y mandante.

14 Vallejo, F. (2007). "Responsabilidad profesional en la construcción de obras". Revista Derecho del Estado, N° 20, op. cit., p. 104.

Llegado a este punto, pasaremos a describir lo que a nuestro parecer constituyen los componentes caracterizadores de la actividad del contratista con ocasión a la ejecución de proyectos de construcción, a saber: (i) la autonomía, (ii) la organización de factores productivos, (iii) el carácter profesional y (iv) la no representación del comitente. La aludida tarea reviste vital importancia en tanto los puntos a ser desarrollados impactan directamente en la noción del esquema negocial que nos ocupa así como en la distribución de riesgos entre sus partícipes.

(i) Autonomía.-

La doctrina comparada suele considerar pacíficamente que el contratista cuenta con autonomía en el desarrollo del programa contractual, en tanto no se encuentra subordinado en sentido jurídico a las eventuales órdenes o instrucciones del comitente¹⁵.

Puesto en otros términos, el contratista

“dispone de una notable discrecionalidad técnica y organizativa que le permiten predisponer como mejor considere los medios necesarios, cuidado las modalidades de

15 Nervi, A. (2011). "Le parti del contratto". En Trattato dei Contratti drigido por Pietro Rescigno y Enrico Gabrielli (p. 68). Turín: UTET; PODETTI, Humberto, op. cit., p. 60, según el cual: el contratista "ha sido contratado para entregar un resultado, no para prestar un servicio o un trabajo bajo la dirección de quien lo contrató. Para ello ha estimado tiempos, recursos, equipos, tecnologías, etc., y ha comprometido su capacidad e inteligencia de organizador. El ejercicio libre y responsable de sus habilidades le es imprescindible para el desarrollo de la obra. En rigor, es esto lo que ha vendido". En opinión del autor, por esta razón el comitente no puede ni debe otorgar órdenes e instrucciones al constructor, a diferencia de lo que ocurre en la obra pública, en virtud al régimen exorbitante del contrato administrativo. En el Perú, ha asumido esta posición: Castillo, F., & Castro, L. (2008). "El Contrato de obra". En El Contrato de Obra - Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, vol. II (p. 930). Lima: Palestra.

desarrollo de las actividades para entregar a la contraparte la obra o el servicio al que se había obligado, mientras el control y supervisión del comitente se limitan a certificar la correspondencia de la obra o del servicio ejecutado por el contratista conforme a lo proyectado” (Zuddas, 2010; Perlingieri, 1980)¹⁶.

En efecto, diferencia de lo que ocurre en los contratos de trabajo, el comitente no es un empleador del contratista y este último no es un trabajador del primero. Por ende, el contratista no actúa bajo la dirección, fiscalización y control de su contraparte (ni de algún tercero), sino que el desenvolvimiento de sus actividades se caracteriza por ser independiente¹⁷.

Pero la autonomía en la ejecución de la obra se encuentra lejos de significar anarquía o discrecionalidad del contratista ya que las múltiples actividades constructivas

a ser desarrolladas por este requieren de un orden o dirección centralizados. Ciertamente, la noción de autonomía no resulta incompatible con una actividad de dirección de obras, pero sí presupone que aquella tarea sea desarrollada por el contratista y no por su contraparte. Por lo tanto, en los contratos de obra constructiva, el contratista, en virtud de su autonomía, será el titular de la función de dirección de la obra¹⁸, así como de las funciones de fiscalización y control de su personal, subcontratistas y proveedores.

El componente desarrollado en el presente apartado parecería verse relativizado por el rol que desenvuelve un partícipe de los proyectos de construcción: el supervisor, quien es un tercero contratado por el comitente¹⁹. No obstante ello, cabe replicar que la actividad del supervisor respecto a la esfera organizativa del contratista se limita al plano técnico y a la verificación de la observancia de lo convenido en los documentos contractuales²⁰. Puesto en otros términos, el

16 Zuddas, G. (2010). *Codice dell'appalto privato, al cuidado de Angelo Luminoso*. Milán: Giuffrè., p. 5. En similar sentido, Perlingieri, P. (1980). (al cuidado de), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudencia*. Libro Cuarto, vol. II. Turín: UTET, p. 10.

17 Arias-Schreiber, M. (1985). “Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios” - Delia Revoredo Marsano (compiladora), t. VI. . Lima: Okura Editores S.A., p. 520. En el mismo sentido, Campos, M. (2008). “El contrato de Obra Pública. Lo que no dice la ley de Contrataciones del Estado, pero debería decir”. *revista del Círculo de Derecho Administrativo*, Núm. 5, p. 520., quien afirma que una característica del contrato de obra es que en él “no debe existir subordinación alguna entre el contratista y el que encarga la obra, a quien la doctrina contemporánea denomina comitente”.

Tal característica ha sido contemplada explícitamente el Código Civil boliviano de 1975:

Código Civil boliviano. Artículo 732.-

“Por el contrato de obra el empresario o contratista asume, por si solo o bajo su dirección e independientemente la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida.

El objeto de este contrato puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios”.

18 Este componente es consagrado por el Código Civil Federal mexicano (1928):

Código Civil mexicano. Artículo 2616.- “El contrato de obras a precio alzado, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales, se sujetará a las reglas siguientes”.

19 Ocurre en ocasiones que quien realiza la función de supervisión es un dependiente directo de este último, situación en la cual adopta el nombre de inspector.

20 La supervisión es un derecho del propietario que ejecuta a través de un tercero (el supervisor o inspector) durante la etapa de ejecución. En los proyectos a suma alzada, el encargo a este último se suele caracterizar por lo siguiente:

- Representa al propietario para aspectos contractuales relacionados a la obra.
- No tiene facultades de modificación del contrato.
- Normalmente es quien elaboró ingeniería conceptual.
- Verificar el avance de los trabajos, realizar inspecciones y solicitar información.
- Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista y evaluar (mas no aplicar) penalidades.
- Revisar solicitudes de variaciones y de ampliación de plazo del contratista.

contratista no se encuentra subordinado a las instrucciones u otras manifestaciones de voluntad del supervisor²¹.

En general, la injerencia del comitente es admisible solo en el campo estrictamente técnico, y no en el de la organización de la empresa del contratista. En ese sentido, se ha señalado que si en la ejecución de la obra es el comitente quien –desnaturalizando su rol– imparte instrucciones a su contraparte respecto al cumplimiento de sus obligaciones, decaerá la autonomía técnica y libertad de determinación del contratista y, consiguientemente, su responsabilidad²².

En otras palabras, la autonomía del contratista queda desnaturalizada en escenarios en los que el comitente, transgrediendo los documentos contractuales, persiste en impartir una orden respecto a alguna actividad constructiva específica. Lo mencionado configura una situación patológica que atenúa (pudiendo incluso llegar a excluir) la responsabilidad del contratista²³ frente al comitente e incluso frente a terceros. En efecto, si la autonomía del contratista queda completamente desnatu-

ralizada respecto a una tarea constructiva particular, el comitente –bajo la regla de la responsabilidad vicaria– podría asumir total o parcialmente el riesgo de ser considerado responsable, frente a terceros, a causa de los daños ocasionados en virtud de la tarea instruida²⁴.

(ii) Organización de factores productivos.-

El contratista de construcción no es un artesano ni un albañil, sino una parte que ejecuta sus prestaciones contractuales a través de una organización coordinada de múltiples factores productivos, tales como capital, trabajo y recursos de diversa índole (propios y ajenos).

El reconocimiento a nivel legislativo de esta cualidad, como requisito tipificador del contrato de obra, es un aporte central del modelo jurídico italiano. En efecto, el artículo 1655 del Código Civil italiano de 1942, define a la contrata [*appalto*] en los siguientes términos:

Código Civil italiano. Artículo 1655.-

La contrata es el contrato con el cual una parte asume, con organización de los medios necesarios y con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o de un servicio contra una contraprestación en dinero.

Explicando el aludido dispositivo, la doctrina italiana ha precisado que, al ejecutar su prestación contractual, el contratista se vale de un “conjunto de recursos humanos y materiales” y “su tarea consiste esencialmente en coordinar estos recursos para la ejecución de la contrata, en vista de la

-
- Absolver consultas formuladas por el propietario y el contratista.
 - Certificar valorizaciones y declaración de cumplimiento de hitos del contratista.
 - Verificar el cumplimiento de estándares de desempeño del proyecto y sus equipos con ocasión a las pruebas de comisionamiento (de ser el caso).
 - Verificar procedimientos de control de calidad del contratista para los trabajos.

21 Ahora bien, si el contratista desatiende una instrucción que no hacía sino trasladar lo reflejado los documentos contractuales, el contratista responderá por la inobservancia de estos últimos.

22 Perlingieri, P. (1980). (al cuidado de), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudencia*. Libro Cuarto, vol. II. Turín: UTET, op. cit., p. 978.

23 Podetti, H. (2004). *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, op. cit., p.60, quien llega a considerar que “si existe subordinación [situación opuesta a la autonomía] debe desaparecer el riesgo técnico a cargo del constructor”.

24 Perlingieri, P. (1980). (al cuidado de), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudencia*. Libro Cuarto, vol. II. Turín: UTET, op. cit., p. 982.

realización del interés perseguido por el comitente”²⁵.

Esta tendencia ha sido corroborada por otra opinión, para la cual la organización de medios necesarios nos remite en el lenguaje jurídico a la idea de orden funcional, el cual puede ser considerado en dos dimensiones: “a) como planificación de la actividad (sobre todo de los momentos y lugares de su ejercicio); b) como coordinación de instrumentos de la producción, susceptibles de ser sintetizados en los factores naturaleza, capital y trabajo”²⁶.

La centralidad de la coordinación de factores productivos en el desenvolvimiento de la prestación del contratista ha sido expuesta en los siguientes términos:

“El conjunto de las cosas materiales –por ejemplo, las máquinas, los edificios, las materias primas– que pertenecen a la empresa en sí mismo no es instrumento suficiente para que el empresario pueda conseguir sus objetivos productivos y económicos. Reducida exclusivamente a las cosas materiales, la empresa pierde la esencia orgánica que le es peculiar para pasar a ser una masa inerte de bienes, que no aflora como organismo autónomo. Hace falta que las máquinas sean puestas en marcha; que las materias primas sean recogidas, elaboradas, transformadas y así sucesivamente. Son las obras, coordinadas y múltiples, de los prestadores de trabajo, dependientes del empresario –dirigentes, técnicos, empleadores, obreros– que imprimen a los agregados

de cosas materiales el sello que le otorga su naturaleza e impronta de instrumento compuesto y unitario de la actividad organizativa” (Zuddas, 2010)²⁷.

Fuera de la jurisdicción italiana, la Ley de Ordenación de la Edificación española (suplementaria al Código Civil español) también reconoce el carácter desarrollado en el presente apartado, al definir al contratista como aquel “agente que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (...)”. Se aprecia entonces que en el modelo español el constructor de obras edificatorias, para ser tal, ha de contar con una organización de factores de producción²⁸.

Por su parte, los autores latinoamericanos no han sido ajenos a esta realidad y han sostenido que la obligación principal del constructor se cumple mediante la organización de los medios necesarios. En ese sentido, PODETTI ha sostenido que estos medios

“pueden ser propios o no, por cuanto la cualidad esencial reque-

25 Nervi, A. (2011). Le parti del contratto, en Trattato dei Contratti dirigido por Pietro Rescigno y Enrico Gabrielli. Turín: UTET, p. 69.

26 Zuddas, G. (2010). Codice dell'appalto privato, al cuidado de Angelo Luminoso. Milán: Giuffrè, op. cit, p. 4.

27 CASANOVA citado por Zuddas, G. (2010). Codice dell'appalto privato, al cuidado de Angelo Luminoso. Milán: Giuffrè, op. cit. p. 6.

28 Dado que un análisis de la norma citada excedería los propósitos del presente trabajo, nos limitaremos a mencionar que, conforme a lo establecido en su numeral 1.1 su objeto consiste en “regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios”.

Como se aprecia, la Ley de Ordenación de la Edificación tiene un ámbito de aplicación bastante más restringido que el del Código Civil, en tanto se limita a disciplinar las obras edificatorias.

rida al constructor no es la de ser propietario de equipos o materiales o de tener como empleados en relación de dependencia o contratados a quienes cuentan con las habilidades necesarias para la ejecución de la obra encomendada sino (...) la de organizar adecuadamente los recursos materiales y el trabajo humano material e intelectual necesarios para alcanzar el fin prometido. En caso de no poseer tales medios o no tener contratadas a las personas necesarias, las obligaciones que el constructor ha asumido incluirán las de seleccionarlos correctamente y contratarlos en el tiempo oportuno” (Podetti, 2004) ²⁹.

A nuestro parecer, es indudable que la actividad del contratista se caracteriza por contar con una organización de factores de producción, esto es, de recursos humanos (incluyendo subcontratistas y proveedores), capital, bienes (propios o ajenos) y derechos. Sin embargo, cabe observar que cuando cierta organización de la producción se encuentra dirigida a una finalidad de lucro, se configura el concepto de empresa. En efecto, “la empresa comercial es la organización funcional y activa de medios, apta para la producción o intercambio de bienes o servicios para el mercado con ánimo de lucro”³⁰.

De este modo, el contrato de construcción cuenta con una naturaleza predominantemente empresarial al constatarse que obras constructivas “son elaboradas por

empresas dedicadas a la construcción”³¹ ³². De allí que resulta pertinente dedicar algunas líneas a la controvertida categoría de los contratos de empresa.

La contratación empresarial es un fenómeno heterogéneo y difícilmente reconducible a una categoría unitaria³³. Para quienes

31 LORENZETTI citado por Podetti, H. (2004). Contrato de construcción. Buenos Aires: Astrea, op. cit., p. 49.

32 Así, tal como se ha visto, la denominación empleada por el Anteproyecto de Código Mercantil español es la de “contrato de obra por empresa”. Para un comentario sobre el referido aspecto, véase: : Dopazo, P. (2015). , “La mercantilidad del contrato de obra por empresa como innovación regulatoria del nuevo Código Mercantil (Los contratos de obras de construcción/edificación)”. En Estudios sobre el futuro Código Mercantil - Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, op. cit., pp. 1307-1325.

33 Pertencerían a esta agrupación los contratos en los que interviene un empresario en calidad de parte, a saber: los contratos de colaboración empresarial, los contratos corporativos de organización interna de la sociedad, aquellos destinados a afrontar una crisis patrimonial y finalmente aquellos que celebra la empresa cotidianamente para canalizar sus relaciones contractuales. Además, podrían ser componentes de esta agrupación los contratos unilateralmente comerciales (como ocurre en los contratos de consumo) o bilateralmente comerciales (como ocurre en los ejemplos antes señalados). Según cierto autor (Scognamiglio, C. (2008). “Contratos de empresa y voluntad de los contratantes” . Revista de Derecho Privado, núm. 15, pp. 27 y ss.. Bogotá: Universidad Externado de Colombia) podría tratarse de contratos estandarizados, de negocios en los que exista gran dependencia de una parte respecto a la otra o de contratos con “fuerza económica homogénea” entre sus partes.

Por otro lado, la referida opinión (Scognamiglio, C. (2008). “Contratos de empresa y voluntad de los contratantes”.. Revista de Derecho Privado., núm. 15 op. cit., p. 31) ha destacado que en los contratos empresariales estandarizados, a pesar de la inexistencia de tratativa, tienen importancia los comportamientos anteriores de las partes. “esta tipología de comportamientos bien puede ser usada para reconstruir el ámbito de los riesgos, costos o ventajas que las partes han pretendido soportar o han querido satisfacer, naturalmente siempre que se trate de comportamientos de una parte que son conocidos o conocibles por la otra y, por lo tanto, que permitan seleccionar entre los diversos significados atribuibles al contrato estándar aquél sobre el cual podía ser pues-

29 Podetti, H. (2004). Contrato de construcción. Buenos Aires: Astrea, op. cit., p. 54, quien para estos efectos se basa en la regulación del Código Civil italiano.

30 FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 15 y 16.

avalan su autonomía conceptual, antes que en el sujeto empresario, las configuración del contrato de empresa strictu sensu estaría supeditada a la actividad empresarial de aquel, la cual se caracterizaría por depender de una organización de factores a destinados realización de una actividad económica productiva movida por el ánimo de lucro del empresario.

En esta línea, cierta opinión en el modelo español ha señalado lo siguiente:

El empresario, según el Código Civil es el «dueño o director de un establecimiento o empresa», mientras que el Código Penal en el artículo 120.4, afirma que son «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio». De estas dos definiciones no parece que pueda extraerse que se refieran a personas diferentes, si no más bien, parece que se está pensando tanto en los sujetos coincidentes con el concepto de comerciante del Código de Comercio, como, ese concepto trasladado a la actualidad como empresario (individual) o sociedad mercantil, entendiendo por tal todos los que realizan una actividad económica organizada dirigida a la producción de bienes o servicios para el mercado. Jurídicamente, el empresario es el titular de la empresa. Por tanto, hoy en día «empresario» es cualquier persona física o jurídica titular de una explotación económica, y como dice MONTERROSO, siendo indiferente «la naturaleza del título jurídico que ostente sobre la explotación (propietario, poseedor, subarrendatario, usufructuario)». (Rodríguez de Almeida, 1983)³⁴.

ta una confianza razonable”.

34 Rodríguez de Almeida, M. “Cuando el empresa-

El modelo italiano define a aquellas actividades empresariales que, por su naturaleza, se encuentran sujetas a inscripción, las cuales pueden ser tomadas como referencia por un modelo como el nuestro:

Código Civil italiano. Artículo 2195.-

Se encuentran sujetas a la obligación de inscripción en el registro de las empresas, los empresarios que ejercen:

1. una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios;
2. una actividad intermediaria en la circulación de bienes;
3. una actividad de transporte por tierra, agua o por aire;
4. una actividad bancaria o de seguros;
5. otras actividades auxiliares a las precedentes.

Las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas comerciales se aplican, si no resulta algo distinto, a todas las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercen.

Quienes reconocen el valor operativo de los contratos de empresa consideran a esta noción subyace una suerte de vocación de continuidad de la actividad empresarial. Dicho de otra manera, los negocios jurídicos inmersos en este conjunto se caracterizarían por la “fuerza de conservación y supervivencia las vicisitudes personales de su

rio responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 750, p. 2345..

autor y capacidad de transición al sujeto que subentra a su autor en el ejercicio de la actividad de empresa”³⁵. A ello se añade que el contenido del contrato de empresa no suele derivar del empresario –individualmente considerado–, sino de la “organización de empresa”, en la medida que en la construcción de los términos y condiciones negociales confluyen “los aportes de expertos, oficinas de estudios, consultores jurídicos, socio-económicos, psicológicos, publicitarios, etc”³⁶.

Como se aprecia, existiría una fortísima incidencia de la organización empresarial sobre el contenido estructural (preceptivo) del contrato de empresa³⁷.

Ahora bien, ante la imposibilidad de profundizar sobre la materia habida cuenta de los límites de espacio a los que nos encontramos sometidos³⁸, nos limitaremos

a constatar –sin que se entienda como una toma de postura– que el sistema contractual peruano parecería constituirse como uno dualista, en la medida que existen reglas generales destinadas a los contratos “civiles” (esto es, aquellos disciplinados en el Código Civil) y otras –aun cuando escasas, fragmentarias y anacrónicas– aplicables exclusivamente a los contratos “mercantiles” (o “de empresa”³⁹) en las disposiciones vigentes del Código de Comercio.

De regreso a la materia que nos concierne, sintetizaremos el análisis efectuado en este apartado, señalando que la actividad del contratista se caracteriza por la disposición de una organización de factores que le permita llevar a cabo una actividad productiva en el mercado (la ejecución de una obra constructiva)⁴⁰. Asimismo, se constata que el contratista actúa con un

35 Dalmartello, A. 1983. “Contratti d’impresa”. En Enciclopedia Giuridica (t. IX, p. 6) [de la separata].

36 Idem.

37 Idem.

38 Dentro de las posturas críticas a la autonomía conceptual de la categoría mencionada anteriormente, nos encontramos con la posición de OLIVA BLÁZQUEZ (Blázquez, O. (2014). “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos”. Revista de Derecho Civil, núm. 3, pp. 40 y ss.), quien se muestra en contra del Anteproyecto de Código Mercantil español en el extremo en que pretende incorporar reglas sobre contratación privada. La objeción se basa en el argumento de que dicha técnica legislativa no resultaría compatible con la tendencia proveniente de los cuerpos normativos europeos de unificación del Derecho Contractual, los cuales omiten la distinción entre contratos civiles y mercantiles (o de empresa) y, como contrapartida, disciplinan un derecho uniforme y unitario de la contratación privada. A mayor abundamiento, según el autor (ibid., p. 40), “Hoy en día no interesa en absoluto perder el tiempo y las energías en distinguir, con criterios en la mayoría de los casos complejos, discutibles e inseguros, entre contratos de tipo comercial y civil; aún menos justificada está la idea de insistir en una separación inexistente y falaz de una teoría general del contrato y la obligación mercantil”. De este modo, el planteamiento del autor radica en incorporar las

“contadas normas especiales sobre obligaciones y contratos que aparecen tanto en el Derecho de consumo como en el Derecho mercantil” al Código Civil, de manera coherente y lógica, con el propósito de reflejar la teoría general de la contratación privada. En efecto, OLIVA BLÁZQUEZ considera (Blázquez, O. (2014). “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos”. Revista de Derecho Civil, núm. 3,, p. 56) que este fenómeno es compatible con la “comercialización del Derecho Civil”.

39 Sánchez Calero, F. (1989). “Instituciones de Derecho Mercantil”. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 408, según el autor “[s]e califican como mercantiles aquellos contratos que surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. La participación de un empresario y la vinculación del contrato a su actividad profesional son, por regla general, los datos que determinan si un contrato es mercantil (v. gr. El contrato de seguro, los contratos bancarios, etc.). Sin embargo, ciertos contratos también reciben esta calificación aun cuando no se den esas circunstancias, pero parece presuponerse que por regla están unidos a la actividad empresarial (así, por ejemplo, en el caso de la compraventa mercantil (...)). En similar sentido, FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Astrea, 1993, op. cit., p. 14.

40 Al respecto, entre muchos otros, CERVALE, Maria Cristina. (2011) La struttura dell’appalto, en Trattato dei Contratti drigido por Pietro Rescigno y Enrico Gabrielli. Turín; UTET, , op. cit, p. 103.

ánimo lucrativo, lo cual resulta compatible con la tipificación onerosa del esquema transaccional de la obra.

Como consecuencia, el contrato de construcción vendría a ser un contrato empresa⁴¹ y su ejecutor (el contratista) será catalogado necesariamente como un empresario. A mayor abundamiento, se constata en la realidad que el ejecutor de proyectos de construcción se compromete a realizar el encargo asumido con trabajo prevalentemente ajeno y no propio, a diferencia de lo que ocurre con las pequeñas empresas o las empresas familiares.

El modelo legislativo peruano no establece –al menos de manera expresa– el carácter empresarial como un rasgo tipificador de la actividad del contratista. Sin embargo, es útil reproducir la posición de ARIAS SCHEREIBER quien apunta al carácter “preponderantemente empresarial” de la contrata italiana como criterio idóneo para distinguir al contrato de obra del contrato de servicios en el Perú. En efecto, según el autor, existen contratos que hipotéticamente podrían ser considerados como locación de obra por el Código Civil peruano, pero que se caracterizan por su perfil artesanal e individual antes que empresarial. Ejemplo de ello serían los casos del sastre que confecciona un terno, del poeta que crea una poesía, del discurso que se elabora para que un político lo pronuncie⁴².

41 Esta característica no se encuentra presente en el modelo legislativo del Código Civil alemán. Sobre el particular, cierta opinión (MEDICUS, Dieter. (1995) Tratado de las relaciones obligacionales, Traducción de Ángel Martínez Carrión, vol. I. (538) Barcelona Bosch,) ha señalado que de cara a la celebración de un contrato de obra “no necesita actuar un empresario en sentido económico, aunque con frecuencia así lo es”.

42 ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max, op. cit., p. 520, quien afirma que una característica del contrato de obra es que esta última “puede ser el resultado de trabajo de dependientes, pero en la medida en que exista un contratista responsable que los dirija y vigile”.

Al no cumplir con el “corte empresarial” requerido por la contrata –en opinión del estudioso sanmarquino– los ejemplos expuestos deberían pasar a formar parte de la locación de servicios o, en caso ello no sea viable, deberán ser considerados esquemas atípicos⁴³. De este modo, el genuino contrato de obra estaría relacionado “a las construcciones y labores similares, y no es propio de (...) la obra artesanal, el cual (...) debió pasar a la legislación propia de la locación de servicios”⁴⁴.

El carácter empresarial del contrato de construcción genera repercusiones prácticas adicionales de no escaso interés.

En primer lugar, dicho carácter determina que el contrato objeto de análisis no pueda ser generalizado como un esquema de carácter personal⁴⁵, dado que, en la realidad moderna, el plano causal de aquel tipo negocial está conformado por la orga-

43 Ibid., pp 522 – 523. Sin embargo, el autor reconoce que dicho planteamiento requeriría de una regulación normativa específica, en vista de lo “brumoso” de la materia.

44 Ibid., p. 527. En este orden de ideas, el autor (ibid., pp. 523-524) señala que entre las características atribuibles al genuino contrato de obra en el Perú (equiparable, como repetimos, a la contrata italiana), las siguientes:

“(…) Sus perfiles son netamente empresariales y existe, en suma, una organización económica proporcionada por el contratista, lo que no es característica esencial de la locación de servicios. Reafirmamos, sin embargo, que pueden presentarse «zonas grises» o situaciones «brumosas» en las que no se puede ser concluyente y habrá que estar a los hechos para establecer, en definitiva, si se trata de uno u otro contrato, o si lo que se presenta es una relación obligacional atípica o innominada”.

“(…) No es necesariamente personal, a pesar que el artículo 1787 parece demostrar lo contrario. En realidad, este dispositivo constituye, en nuestra opinión, un rezago del antiguo concepto que se tenía de la locación de obra. Por lo demás, nada impide que las partes establezcan el carácter inuitu personae del contrato de obra; pero la misma organización de tipo empresarial del contratista lo hará, en la mayoría de los casos, innecesario”.

45 PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 868.

nización que el empresario dispone para la ejecución del contrato y no así por la persona de este último⁴⁶. Ello explicaría satisfactoriamente la regla civil, frecuente en los modelos del Civil Law, según la cual el deceso del contratista no extingue de manera automática e inexorable el contrato de construcción⁴⁷.

Sin embargo, las cualidades de la empresa contratista pueden ser jurídicamente relevantes para el comitente, según el texto y al contexto del contrato. Por ejemplo, un comitente que le encargue la construcción llave en mano de un terminal portuario a un consorcio contratista, se encontrará más que interesado en que el consorciado especialista en obras marítimas complejas y no el consorciado especialista en obras civiles sea quien lleve a cabo directamente dicho alcance.

Lo que queremos decir es que en los contratos de construcción el interés del comitente no se dirige hacia la persona del contratista, sino hacia su organización productiva la cual bien puede suponer una reputación y experiencia ganadas en el mercado.

En palabras de POLIDORI:

“Es necesario precisar, sobre el punto, que en la normalidad de casos la eventual valoración de infungibilidad concierne a la organización empresarial, dado que en

la contrata el ropaje de contratante es asumido por la empresa encargada antes que por la persona física del titular; respecto a la primera, por lo tanto, asume relevancia la consideración cualitativa por parte del comitente” (Polidori, 2015)⁴⁸.

En segundo lugar, la naturaleza empresarial de la actividad del contratista explica la flexibilidad con la que –según legislaciones como la peruana⁴⁹– cuenta el contratista para gestionar subcontratos de cara a la realización de sus actividades constructivas, asumiendo la responsabilidad frente al comitente. Esta situación se debe a que una de las características de la empresa es la “fungibilidad” que reviste para los clientes (como el comitente) el personal que trabaja en la producción o intercambio de los bienes o servicios⁵⁰.

48 POLIDORI, Stefano, Appalto(2015), en Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato, dirigido por Pietro Perlingieri(39), Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane,

49 Código Civil peruano. Artículo 1772º.- “El contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente.

La responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato”.

50 FARINA, Juan M., op. cit., p. 17, según el cual: “Quien contrata con una empresa lo hace –si es que esto le interesa– basándose en el prestigio que ella tiene en el mercado, en el nombre comercial o en la marca de fábrica, resultándole –o debiendo resultarle– indiferente quién o quiénes son las personas físicas encargadas de trabajar para producir el bien o el servicio por cuenta de la empresa, pues es el empresario quien asume la responsabilidad pertinente. No ocurre lo mismo con la actividad del artista, del profesional e, incluso, del artesano, quienes realizan personalmente sus tareas, y cuyos servicios son requeridos en atención a sus condiciones, calidades y eficiencias individuales, a la vez que asumen una responsabilidad personal y directa frente a su cliente; salvo que el profesional organice y desenvuelva su actividad en forma de empresa, como ocurre con el ingeniero civil que organiza una empresa de construcciones”.

46 NERVI, Andrea, op. cit., p. 71.

47 RESCIGNO, Pietro(1988), “Appalto” (Diritto Privato), Enciclopedia Giuridica, t. II, Roma, , p. 5 (de la separata)., p. 12. Salvo que fuere determinante para su producción.

Sin embargo, la regulación del Código Civil peruano parece contrastante con dicha realidad:

Código Civil peruano. Artículo 1787º.- “En caso de terminarse el contrato por muerte del contratista, el comitente está obligado a pagar a los herederos hasta el límite en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera, los gastos soportados y los materiales preparados”.

De otro lado, la cualidad ahora analizada hace que el contratista se encuentre sometido un umbral elevado (y, en ocasiones, objetivo) de riesgos típicos de la actividad empresarial, en particular a aquel riesgo consistente en la pérdida de los recursos invertidos a causa de factores de mercado, el cual se compensa con la expectativa de obtener un beneficio del desarrollo de la actividad. En efecto, la naturaleza especulativa de la actividad de los contratistas de construcción determina que asuman riesgos que, producto de una evaluación y cuantificación efectuada por sus equipos de trabajo, sean calificados como razonables en función de la rentabilidad esperada de un proyecto particular.

Por lo tanto, como se verá posteriormente, creemos que la naturaleza empresarial del contrato de construcción tiene un impacto directo en la magnitud de previsión razonable⁵¹ que el contratista deberá asumir respecto a las alteraciones de la realidad coetáneas y sobrevinientes al cierre del contrato. Desde luego, lo mencionado no descarta la aplicación de las reglas civiles de la exoneración de responsabilidad del contratista por los eventos extraños a su esfera de control(Nervi, 2011)⁵², tal como ocurre en las hipótesis de caso fortuito y excesiva onerosidad de la prestación, pero sí impacta en los requisitos necesarios para su configuración.

Finalmente, en nuestro sistema, el carácter empresarial del contrato de construcción determina su subsunción en el artículo 2 del Código de Comercio, según el cual:

Código de Comercio. Artículo 2.-

51 Jurídicamente, los eventos de riesgo susceptibles de ser advertidos dentro del umbral de previsión razonable suelen identificarse con lo que la doctrina contractual denomina *alea normal*.

52 NERVI, Andrea, op. cit., p. 69.

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común

Como se aprecia, el mencionado dispositivo otorga un enforcement y una primacía regulatoria a “los usos del comercio observados generalmente en cada plaza” de cara a la integración de los contratos de construcción. Si bien dicha regla debería también ser aplicable a la contratación común, lo cierto es que nuestro Código Civil omite consagrarla expresamente, contribuyendo a la generación de incerteza. En ello radica la importancia de la claridad del citado artículo.

(iii) Carácter profesional.-

Tal como explica CATTANEO, una actividad profesional es aquella “que requiere particulares conocimientos o habilidades, y cuya conformidad puede ser controlada según las normas técnicas inherentes a una cierta regulación”⁵³. La actividad profesional se caracteriza por presentar un componente técnico⁵⁴(Cattaneo,1958) (esto es, por la existencia de una *lex artis* para su desenvolvimiento) y por su prevalencia intelectual⁵⁵. De este modo, no son indispensables para la configuración de aquella categoría el provenir de una carrera universitaria tradicional, la habitualidad y la existencia de una expectativa de lucro en quien la ejerza⁵⁶.

53 CATTANEO, Giovanni,(1958) *La responsabilità del professionista*,(5) Milán: Giuffrè.

54 *Idem*.

55 Según CATTANEO (*ibid.*, p. 17), “[e]l uso de la inteligencia, de la cultura o de las facultades artísticas debe tener una importancia muy superior a la del trabajo manual prestado”.

56 *Ibid.*, pp. 5 y 6.

Gran parte de las actividades de esta índole se encuentran controladas por asociaciones profesionales, a las que se les confía la verificación de los requisitos para la inscripción y mantenimiento de los miembros, el poder de fiscalizar a los inscritos bajo la vigilancia del Estado. Muchas de aquellas entidades tienen poder disciplinario que ejercen órganos de la asociación. Frecuentemente, estos últimos aplican “normas consuetudinarias, surgidas en el ámbito del grupo social constituido por los miembros de la profesión, y denominadas normas “deontológicas” o de “ética profesional” o de “corrección profesional””⁵⁷.

Que el carácter profesional de la actividad de una de las partes de un contrato tenga un impacto directo en el contenido de las situaciones jurídicas asumidas y consiguiente distribución de riesgos derivada del ejercicio de su autonomía privada es un dato que ha sido reconocido no solo en ciertos modelos legislativos nacionales⁵⁸, sino también a nivel de los cuerpos normativos europeos de uniformización del Derecho Contractual. Así, el artículo 6:101 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establece lo siguiente:

Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales

- (1) Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las

circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta:

- (a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte.
 - (b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios.
 - (c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes.
- (...)

En el caso de los contratos de construcción, una parte significativa del personal con el que cuenta el contratista para el desarrollo de sus actividades se encuentra constituida por profesionales intelectuales⁵⁹. Así, la ejecución de la obra constructiva requerirá de ingenieros y arquitectos debidamente calificados en inscritos en colegios profesionales para las funciones de dirección y proyección⁶⁰. Pero al margen de ello, podrían existir otras actividades de elevada o media complejidad que requieran ser asignadas a dependientes que cumplan con el carácter ahora desarrollado.

La exigencia para el contratista de contar con profesionales dentro de su plana se encuentra también relacionada a la noción de buenas prácticas profesionales de la ingeniería y construcción, las cuales se configuran como un estándar de diligencia que exige al contratista no actuar por debajo del umbral constituido por la (hipotética) actuación de un contratista profesional que se desenvuelva de manera idónea a la luz de las circunstancias⁶¹. En caso la actuación del

57 Ibid., pp. 11.

58 Código Civil italiano. Artículo 1176.- “De cara al cumplimiento de su obligación el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con respecto a la naturaleza de la actividad ejercida”.

59 CATTANEO, Giovanni, op. cit., p. 104, para quien el constructor es un profesional en el sentido tradicional del término; pero –a diferencia del diseñador– él no hace cálculos, ni elabora planos, ni juzga la idoneidad de los métodos de construcción ni de los materiales que han sido especificados por el diseñador del proyecto.

60 PODETTI, Humberto, op. cit., p. 50.

61 En ese sentido, las buenas prácticas profesiona-

contratista no se ajuste al referido estándar, se encontrará en un supuesto de incumplimiento contractual. Evidentemente, el deber anteriormente graficado no podría llegar al punto de poner en peligro la estabilidad económica del contratista, sino que deberá ejercerse en la medida de lo económicamente razonable, esto es, “no hasta el punto de sufrir un sacrificio apreciable, personal o económico”⁶².

De otro lado, el estándar de competencia exigido al constructor, en su calidad de profesional, le exige “permanecer atento a los nuevos desarrollos tecnológicos en su campo y conocer los riesgos inherentes a su actividad. No estar al día constituye culpa”. De esta manera, “el riesgo del desarrollo tecnológico pesa sobre el empresario y un procedimiento defectuoso no es causa extraña con respecto a quien lo utiliza(Vallejo, 2007)”⁶³.

A nuestro juicio, la necesidad de contar con profesionales para el contratista se manifiesta también en la etapa de tratativas precontractuales aunque como una carga, en lo concerniente a sus propios intereses. En efecto, sin perjuicio de los deberes de buena fe que emanan del artículo 1362 del

les suelen ser definidas del siguiente modo en los modelos estandarizados de contratos de construcción: “Son las prácticas, estándares, métodos y actos relevantes, internacionalmente reconocidos que, en ejercicio de un juicio apropiado a la luz de los hechos conocidos o que razonablemente debieron haber sido conocidos por el CONTRATISTA, debieron haber sido adoptados con el objeto de alcanzar el resultado deseado de manera que resulte consistente con el objeto del presente Contrato y las leyes aplicables al mismo. La aplicación de estas prácticas supone el desarrollo de actividades confiables, seguras, tuitivas del medio ambiente y que sean eficientes económicamente. Las decisiones que se adopten en aplicación de estas prácticas deberán ser coherentes con el nivel de destreza, diligencia y prudencia que es esperado de un contratista experimentado en diseño, ingeniería o construcción que se encuentre dedicado al mismo tipo de trabajo bajo condiciones iguales o similares”.

62 BIANCA, Massimo, op. cit., p. 527.

63 VALLEJO, Felipe, op. cit., p. 108.

Código Civil, en las rondas de negociación destinadas a la elaboración de los términos y condiciones del contrato y de los instrumentos técnicos que configuran el proyecto, el contratista tiene la carga de colocar profesionales competentes que revisen la viabilidad y consistencia de dichos instrumentos con la finalidad de contribuir a la proposición de alternativas para subsanar los eventuales defectos, así como que contribuyan a una adecuada internalización de los riesgos del proyecto. De no cumplirse la carga descrita, el contratista deberá asumir la materialización de los riesgos no previstos a pesar de haber sido razonablemente previsibles, aun cuando afecten su estructura de costos y reduzcan su utilidad proyectada.

Resulta trascendental destacar que el carácter que nos ocupa en este apartado determina la aplicación al contrato de construcción, como subtipo del contrato de obra, de un régimen de responsabilidad especial:

Código Civil. Artículo 1762.-

Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Interpretado literalmente, el dispositivo parecería establecer que el contratista de construcción se verá exonerado de responsabilidad si es que su incumplimiento se debe a culpa leve, esto es, a la omisión de “aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Al respecto, debemos manifestar nuestras discrepancias con lo que parecería ser la lectura del dispositivo

involucrado, aunque sus alcances excedan los propósitos de estas líneas.

En cualquier caso, consideramos que la pretendida exoneración de responsabilidad del contratista no será aplicable a todas las actividades constructivas a cargo del contratista, sino únicamente a aquellas cuya complejidad amerite la asignación de un profesional para su realización o dirección. Así, por ejemplo, el ejecutor de un proyecto llave en mano podría llegar a responder por culpa leve por haber aplicado un recubrimiento a una tubería sin haber removido el recubrimiento anterior, aun cuando dicha necesidad no hubiese podido ser fácilmente advertida.

Pasando a otro punto, es el carácter profesional del contratista lo que justifica ciertas peculiaridades de la regulación del contrato de obra en el Código Civil peruano. Al respecto, piénsese, por ejemplo, en la obligación consistente en “dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubre antes o en el curso de la obra”. Con ocasión a dicho dispositivo, la doctrina nacional ha entendido que el “grado de preparación que supone la organización del contratista hace que éste no pueda ignorar los defectos del suelo donde se va a levantar la construcción o la deficiente calidad de los materiales que ha recibido”(Arias-Schreiber Pezet,1985) ⁶⁴. De esta manera, nos encontraríamos frente al “riesgo profesional”⁶⁵.

Una derivación final del componente anteriormente enunciado es el hecho de generar una eventual hipótesis de asimetría de la información con el cliente, sin perjuicio de que este último suela tener un equipo técnico a su disposición de cara a la negociación de estos contratos.

64 ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max, op. cit., p. 465.

65 Idem.

(iv) Ausencia de representación.-

A diferencia de lo que acontece en contratos como aquellos el mandato y esquemas transaccionales asimilables, el contratista no cuenta con representación directa o indirecta del comitente para el desarrollo de sus actividades principales. La realización del contenido de su prestación es a nombre propio y no en nombre ajeno.

Sin embargo, de manera excepcional, el contratista podría asumir, según lo establecido consensualmente con su contraparte, prestaciones para cuya ejecución cuente con representación del comitente. Así, por ejemplo, piénsese en la importación de equipamiento especializado destinado a incorporarse en la obra material, operación en la cual, por razones tributarias, se ha estipulado que el contratista compre el bien del fabricante no a nombre propio, sino del comitente.

3. Acerca del riesgo asumido por el contratista

Cuando los autores pertenecientes a los modelos del Civil Law se ocupan de la obra constructiva, suelen asociar la frase asunción o asignación del riesgo a aquellos supuestos en que el avance de obra perezca por causas no imputables a las partes, tal como ocurre con ciertos desastres naturales. En tales escenarios, será el contratista quien asumirá el costo de la pérdida de la contraprestación por el proyecto⁶⁶. En efecto, entre los sistemas del Civil Law es frecuente la regla por la cual si la obra se pierde antes de su entrega, el prestador no tendrá derecho a obtener una remuneración por los volúmenes pendientes de ejecución; mientras que

66 En efecto, según reglas legales como la acogida por el sistema peruano, el riesgo de la pérdida y deterioro de los componentes parciales de la obra se traslada al comitente con la entrega. En ese sentido, hasta este último hito, el riesgo de la pérdida por causa no imputable debe ser administrado por el contratista.

por aquellos volúmenes ejecutados solo la obtendrá en la medida en que haya sido útil al comitente o bajo una regla de equidad⁶⁷. Así, la referida parte verá desvanecerse gran parte de la utilidad de la operación.

Sin embargo, como es universalmente conocido, en el marco de los proyectos de construcción tanto el comitente como el contratista se encuentran expuestos múltiples riesgos. Piénsese, a manera de ejemplo, en el riesgo técnico, en el riesgo de diseño, en el riesgo derivado de las fluctuaciones del precio de los materiales en el mercado, el riesgo geológico, el riesgo arqueológico, el riesgo derivado de la divergencia entre volúmenes de obra (metrados) proyectados y ejecutados, el riesgo social, el riesgo de interferencias, el riesgo de actos y decisiones gubernamentales, el riesgo cambiario, el riesgo legal, el riesgo país y un largo etcétera⁶⁸.

Muchos de los eventos enumerados anteriormente impactan negativamente en la estructura de costos del contratista pudiendo llegar a reducir sensiblemente o, en ocasiones, eliminar sus utilidades proyectadas. En suma, la pluralidad de riesgos existentes en los proyectos de construcción puede terminar por afectar el equilibrio contractual, entendido como la determinación consensual de la medida del intercambio, esto es, como la proporción de

riesgos y sacrificios fijada en el reglamento de intereses⁶⁹.

Reviste fundamental importancia resaltar que no toda alteración del mencionado equilibrio acarrea remedios jurídicos para las partes, sino que estas últimas, en el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas, deberán soportar ciertos eventos de riesgo y sus consecuencias. Piénsese, por ejemplo, en la disminución –no material y cotidiana– de la tasa de cambio que afecta a un locador de servicios que obtiene una remuneración mensual. Semejante fluctuación ha ocasionado que el presente mes el mencionado personaje reciba un menor valor respecto al mes pasado, a cambio de haber realizado exactamente la misma prestación que en aquella oportunidad. En tal caso, por disgustado que se encuentre, el locador no tendrá una pretensión contractual de reducción de su prestación ni de reajuste de la contraprestación.

No obstante ello, frente a aquellos eventos de riesgo que generen una alteración exorbitante o material de ciertos contratos (entre los cuales se encuentra el de construcción), el sistema nacional dispone el remedio de la excesiva onerosidad de la prestación, el cual, en caso se cumpla con todos los requisitos contemplados por la norma, permite al contratista (como deudor contractual obtener) obtener un reajuste de precio o, subsidiariamente, resolver el contrato.

Código Civil peruano. Artículo 1440.-

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica

67 Código Civil y Comercial argentino. Artículo 1267.- “Si la ejecución de una obra o su continuación se hace imposible por causa no imputable a ninguna de las partes, el contrato se extingue. El contratista tiene derecho a obtener una compensación equitativa por la tarea efectuada”.

68 Al respecto, en un notable trabajo (“Reclamos por demoras, disrupción y aceleración en proyectos de construcción”, en: *Temas de Direito da Construção*, Fernando Marcondes (Organizador), Pini, San Pablo, 2015, p. 143), FRANCO REGO ha sostenido que los contratos actuales difícilmente omiten referirse a la asignación entre las partes de los riesgos de aspectos elementales, tales como la eventual demora del contratista.

69 Para un desarrollo de la noción de equilibrio contractual, véase la excelente monografía traducida al español del profesor Enrico GABRIELLI, “La excesiva onerosidad sobrevenida”, en *Estudios sobre Teoría General del Contrato*, Traducción de Rómulo Morales Hervias y Walter Vásquez Rebaiza, Jurista, 2013, pp. 305 y ss.

o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Los remedios reservados a las hipótesis de excesiva onerosidad se activarán frente a la verificación de los siguientes requisitos acumulativos, a los cuales denominaremos, conjuntamente, el umbral de la excesiva onerosidad:

- (i) la celebración de contrato conmutativo o (excepcionalmente) aleatorio,
- (ii) que el contrato no se encuentre consumado,
- (iii) un evento sobreviniente,
- (iv) un evento extraordinario,
- (v) un evento imprevisible,
- (vi) el agravamiento económico “excesivo” en la prestación del deudor contractual y,
- (vii) que deudor no se encuentre en retraso imputable.

Ahora bien, cabe preguntarse si ante eventos de riesgo que no lleguen a configurar el umbral la excesiva onerosidad, el contratista cuenta con algún tipo de remedio jurídico favorable. Se trata de un problema jurídico de no escasa compleji-

dad, entre otras razones, por las eventuales cargas de diligencia profesional en los otros actores de estas operaciones, como son el diseñador, el supervisor y en ocasiones inclusive el comitente.

Sin embargo, permítasenos ensayar una respuesta aproximativa a esta problemática haciendo énfasis en la razón de ser de uno de los elementos centrales que forman parte del umbral de excesiva onerosidad: la previsibilidad. Según el artículo 1440 del Código Civil, si un evento de riesgo sobreviniente no ha sido imprevisible (es decir, resulta previsible al momento del cierre de un contrato) no se habrá configurado el umbral de la excesiva onerosidad y el contratista no tendrá acceso a los remedios de reajuste ni de resolución.

Al respecto, BULLARD GONZÁLEZ ha abordado la lógica del requisito mencionado en el párrafo anterior. Según el autor, desde un punto de vista económico no existe nada imprevisible al momento de contratar, sino que todo es previsible a un costo determinado. Cuando se habla de previsibilidad de un evento se busca hacer referencia a “los costos de información involucrados para obtener la información necesaria para prever la posibilidad de su ocurrencia”. De este modo, aquello que comúnmente es considerado como imprevisible es en realidad “un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión” (Bullard, 2014)⁷⁰.

Siguiendo este punto de vista, es posible afirmar que, al momento del closing del contrato de construcción, todo contratista deberá formularse la siguiente interrogante: al margen de los juicios de valor subjetivos, ¿habría resultado razonable para un

70 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo(2014), “¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial”(543), en Estudios de Derecho Contractual, Ius et Veritas, Lima,.

contratista diligente, a la luz de las probabilidades de ocurrencia y costos involucrados, incorporar en la regulación contractual la materialización de cierto evento de riesgo? Si la respuesta es no, la posterior ocurrencia del siniestro calificaría como imprevisible, quedando intacta la posibilidad para el contratista de alcanzar el umbral de la excesiva onerosidad.

Por otro lado, podría ocurrir que la previsión del evento riesgoso en el programa contractual sí haya resultado razonable conforme a los criterios anteriormente expuestos. En tal escenario, los contratistas diligentes, tras haber identificado y dimensionado el riesgo, optarán por aprovechar una eventual asignación legal favorable contenida en las normas supletorias, o por trasladar o compartir el riesgo con la parte contraria mediante la adaptación del programa contractual. En los dos últimos supuestos, los contratistas suelen valerse de la incorporación de cláusulas de indexación, fórmulas polinómicas, cláusulas de renegociación o cláusulas de mantenimiento del equilibrio económico financiero, para mencionar las más comunes. En tales hipótesis, los contratistas habrán mitigado los riesgos previsibles, de manera tal que no asumirán (o lo harán solo en la medida deseable) la materialización de sus consecuencias.

Sin embargo, también podría darse que el contratista no haya incorporado cláusula alguna para hacer frente al riesgo. A nuestro criterio, dicha situación puede obedecer a dos posibilidades.

La primera posibilidad es que, producto de una actuación idónea de su equipo técnico, el contratista haya identificado y mensurado el riesgo y, tras ello, haya procedido a reflejarlo en el precio cotizado para la ejecución del proyecto. En esta hipótesis estaremos frente a una retención del riesgo eficiente en función a las utilidades espe-

radas del proyecto, situación frecuente en las actividades de naturaleza empresarial y especulativa como las del contratista.

La segunda posibilidad es que, producto de la inexistencia o incompetencia de su equipo, el contratista haya omitido identificar un riesgo previsible y, como consecuencia, no lo haya incorporado ni al contenido ni al equilibrio del contrato. En esta última hipótesis, se aprecia matices de culpa en la actuación del contratista.

En cualquiera de los dos últimos escenarios planteados, el contratista deberá soportar las consecuencias económicas de los siniestros ocasionados por los eventos de riesgo asumidos, en tanto se verá imposibilitado de alcanzar el umbral normativo de la excesiva onerosidad.

A este punto, debemos dejar en clara nuestra convicción de que el espectro de riesgos identificables por el contratista – por ser previsibles– es bastante amplio. Ello tiene relación directa con las características de la actividad del contratista explicadas en la primera parte del presente trabajo. En efecto, la organización de factores productivos, la consiguiente naturaleza empresarial de la actividad del contratista y el carácter profesional (que suele suponer la disposición de un equipo multidisciplinario y especializado), le asignan al referido actor una carga de identificación de riesgos elevada.

En ese sentido, consideramos que – como regla– librar al contratista de los riesgos sobrevinientes que se mantengan debajo del umbral normativo de la excesiva onerosidad por haber resultado previsibles, resulta legalmente injustificable⁷¹.

71 ¿Pero entonces bastaría con la verificación del carácter imprevisible del evento de riesgo para permitir el acceso a los remedios derivados de la excesiva onerosidad? Normativamente, la respuesta es evidente: no, en tanto no es el único requisito para alcanzar el umbral de la excesiva onerosidad. Ahora bien, la lógica empírica de di-

A la luz de las características de su actividad, el contratista es la parte que se encuentra en la mejor posición de efectuar predicciones, a un costo razonable, sobre una gran cantidad de situaciones propias de los proyectos de construcción. Ya sea que el contratista haya efectuado diligentemente tales previsiones procediendo a incorporarlas en el precio cotizado o que las haya omitido por completo, deberá asumir impacto económico negativo resultante a través de la internalización de los mayores costos generados, aunque ello ocasione una reducción de sus utilidades proyectadas. En el plano jurídico, aquellos eventos de riesgo conforman la noción de alea normal del contrato de construcción.

De esta manera, en caso no se configure el umbral de la excesiva onerosidad, preponderará el principio de fuerza vinculante del contrato, recogido en la primera parte del artículo 1361 del Código Civil, según el cual “[l]os contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (...)”.

Ahora bien, la conclusión a la que arribamos anteriormente constituye un criterio general que podría ser matizado en cada caso concreto, aunque de manera excepcional. En efecto, una adecuada asignación de riesgos en el marco de los contratos de construcción debe atender a las modalidades peculiares y circunstancias concretas.

Un ejemplo en el cual se aprecia una asignación peculiar de riesgos en los contratos que nos ocupan se verifica cuando la obra constructiva es remunerada bajo la modalidad de suma alzada. En tales casos, el contratista asume el riesgo derivado de la necesidad de ejecutar mayores

volúmenes de obra o metrados, respecto a aquellos volúmenes hipotéticos establecidos en los documentos técnicos que tomó en cuenta al momento de cotizar. De esta manera, si –por razones como una falla de cálculo previsible– los metrados reales de la obra resultan ser mayores a aquellos proyectados, el contratista no tendrá un derecho a un suplemento del precio, asumiendo el riesgo de tal situación fáctica cuya cognoscibilidad es sobreviniente al cierre del contrato.

Como contrapartida, si la remuneración se efectúa bajo la modalidad de precios unitarios, el riesgo previsible de la existencia de mayores metrados respecto a lo proyectado se desplaza del contratista (quien pudo no haberlo identificado) hacia el comitente. Ello en la medida que la remuneración a ser pagada por este último se encuentra en función directamente proporcional a los volúmenes de obra realmente ejecutados por el ejecutor del proyecto. Así, el incremento de volúmenes de obra, que es un evento de riesgo previsible, se encuentra acompañado por el incremento de remuneración del contratista.

Finalmente, no se debe descartar la probabilidad de que un juez o un tribunal arbitral se vean inclinados a hallar razones para descargar de riesgos a los pequeños contratistas de segundo grado (esto es, subcontratistas) cuyo único cliente sea –a su vez– contratista principal de construcción. En efecto, los primeros, que no dejan de ser contratistas propiamente dichos, podrían encontrarse en una situación de desequilibrio al depender económicamente de su relación contractual con el contratista principal⁷².

cha constatación podría ser no ser tan obvia. Si se repara en requisitos del referido umbral como el carácter extraordinario y sobreviniente del evento y el hecho de que el contratista no se encuentre en incumplimiento culposo o doloso de sus obligaciones, se advertirá que a todos ellos subyace un elemento común: la culpa del contratista.

72 Para un análisis de ciertas hipótesis de protección a una empresa como “parte débil” de un contrato, véase: ROPPO, Vincenzo(2016), “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”(186 y ss), en *Revista de Derecho Privado*, No. 20,

CONCLUSIONES

- El contrato de construcción no es un contrato atípico, sino un subtipo del contrato de obra, razón por la cual cuenta con todos los componentes propios de este último esquema (principalmente, la determinación de un resultado de trabajo a cambio del pago de una remuneración). Como consecuencia de ello, el contrato de construcción se regirá subsidiariamente por la disciplina orgánica del contrato de obra.
- La actividad del contratista en ejecución del contrato de construcción cuenta con diversos caracteres objetivos que cumplen un rol de asignación de riesgos y explican la funcionalidad de ciertas normas jurídicas generales y especiales. Se trata de los siguientes rasgos típicos:
 - Autonomía.- El contratista no se encuentra jurídicamente subordinado al comitente, esto es, no actúa bajo su dirección, fiscalización y control. Este componente no se ve afectado por la actuación del supervisor, quien limita su actividad al plano técnico y a la verificación de la observancia de lo convenido en los documentos contractuales, resultando ajeno a la esfera organizativa del contratista.
 - Organización de factores productivos.- La actividad del contratista se caracteriza por contar con una organización de factores de producción, esto es, una multiplicidad coordinada de recursos humanos (incluyendo subcontratistas y proveedores), capital, bienes (propios o ajenos) y derechos. En tanto la actividad del contratista se caracteriza por la persecución de un fin lucrativo, el contrato de construcción vendría a ser un contrato empresa y su ejecutor será un empresario.
- Carácter profesional.- Una parte significativa del personal con el que cuenta el contratista para el desarrollo de sus actividades se encuentra constituida por profesionales intelectuales. Así, la ejecución de la obra constructiva requerirá de ingenieros y arquitectos debidamente calificados en inscritos en colegios profesionales para las funciones de dirección y proyección. Al margen de ello, podrían existir otras actividades de elevada o media complejidad que requieran ser asignadas a dependientes que cumplan con el referido carácter profesional.
- Ausencia de representación.- El contratista no cuenta con representación directa o indirecta del comitente para el desarrollo de sus actividades principales. La realización del contenido de su prestación es a nombre propio y no en nombre ajeno.
- Como regla, liberar al contratista de los riesgos que generen una alteración del equilibrio contractual que se mantenga por debajo del umbral de la excesiva onerosidad de la prestación, resulta injustificable a la luz de las características de su actividad. En efecto, la organización de factores productivos, la consiguiente naturaleza empresarial de la actividad del contratista y el carácter profesional, le asignan un horizonte elevado de previsión e identificación de riesgos.