

**LIBRO HOMENAJE A
FELIPE OSTERLING PARODI**

VOLUMEN II

Palestra Editores
Lima - 2008

LIBRO HOMENAJE A FELIPE OSTERLING PARODI - Volumen II
Primera edición, diciembre de 2008

Coordinador de la obra: Mario Castillo Freyre

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador.

© Copyright 2008 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Lima 39 - Perú

Diagramación : José Luis Huarcaya Camargo
Diseño de carátula : Macarena Rojas Osterling

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2008-15254

ISBN: 978-9972-224-92-8

Número de registro del proyecto editorial: 31501220800718

Tiraje: 800 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

El Contrato de obra

*Mario Castillo Freyre**

*Laura Castro Zapata***

SUMARIO: 1. Introducción. — 1.1. De lo abstracto a lo concreto. — 1.2. Las difíciles Obligaciones. — 1.3. Un modelo de éxito. — 1.4. 800 páginas frente a 80. — 1.5. El primer «diseño» de la obra. — 1.6. Mis verdaderos beneficios. — 2. Concepto. — 3. Objeto de las prestaciones de los contratantes. — 4. Características del contrato de obra. — 4.1. En cuanto al nombre. — 4.2. En cuanto a su regulación. — 4.3. En cuanto a su estructura. — 4.4. En cuanto a su contenido o área. — 4.5. En cuanto a su autonomía. — 4.6. En cuanto a su formación. — 4.7. En cuanto al tiempo. — 4.8. En cuanto a su negociación. — 4.9. En cuanto al rol económico. — 4.10. En cuanto a su función. — 4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga. — 4.12. En cuanto a la prestación. — 4.13. En cuanto a la valoración. — 4.14. En cuanto al riesgo. — 4.15. En cuanto a sus efectos. — 5. El subcontrato de obra. — 5.1. Características. — 5.1.1. En cuanto al nombre. — 5.1.2. En cuanto a su regulación. — 5.1.3. En cuanto a su estructura. — 5.1.4. En cuanto a su contenido o área. — 5.1.5. En cuanto a su autonomía. — 5.1.6. En cuanto a su formación. — 5.1.7. En cuanto al tiempo. — 5.1.8. En cuanto a su negociación. — 5.1.9. En cuanto al rol económico. — 5.1.10. En cuanto a su función. —

* Magíster y Doctor en Derecho. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal en dicha universidad y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Profesor en la Universidad de Lima. Socio del Estudio que lleva su nombre. www.castillofreyre.com

** Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Profesora en dicha casa de estudios. Alumna del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia del Estudio Mario Castillo Freyre.

5.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga. — 5.1.12. En cuanto a la prestación. — 5.1.13. En cuanto a la valoración. — 5.1.14. En cuanto al riesgo. — 5.1.15. En cuanto a sus efectos. — 5.2. La autorización escrita del comitente. — 5.2.1. Si se trata de una subcontratación por el íntegro de la obra. — 5.2.2. Si se trata de una subcontratación parcial de la obra. — 6. Los materiales necesarios para la elaboración de la obra. — 7. Obligaciones del contratista. — 7.1. Obligación de ejecutar la obra conforme a los principios que inspiran el pago. — 7.2. Obligación de dar aviso al comitente sobre eventuales defectos. — 7.3. Obligación de pagar los materiales, si éstos se perjudican. — 8. Prohibición de introducir variaciones. — 9. Obra por ajuste alzado. — 10. Derecho de inspección por el comitente. — 10.1. El derecho de inspección propiamente dicho. — 10.2. Cuando se compruebe que la obra no está siendo ejecutada conforme a lo convenido. — 10.3. Condiciones del inspector en obras destinadas a tener larga duración. — 10.4. Supuesto en el cual se compruebe la ejecución defectuosa de la obra. — 11. Derecho a la comprobación. — 11.1. Descuido del comitente en realizar la comprobación. — 11.2. Descuido del comitente en comunicar el resultado de la comprobación. — 12. Recepción sin reserva. — 13. Obra a satisfacción del comitente. — 14. Obra por pieza o medida. — 15. Responsabilidad por diversidades y vicios exteriores de la obra. — 15.1. Las diversidades. — 15.2. Los vicios de la obra. — 15.3. Descargo de responsabilidad. — 16. Acciones derivadas por diversidades o vicios exteriores. — 16.1. Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores no hacen inútil la obra para el comitente. — 16.2. Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores hacen inútil la obra para el comitente. — 16.3. Deber de comunicar la existencia de diversidades o vicios de la obra. — 17. Responsabilidad del contratista por destrucción, vicios o ruina sobreviniente. — 17.1. La destrucción o ruina de la obra. — 17.2. El plazo establecido por el artículo 1784 del Código Civil es de caducidad y no de prescripción. — 17.3. La responsabilidad civil de los constructores. — 18. Liberación de responsabilidad del contratista. — 19. Separación de la relación contractual por parte del comitente. — 20. Pago proporcional en caso de muerte del contratista. — 21. Pérdida de la obra sin culpa de las partes. — 22. Deterioro sustancial por causa no imputable a las partes.

1. INTRODUCCIÓN

Como la mayor parte de mi generación, conocí a Felipe Osterling a través de la televisión y los periódicos. Concitaba el interés general su estilo de hacer política bajo el régimen constitucional del presidente Fernando Belaunde Terry, que estaba reconstruyendo la democracia y sus instituciones.

Cuando Felipe Osterling prestó juramento al cargo de ministro de Justicia, en julio de 1980, yo cursaba cuarto año de secundaria en el Colegio de los Sagrados Corazones, Recoleta (que también fue el colegio de Osterling). La única experiencia política vivida por quienes tenían mi edad eran los doce años de la dictadura militar 1968-1980.

Nos parecía un acierto del nuevo gobierno haber elegido a un joven jurista y catedrático de Derecho como ministro de Justicia, capaz de renovar profundamente la manera de hacer política, sentando las bases de varias reformas que luego, ya como abogados, entendimos como sustanciales, a saber: el ordenamiento jurídico de las perversiones heredadas de la dictadura, la vigencia de la nueva Constitución Política de 1979, el sistema penitenciario y el caos que imperaba en los penales (como probaron los atroces episodios de El Sexto y Lurigancho), entre otras.

A diferencia de lo que ocurrió posteriormente con muchos ministros, el de entonces daba la cara a los problemas, afrontaba su responsabilidad y se situaba en el ojo de la tormenta. Por primera vez veíamos en Osterling un ministro que entendía así su importante y difícil papel y lo cumplía escrupulosamente. Día de por medio lo veíamos y escuchábamos en la televisión, en los diarios y en las entrevistas radiales. Durante el año de su gestión en el recuperado ministerio de Justicia, Osterling fue —después de Luis Bedoya Reyes— la voz del Partido Popular Cristiano y se convirtió para nosotros en un personaje habitual, que enseñaba —en el ir y venir de la vida diaria— en qué consistía el ejercicio de la democracia. Para quienes nos proponíamos ingresar a la universidad y ser abogados, la trayectoria de este joven político resultaba sumamente interesante.

En 1982 ingresé a Estudios Generales Letras, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Empecé mis estudios de Derecho en 1984. En esta Facultad, sin duda el personaje más admirado por los alumnos resultaba ser el profesor Felipe Osterling, quien tenía un notorio protagonismo político y una exposición constante en los medios de comunicación. En 1985 me correspondió llevar el curso de Derecho de Obligaciones. Curiosamente, por esas cosas que tiene la vida, me matriculé en el salón y el horario del profesor Carlos Cárdenas Quirós y no en el de Osterling. Pero ocurrió que el doctor Cárdenas debía viajar a Europa por mes y medio. Tuvimos que conseguir un salón enorme

(yo era delegado de aula) y acomodar los horarios, de modo que los alumnos de los dos cursos pudiésemos seguir Obligaciones con el único profesor que quedaba: Osterling.

1.1. De lo abstracto a lo concreto

Recuerdo con nitidez la principal característica de Osterling en la cátedra: su brillo expositivo y su gran capacidad didáctica, lo que resultaba sumamente útil en un asunto tan complejo como la materia de Obligaciones. No era la clase del profesor que en cada tema ofrece veinte teorías o veinte conceptos. Por el contrario, nos explicaba un concepto y, por muy abstracto que fuese, lo graficaba de tal modo que lo atrapábamos para siempre.

Osterling era un docente muy hábil, extremadamente agudo e inteligente, cuyo amplio conocimiento sobre los temas de Derecho y sobre la vida hacía que sus clases discurriesen de una manera amena para el alumno, sin pretender que éste asistiera a sus clases con la amenaza de la inasistencia o con la zozobra del control de lectura sorpresivo. Osterling fue siempre el profesor en cuyas clases nos sentíamos cómodos, porque a ellas asistíamos por vocación y no por obligación.

En torno a los contenidos, Osterling se preocupa con rigor por cumplir fielmente el temario del curso, y es de aquellos que no falta a clases, hecho que todo alumno aprecia como una señal de respeto a quienes están sentados en una carpeta y a la propia Universidad.

Es, asimismo, el profesor que toca los temas sin rodeos y con ideas muy claras y concisas, teniendo siempre presente que una clase de Derecho debe ser el ámbito en el cual el alumno aprenda aquello que va a ser esencial y útil para su vida profesional y no el lugar donde el docente exhiba sus enormes conocimientos frente a alumnos que todavía no pueden distinguir lo accesorio de lo principal.

Osterling siempre fue el profesor serio, la persona a quien todos tuvimos respeto cuando fuimos sus alumnos, pero nunca dejó de soltar esos comentarios graciosos, relacionados con personajes famosos o con hechos cotidianos y conocidos por todos, que hacían que uno no se olvidara nunca del tema porque lo relacionaba siempre con el ejemplo escuchado.

1.2. Las difíciles Obligaciones

En la actualidad, cuando yo mismo dicto varios cursos de Derecho Civil (Derecho de Obligaciones, Contratos - Parte General y Contratos Típicos), invariablemente les digo a mis alumnos que el Curso de Obligaciones es el más importante de la carrera, pero también el más difícil de dictar. El concepto mismo de obligación constituye una abstracción. La dificultad consiste en que, sobre la base de algo abstracto, tenemos que construir los conceptos y casos concretos. Y hay que hacerlo entretenido, no sólo para que el alumno lo apruebe y lo fije en su conciencia, sino además para que le guste y lo asuma como parte sustantiva de la carrera que estudia y que algún día ejercerá.

Mi primera cátedra (que conservo hasta hoy) fue en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ), en la que enseñé Derecho de Obligaciones desde hace catorce años (pues comencé el 20 de agosto de 1990); y tres años después, en agosto de 1993, inicié mis clases en la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la cual había egresado en diciembre de 1988.

Si alguien me preguntara por qué tardé más de cuatro años en convertirme en profesor de mi propia universidad, la explicación sería simple: Había sido líder universitario en una corriente de opinión de centro derecha, radicalmente opuesta a las de centro izquierda, *progres* o abiertamente de izquierda que proliferaban en la Católica, con la complacencia de muchos profesores y varios decanos. Quienes estábamos en contra de que la Universidad se convirtiera en un *campus* político y cobijara actividades partidarias, éramos mal vistos y encontrábamos cerradas muchas puertas. La de la cátedra, entre ellas.

En 1990 recogí mis experiencias políticas universitarias en un libro, publicado ese año bajo el título: *Acción Estudiantil y el Movimiento Democrático Universitario en la Universidad Católica*. Una visión personal, que describe mis experiencias en los diversos cargos estudiantiles que me tocó desempeñar — presidir la mesa directiva de la Federación de Estudiantes de la Católica fue, sin duda, el más importante —, analizando de manera crítica la politización de algunos estamentos universitarios y el avance de la izquierda en numerosas actividades extracurriculares.

Me pareció que nadie sería más idóneo que mi antiguo profesor de Obligaciones, Felipe Osterling, para pedirle que escribiera el prólogo

de mi obra. Lo hizo con afecto y simpatía y me entregó unas páginas de generosas expresiones sobre el libro y la actividad estudiantil que le daba origen y propósito. Mi profesor acababa de ser reelegido senador de la República con la más alta votación nacional por el Frente Democrático (Fredemo), que encabezó Mario Vargas Llosa, y se disponía a presidir más tarde el Senado y el Congreso.

1.3. Un modelo de éxito

Entre los alumnos de aquellos días, muchos teníamos un pensamiento que sintetizaba nuestra admiración por Osterling: cuando tuviéramos su edad, nos gustaría ser como él. No es difícil explicarlo, ya que visiblemente era el personaje triunfante en cada una de las tareas que nos parecían más relevantes y que quizá nos proponíamos desempeñar. Era el profesor de éxito, notable en lo académico y de alto prestigio en la Universidad. Era el codificador que presidió y llevó adelante la reforma del Código Civil, que acababa de entrar en vigencia (pero no en base a improvisaciones, sino luego de una ardua tarea de diecinueve años, realizada en base a conciencia profesional y conocimiento jurídico). Era el político con el que compartíamos ideas quienes no comulgábamos con las izquierdas, formado en un partido de centro y tercamente democrático. Y, finalmente, era el candidato por el que invariablemente votábamos en cuantas ocasiones postuló. En una palabra, Felipe Osterling era un personaje modelo, al que nos hubiese gustado parecernos cuando llegásemos a ser profesionales y tener su edad.

En el año 1992, cuando dicté por tercera vez el curso de Obligaciones en la UNIFÉ, traté de pasar en limpio mis borradores y apuntes de clase, para organizar mejor mi curso. Muchos de los temas y formas de exponer se inspiraban en mi experiencia de alumno de Osterling en ese mismo curso. Cuando logré armar un texto que pretendía ser coherente —de unas ochenta páginas—, que se suponía contuvieran todo lo esencial del curso, me asaltó una duda y me pregunté si lo que había escrito valía o no la pena como materia de dictado.

La verdad fue que tenía un enorme cargo de conciencia. Pensaba que el curso de Obligaciones me quedaba grande y no estaba seguro de estar dictándolo a mis alumnas en la forma adecuada. Muy preocupado por ello y buscando una solución al problema, se me ocurrió que podía conversar con quien fue mi profesor del curso, el doctor

Osterling, quien obviamente ya no presidía el Congreso por haber sido disuelto, y después del autogolpe de Fujimori estaba alejado de la vida político-partidaria. Lo llamé a su Estudio y le pedí una cita. Accedió de inmediato, invitándome para el día siguiente.

A esta cita crucial, en el verano de 1993, llevé mis ochenta páginas y un proyecto que propuse en estos términos:

«— Doctor Osterling, ¿qué le parece si publicamos un pequeño manual sobre Obligaciones, que sirva para dictar el curso? Contaríamos con su conocimiento y experiencia y con mi entusiasmo y deseos de aprender [...]».

Me respondió de inmediato que estaba de acuerdo, que le parecía una excelente idea y que sólo ponía una condición: Él correría con todos los gastos que ocasionara la investigación.

Empezamos a trabajar ese mismo día.

1.4. 800 páginas frente a 80

Convinimos un método de trabajo y nos dimos una semana de plazo para reunir nuestros futuros materiales: copias, resúmenes, artículos de revistas, citas de autores y cantidad de documentos utilizados por Osterling en su curso de Obligaciones, en tanto yo aportaría mis modestas 80 páginas. Me sentí abrumado cuando Felipe se presentó la siguiente semana con más de 700 hojas. Calculamos que entre mis hojas y las suyas teníamos más de 800 páginas. En ese momento se desvaneció la idea original de preparar un pequeño manual [...].

Allí mismo y en esa segunda reunión decidimos que si pretendíamos hacer un trabajo realmente útil para la enseñanza de la materia, tendríamos que escribir un tratado de dos volúmenes consistentes y tan extensos como fuese necesario. El número de páginas no debía ser un limitante. Bajo la batuta de Felipe nos dividimos el trabajo por capítulos, con el acuerdo de que cada uno revisaría los capítulos del otro y resolveríamos en común las divergencias que se plantearan.

Una ventaja con la que contamos para este trabajo entre dos, en una materia que no admite compartimentos estancos —y en la que deben existir continuidad y cordones umbilicales entre unos temas y otros— estuvo en el hecho de haber sido alumno de Osterling y compartir, por lo mismo, la mayoría de sus puntos de vista.

La segunda ventaja fue que me tocó la extraordinaria suerte de tratar con una persona muy permeable, la cual, pese a casi doblarme la edad y de haber acumulado la experiencia y el prestigio de sus años de cátedra y ejercicio profesional, atendía todas mis observaciones y atingencias, lo que permitió siempre un diálogo casi inter pares y un modo muy sencillo de llegar a consensos en los escasos temas en que teníamos opiniones divergentes.

Muy pocas veces dentro del complejo universo de las Obligaciones, se planteaban desacuerdos entre nosotros. Acudíamos al expediente de analizar y discutir el tema en ocasiones durante horas, hasta llegar a un acuerdo y un texto común, sin que jamás hubiera una imposición de parte de Felipe. La única vez que no llegamos a ponernos de acuerdo, dejamos constancia de la diversidad de opiniones de los autores para que el lector eligiera la de su preferencia.

Este método de trabajo fue posible siempre, gracias a una característica de la personalidad de Osterling que yo admiro mucho: su tolerancia respecto del adversario y la opinión ajena, tanto en su vida política como en la cátedra y en el ejercicio del Derecho.

1.5. El primer «diseño» de la obra

En base a la enorme cantidad de documentos e información que habíamos reunido, se pudo trazar un esquema o dibujar una plantilla de lo que sería la obra que por entonces abarcaba dos tomos, de unas 300 páginas cada uno, según nuestros cálculos. A partir de dicho esquema nos repartimos los temas y capítulos, buscando unidad de estilo y de forma expositiva, para que la obra no acusara contrastes en el lenguaje empleado.

Los próximos dos años fueron para mí de intenso estudio, análisis, lectura y aprendizaje, enfocados en la redacción de los capítulos que me tocaban y en el análisis de los que resolvía Felipe. Tuve que leer gran cantidad de autores, especialmente franceses, argentinos y algunos italianos, españoles, colombianos y brasileños. En los dieciséis volúmenes del Tratado están citados más de 1500 autores, a cada uno de los cuales debimos leer y analizar —y acaso resumir— en los temas que nos interesaban.

Felipe hizo contacto con el profesor Guillermo Antonio Borda, el jurista y catedrático de Obligaciones y Contratos de mayor prestigio en la

Argentina de la segunda mitad del siglo XX. Le solicitó un prólogo para los cuatro primeros volúmenes, anunciándole que probablemente serían seis en total, que era nuestro proyecto más ambicioso. Sus generosas líneas fueron publicadas en el primer tomo y resultaron consagratorias.

Los dos tomos inicialmente considerados crecieron a cuatro, en vista de la imposibilidad de embotellar en dos todos los temas y capítulos. El plan inicial de completar la obra en dos años también desbordó todos los cálculos. Sucedió que a medida que escribíamos y avanzábamos en los capítulos, examinando y comentando uno por uno los 219 artículos del Libro de Obligaciones (la parte más complicada del Código Civil), nuestro tratado crecía.

La obra se inicia con el estudio de la teoría general, pasando luego al análisis de cada uno de los artículos — desde el 1132 hasta el 1350 — de dicho Código. El crecimiento exponencial, desde los dos tomos planeados inicialmente hasta los dieciséis que la componen, se explica por la necesidad de incorporar comentarios, opiniones de juristas y citas de autores, a medida que avanzábamos en el tratamiento de los artículos del citado cuerpo normativo.

El problema era que en el país y en el tema de Obligaciones, no se había intentado una obra de esta envergadura. Casi todos nuestros referentes eran tratadistas y juristas extranjeros, en legislaciones similares a la nuestra.

La intención y el resultado de nuestro trabajo han sido tratar de sacarle el jugo al Derecho de Obligaciones, no desde la perspectiva de códigos ajenos, sino dentro de nuestra legislación y la doctrina peruana, con los matices que les son propios, comentando uno por uno los artículos de nuestro Código. Este tratado permite que hoy el abogado y el estudiante peruano, cada vez que se enfrentan a un tema de Obligaciones, encuentren una fuente de consulta que les diga algo más que un comentario ligero sobre la norma.

1.6. Mis verdaderos beneficios

Curiosamente, en el proceso de escribir el Tratado, nunca tomamos la decisión de que fueran dieciséis volúmenes. Es más, creo que faltando apenas un mes para completar la edición, estando ya en la imprenta, se nos dijo que los volúmenes resultaban demasiado gruesos y que

crearían problemas para la encuadernación, de modo que el intento de que fuesen catorce tomos se tuvo que extender a los dieciséis que finalmente lo constituyen.

Me han preguntado más de una vez si hemos logrado algún beneficio económico como fruto de nuestro trabajo de once años y las nueve mil páginas que hemos escrito. He dicho en público y en privado que no los hemos alcanzado, pero que tampoco los esperábamos ni estuvieron jamás en nuestros cálculos. En un país pobre, en el que los alumnos tienen recursos apenas para proveerse de fotocopias y en el que muchos abogados acuden a este mismo procedimiento por carencia de biblioteca propia, no es posible esperar ventas masivas de una colección de dieciséis volúmenes.

Pero he repetido siempre que, en cambio, he tenido altos beneficios, de otra índole, mucho más significativos que los económicos. En primer lugar, gané un gran amigo: Felipe Osterling, por quien guardo entrañable aprecio y, valiéndome de la diferencia de edad, estimo y valoro como a un padre. Pero, además, tuve un excelente profesor particular de Derecho durante once años, privilegio del que tal vez nadie de mi generación ha podido disfrutar.

Un abogado joven aprende en el ejercicio profesional. Pero tener a un maestro con el que uno conversa todas las semanas, como en un aula privada y propia, sobre temas sustantivos de Derecho y que le hace ver qué es lo importante y qué lo accesorio, explicado además por quien tenía entonces más de cuatro décadas en el ejercicio profesional, son privilegios y beneficios muy difíciles de alcanzar. Se los debo al Tratado de las Obligaciones y a la generosidad de un amigo excepcional, ante quien —ciertamente— me siento obligado en permanente afecto y gratitud.

Pero con Felipe no hemos terminado nuestros proyectos académicos, pues acabamos de concluir la elaboración de un Compendio de las Obligaciones, obra que resume nuestro Tratado, a la par que nos ha permitido esbozar nuevas doctrinas y planteamientos sobre la materia y hemos emprendido la labor de actualizar el Tratado de las Obligaciones, empeño que implicará una puesta al día de la obra y una revisión general de la misma, a la vez que su enriquecimiento con actualizada doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

Como se puede apreciar, Felipe sigue desarrollando una intensa actividad académica y profesional y sigue siendo uno de los abogados en ejercicio más ilustres del país.

Es para mí todo un orgullo haber promovido junto con Alfonso Rebaza, este libro en homenaje a Felipe, cuyo Comité de Honor lo integraron ilustres amigos del homenajeado (Manuel de la Puente y Lavalle, ya fallecido, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Oswaldo Hundskopf Exebio); y el haber podido escribir este trabajo sobre el contrato de obra, junto a mi esposa, la profesora Laura Castro Zapata, quien —precisamente— se inició en la docencia universitaria cuando Felipe la convocó para que fuese su asistente de cátedra en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. CONCEPTO

El contrato de obra tiene como antecedente directo a la figura romana de la *locatio conductio operis*, la misma que fue retomada por el Derecho francés en su Código Civil de 1804, con la denominación de locación o arrendamiento de obras y finalmente independizada del régimen de arrendamiento por el Código Civil Alemán de 1900, asumiendo el nombre de contrato de obra.

De conformidad a lo establecido por el artículo 1771 del Código Civil Peruano, «Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución».

Del concepto anotado se deduce la existencia de dos partes en el contrato de obra. Una de ellas es el contratista y la otra el comitente.

El contratista es quien se obliga a realizar una obra determinada a favor del comitente a cambio de un pago y sin que exista una relación de subordinación entre ambos, constituyéndose así en el deudor de la obra y el acreedor de la retribución. Este sujeto es también conocido por los términos de promitente, locador, empresario y, dependiendo del caso, puede denominarse constructor, profesional, autor, artista, etc.

Por otro lado, y como puede observar el lector, el comitente —denominado también como locatario o dueño de la obra— es la persona física o jurídica que en el contrato de obra, encarga a otro la realización

de la obra, comprometiéndose a pagar una retribución como contraprestación de aquello.

Hasta este punto podemos identificar los tres elementos esenciales y característicos de este contrato:

El primero es la ejecución de una obra, sea ésta material o inmaterial.

Es de destacar que no resulta indispensable que la obra la ejecute personalmente el contratista, a menos que se haya estipulado lo contrario o lo imponga la naturaleza de la obra a realizar. Así, la obra puede ser resultado del trabajo de dependientes, obreros o empleados del promitente, quien los dirige y vigila.¹ Además, el Código Civil permite la subcontratación.

El segundo elemento consiste en el pago de una retribución como contraprestación.

El objeto de la obligación del comitente consiste en pagar una retribución al contratista, lo que algunos suelen denominar como *precio de obra*; dicha prestación suele consistir en dinero.

Y el tercer elemento consiste en la autonomía del contratista o promitente en el cumplimiento de su obligación.

La autonomía del contratista o promitente implica que una vez fijado el objeto de las respectivas obligaciones de las partes, este sujeto se avoca por su cuenta y riesgo al cumplimiento de su prestación, procediendo para ello con libertad y sin la intervención de su contraparte, de acuerdo al modo, el lugar y el tiempo que estime adecuado para su realización. El comitente no se encuentra facultado para darle órdenes o para sustituir la voluntad del promitente.²

Así, el concepto de subordinación jurídica como poder de dirección es extraño a la figura del contrato de obra.

Sin perjuicio de lo antedicho, debemos destacar que la autonomía del locador de obra no es absoluta puesto que puede encontrar límites en

¹ REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967, p. 667.

² Véase: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. 2.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 155.

un cierto control por parte del comitente que, en determinados casos o circunstancias, podría tener derecho a inspeccionar la obra y verificar si la misma se ajusta a lo convenido. No obstante, aun dentro de este supuesto, no existe vínculo de subordinación jurídica entre los contratantes.

Así, coincide la doctrina en señalar que no debe confundirse la dependencia genérica que suele presentarse en todo contrato sinalagmático, con la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo.

Ahora bien, podemos percibir con facilidad que mientras en el contrato de locación de servicios, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil peruano, el locador se obliga a prestar sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, en el contrato de obra aquello a lo que se obliga el contratista es a la realización de una obra determinada.

En ese sentido, debemos considerar que en el contrato de obra o empresa la característica esencial es que el profesional se obliga a prestar al comitente, no sólo una actividad profesional, sino más concretamente el resultado producido por la misma; situación que —en modo alguno— nos conduce a atenuar nuestra posición adversa a distinguir las obligaciones en aquéllas de medios y de otras de resultados.

De otro lado, como enseñan Arias-Schreiber y Cárdenas:³

«Del artículo 1771 se desprende la onerosidad del contrato de obra, esto es, la existencia de un precio o retribución. Aun cuando ordinariamente se conviene que es el pago de una suma de dinero, nada impide y es perfectamente válido estipular que la retribución consista en la entrega de cualquier bien o el cumplimiento de una obligación de hacer. El precio puede fijarse, además, en función del resultado final objeto del contrato, o bien en forma parcial, por piezas o medidas. Es posible, por ejemplo, que se contrate a un sastre para que confeccione la totalidad del vestuario requerido para una obra teatral, y se estipule el precio según cada una de las prendas que se vayan confeccionando».

Sobre este particular, debemos decir que si bien es cierto que la inmensa mayoría de estos contratos se celebran a título oneroso, todos sabemos que existe un apreciable número de ellos que se celebra a título

³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, tomo III, p. 102.

gratuito (es decir, como actos de liberalidad), como cuando existe relación afectiva, o de cualquier otra índole que vincule de modo muy estrecho al contratista y al comitente.

Sería el caso de un escultor famoso cuya novia le pida le haga una escultura, a efectos de los cual ella va a posar. Si dicho escultor se compromete a la realización de la obra, resultará obvio que no va a cobrar a su novia contraprestación alguna y que, por tanto, dicha prestación se ejecutará a título gratuito.

Dentro de la lógica del legislador de 1984, en el caso propuesto estaríamos en presencia de un contrato atípico y no de un contrato de obra, por el texto expreso del artículo 1771 del Código.

Sin embargo, tal consideración resultaría por demás problemática, en la medida de que complicaría las cosas, ya que no se sabría exactamente qué normas aplicar a un contrato como éste.

No obstante lo indicado, estimamos que basándonos en el texto del artículo 1759 del propio Código Civil, cuando hablamos de contratos de prestación de servicios se admite implícitamente su gratuidad.

3. OBJETO DE LAS PRESTACIONES DE LOS CONTRATANTES

Discrepamos del parecer mayoritario de la doctrina en el sentido de que a través del contrato de locación de servicios, el locador se obliga a ejecutar una obligación de medios, en tanto que a través del contrato de obra, el locador se obliga a ejecutar una obligación de resultados.

La distinción no puede ser formulada en los términos antedichos, ya que estimamos que esa distinción debe ser formulada exclusivamente en función a la naturaleza y objeto de las obligaciones y no a sutilezas o diferencias inexistentes.

Dentro de tal orden de ideas, el contrato de locación de servicios tiene por objeto, en el caso de la obligación del locador, una prestación de hacer o de no hacer.

Sin duda, en el caso de las obligaciones de no hacer, no existirá mayor problema, en la medida de que nunca podrá confundirse un contrato de locación de servicios en donde el locador se haya obligado a un no hacer, con un contrato de obra. Eso resultaría absolutamente imposible.

Es en lo que respecta a las obligaciones de hacer en donde puede presentarse una zona gris que separe a la locación de servicios y el contrato de obra.

Si un contrato versara sobre una obligación de hacer que concluye en un hacer propiamente dicho, jamás podría existir duda alguna en torno a si estamos frente a un contrato de locación de servicios o frente a un contrato de obra. Será evidente que estaremos frente al primero.

¿Pero qué pasaría si la obligación de hacer terminara en un dar?

Recordemos el ejemplo en torno al abogado que se obliga a absolver una consulta formulada por un cliente.

No vacilamos en señalar que estamos frente a un contrato de locación de servicios.

Ahora bien, podríamos preguntarnos cuáles son las razones que en este caso llevan a que la respuesta sea unánime, a pesar de que la consulta va a materializarse en un informe escrito que será entregado al cliente.

Pensamos que lo que ocurre es que en estos casos se toma de manera implícita el criterio de que el aspecto más importante radica en la labor intelectual del abogado, que va a seguir determinados razonamientos y a concluir en determinados puntos de interés para el cliente. Y que, a la vez, se considera que —como consecuencia natural— todos estos razonamientos y todas estas conclusiones, que constituyen lo más importante, van a tenerse que traducir en ese informe impreso.

Pero el informe impreso no es visto como una obra, en el sentido de considerarse como el logro de las actividades desplegadas por el abogado, sino única y exclusivamente como el correlato material de esas actividades.

Es más, en estricto, no necesariamente concluiría con un informe escrito e impreso físicamente en papel. Con el avance de la tecnología no habría inconveniente alguno en que dicha absolución de consulta sea enviada por correo electrónico, o, incluso, en que el cliente prefiera que el abogado le dé sus conclusiones de manera verbal, porque —a lo mejor— a dicho cliente no le interesa conocer los razonamientos del abogado, sino sus conclusiones y los consejos que debe seguir.

Esta forma de apreciar la finalización de la labor del abogado resultaría impensable en lo que respecta a aquella persona que se obliga a realizar una escultura para un cliente.

No cabe ninguna duda de que al igual que en el caso del abogado, este escultor habrá contraído una obligación de hacer que va a concluir en un dar.

Pero tampoco habrá duda alguna en que toda la doctrina califica a este contrato como un contrato de obra y no como un contrato de locación de servicios.

Las razones de esta situación son diversas.

En primer término, ocurre que nos encontramos frente a labores que desde un inicio van a tener correlato material, el mismo que se va a manifestar desde un primer momento, cuando el escultor comience a diseñar y a esculpir la escultura.

El abogado, en cambio, es muy probable que tenga que realizar una serie de actividades diversas, antes de — siquiera — empezar a redactar la absolución de la consulta formulada por el cliente.

Admitimos que estas ideas son muy relativas, sin embargo, aquello que consideramos incuestionable es el hecho de que el contrato de obra, a diferencia del contrato de prestación de servicios, va a concluir con la realización de algo mucho más tangible y material, más allá de si estamos hablando de una materialización corpórea o incorpórea.

Además, nunca podríamos imaginar la existencia de un contrato de obra en donde aquello que el contratista se obliga a entregar, carezca de representación tangible. En cambio, en varios contratos de locación de servicios donde deba entregarse aquello que constituye la materialización de dichos servicios, sí cabría imaginar el posible cumplimiento a través de una manera alternativa, que no implique la entrega física del resultado de los servicios prestados.

En adición a lo expresado, cabría recordar que es criterio implícito en la doctrina y en la vida diaria, que cuando nos encontramos frente a obligaciones de hacer que concluyen en un dar, asumidas por artistas en general, no nos hallamos frente a contratos de locación de servicios, sino frente a contratos de obra.

Pero necesariamente debe distinguirse cuando un profesional se obliga a realizar una obra que podría denominarse como fundamentalmente material o física (la construcción de una casa), o si exclusivamente se ha obligado a la realización de una obra que implique sólo el diseño de aquello que se va a construir en el futuro, como sería el caso —en lo que respecta a un ingeniero civil—, de la realización de los cálculos estructurales de un edificio, los mismos que se van a traducir en los respectivos planos.

En el primero de los ejemplos siempre nos vamos a encontrar frente a un acto cuya naturaleza jurídica será la de un contrato de obra; en tanto que en el segundo podríamos hallarnos ante uno u otro contrato (pues el asunto no sería meridianamente claro).

Pero consideramos que nos encontramos simplemente ante una cuestión marcada por las costumbres, como también ocurre en el caso de los arquitectos, profesión signada por la imaginación y la creatividad. Cuando a un arquitecto se le encarga el diseño de un determinado inmueble o de ciertos interiores, por ejemplo, hablaremos —sin duda alguna— de contratos de obra y no de locación de servicios.

Dentro de tal orden de ideas, se dirá que al arquitecto se le ha encargado una obra, a pesar de que ella sólo se le haya encargado en planos y no en lo que respecta a su ejecución física.

La verdad es que la zona gris que divide la naturaleza jurídica de ambos contratos es mucho más amplia de lo que habitualmente se piensa.

4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE OBRA

4.1 En cuanto al nombre

Por su nombre, es un contrato nominado.

El Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, denominaba a este contrato con el nombre genérico de arrendamiento o alquiler, y era el contrato por el cual una de las partes se obligaba a hacer algún servicio o trabajo mediante un precio estipulado entre ellas (artículo 1129).

Por su parte, el Código Civil de 1852 no trataba a este contrato bajo la denominación de obra, sino que las reglas que concedía al mismo las agrupaba bajo el título de *operarios*.

El Código Civil de 1936 trataba sobre el contrato de obra, dentro de las reglas de la locación-conducción.

Por último, el Código Civil de 1984 denomina a este contrato como de obra.

4.2 En cuanto a su regulación

Por su regulación, es un contrato típico, hallándose legislado en nuestro Código Civil.

Como se puede deducir de lo señalado en el punto anterior, el contrato de obra, aunque con distinta denominación, ha recibido regulación en los cuatro Códigos Civiles que han regido en nuestro país. El Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en el Capítulo VI del Título IX del arrendamiento o alquiler, bajo el nombre «del alquiler de las obras y de la industria» (artículo 1179). Pero el desarrollo del tema lo efectúa en el Capítulo IX, «del alquiler de las obras por contrato o por jornal» (artículos 1191 a 1198).

Por su parte, el Código Civil de 1852 trataba el tema —como ha sido señalado anteriormente— bajo la denominación de «operarios», entre sus artículos 1640 y 1651.

El Código Civil de 1936 reguló el particular entre sus artículos 1553 y 1569; en tanto el Código Civil de 1984 lo hace en el Capítulo Tercero del Título IX, relativo a los contratos de prestación de servicios, bajo la denominación de «contrato de obra», entre sus artículos 1771 y 1789.

4.3 En cuanto a su estructura

Por su estructura, es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.4 En cuanto a su contenido o área

Por su contenido o área, puede ser tanto un contrato civil, uno mercantil o uno de naturaleza especial.

4.5 En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, es un contrato principal, puesto que no depende jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, debemos señalar que en lo referente al contrato de obra, existe lo que se denomina subcontrato de obra. Los Códigos que antecieron al vigente no hacían referencia sobre el particular. El Código Civil de 1984 regula el tema en su artículo 1772, a través del cual se señala que el contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente; siendo la responsabilidad frente al comitente de carácter solidario, entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato.

4.6 En cuanto a su formación

Por su formación es un contrato consensual, pues la ley no exige una forma especial para su formación siendo, entonces, suficiente el acuerdo de voluntades de las partes.

La declaración de voluntad puede ser verbal o escrita, e incluso resultar del mismo silencio de una de las partes frente a hechos o actos de la otra parte.

No obstante ello, muchos contratos de obra se celebran por escrito, sobre todo en lo que respecta a obras de considerable volumen patrimonial y en materia de obras públicas, donde las normas de Derecho Administrativo exigen que los contratos de obra se celebren necesariamente por escrito.

4.7 En cuanto al tiempo

La doctrina mayoritaria opta por considerar a este contrato como uno de tracto único. Arias-Schreiber,⁴ quien propugna esta teoría, sostiene que aun cuando no haya sido expresamente contemplado por el Código, se entiende que el contrato de obra es de tracto único, pues se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Resalta el citado profesor que éste es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de tracto sucesivo.

Podemos decir además que el Código Civil de 1984 establece que este contrato se extingue con la muerte del contratista, caso en el cual

⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis...*, tomo III, p. 101.

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 (artículo 1787 del Código Civil). El comitente, por su parte, puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida.

4.8 En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de obra es, fundamentalmente, uno de negociación previa, salvo en el Derecho Administrativo.

Como expresa Borda:⁵

«Ordinariamente, el contrato entre el empresario y el dueño de la obra se concluye después de tratativas directas; pero es también frecuente, sobre todo en obras importantes, el llamado concurso o licitación. Ese concurso puede referirse bien a la calidad técnica o artística de la obra, en cuyo caso va normalmente acompañado de la designación de un jurado encargado de discernir el premio; o bien puede el dueño fijar de antemano con precisión todas las características de la obra, licitando solamente el precio. Por lo común estos contratos llevan aparejada la obligación de adjudicar la obra al vencedor; pero también puede ocurrir que el dueño se reserve el derecho de no encargar la obra a ninguno y aun el de pasar sobre la oferta mejor y adjudicarla a otro que le merezca mayor confianza por su solvencia o capacidad técnica. También es frecuente la reserva del derecho de declarar desierto el concurso».

4.9 En cuanto al rol económico

Por el rol económico, es un contrato de colaboración o cooperación, pues está destinado a facilitar al comitente la obtención de un fin determinado (la obra concluida). Se trata de convenciones de «doy para que hagas» o «hago para que des».

⁵ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 110.

4.10 En cuanto a su función

Por su función, es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque nada impediría revistiera la calidad de modificatorio o regulatorio. En cambio, nunca será extintivo.

4.11 En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el contrato.

4.12 En cuanto a la prestación

El contrato de obra es fundamentalmente un contrato bilateral o sinalagmático, o con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código Civil), a través del cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

No obstante todo lo dicho, cabe recordar que nuestro Código Civil vigente admite la posibilidad de pactar un contrato de obra sin remuneración alguna por parte del locatario, tal como se da a entender de manera implícita en el artículo 1759, relativo a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios. De darse este supuesto, estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

4.13 En cuanto a la valoración

Por la valorización, el contrato de obra, es fundamentalmente un contrato a título oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación: el contratista, a hacer una obra determinada, y el comitente a pagarle una retribución.

De tratarse de un contrato de obra en el que no medie retribución alguna por el servicio prestado, será un contrato a título gratuito.

4.14 En cuanto al riesgo

Por el riesgo, debemos decir que es —fundamentalmente— un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Las partes pueden apreciar y calcular las ventajas recíprocas desde el momento mismo del contrato, sin que ello dependa de acontecimientos

aleatorios o inciertos. Ese carácter no desaparece porque pueda encarecer, o por el contrario, disminuir, el valor de la mano de obra, o de los materiales.⁶ Al momento de la formación del consentimiento las partes están en condiciones de pronosticar los beneficios que el contrato les puede reportar, cuanto y por qué. El hecho de que este pronóstico resulte desacertado no priva al contrato de su carácter conmutativo.

No se plantea ni legislativa, ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de obra, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento alguno para que se celebrara con carácter aleatorio.

4.15 En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, se trata de un contrato meramente obligatorio u obligatorio.

5. EL SUBCONTRATO DE OBRA

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1772 del Código Civil Peruano: «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».

En principio, debemos empezar diferenciando las figuras de la cesión del contrato y la subcontratación.

Hay cesión del contrato (o cesión de posición contractual) cuando el empresario transfiere totalmente su posición contractual a favor de un tercero que pasa a ocupar su lugar y establece relaciones directas con el comitente.

En la subcontratación, en cambio, el empresario mantiene íntegramente su obligación de realizar determinada obra, aunque la hace por intermedio de terceros que están vinculados jurídicamente con él y no con el dueño. La subcontratación puede ser total o parcial. En el primer caso, la semejanza con la cesión del contrato es notoria, aunque se mantiene la distinción esencial en el sentido de que en un caso las relaciones entre

⁶ REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil...*, p. 668.

quien realiza efectivamente la obra son directas, en tanto que en el otro se establecen a través del empresario o contratista principal.

A ello debemos agregar que como principio general debe admitirse que el contratista está facultado para ceder su posición contractual a un tercero; pero en tanto el comitente no acepte esa cesión, la situación de las partes es la siguiente: frente al comitente hay dos obligados: el cedente, porque nadie puede ceder sus obligaciones sin el consentimiento del deudor; y el cesionario, puesto que él ha asumido voluntariamente las obligaciones de un tercero.

Así, lo que legitima la cesión de la posición contractual, aunque no exista consentimiento del comitente, es que la situación de éste se refuerza con dicha cesión, en la medida de que en adelante habrá dos responsables en vez de uno.

Por su parte, el comitente, desde que le ha sido notificada la cesión, deberá cumplir con sus obligaciones respecto del cesionario.

La cesión no será posible si el contrato se ha celebrado *intuitu personae*, esto es, teniendo en consideración las condiciones personales del contratista, ya sea que el contrato haya establecido expresamente la prohibición de ceder o subcontratar; o porque la naturaleza de la obra así lo indique.

Si a pesar de la prohibición expresa del contrato, el contratista principal subcontrata la obra, el comitente puede oponerse a que intervenga en ella el subcontratista o exigir que se retire, sin perjuicio de la reparación por daños y perjuicios que le podría exigir al contratista principal. No obstante, la prohibición contenida en el contrato originario, no impide la validez del subcontrato en las relaciones entre empresario y subcontratista. Ese contrato no es nulo sino inoponible al comitente.⁷

El subcontrato de obra viene a ser un nuevo contrato en el que el empresario principal asume la posición de comitente. Los derechos y las obligaciones recíprocas se rigen, en consecuencia, por las normas generales relativas al contrato de obra. Entre el dueño de la obra y el subcontratista, por el contrario, no hay en principio ninguna relación directa. Esa regla, sin embargo, no es absoluta. En primer lugar, debe admitirse que si la obra ha sufrido ruina parcial o total, el dueño puede

⁷ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos II...*, p. 181.

dirigir su acción de daños y perjuicios contra el contratista principal y el subcontratista.⁸

La parte final del artículo 1772, que establece la responsabilidad solidaria del contratista con el subcontratista, tiene por finalidad proteger al comitente.

Para expresar de una manera más clara cuáles son las características del subcontrato de obra, vamos a recurrir a establecerlas en detalle.

5.1 Características

5.1.1. En cuanto al nombre

Por su nombre, es un contrato nominado, ya que no sólo recibe la referida denominación en la actualidad, pues se le conoce como tal desde antaño.

5.1.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, es un contrato típico social ya que la sociedad conoce cuál es su estructura; y típico legal en virtud de que se encuentra expresamente regulado por el Código Civil Peruano, en el artículo 1772.

5.1.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura es un contrato simple, pues siempre se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica.

5.1.4. En cuanto a su contenido o área

Puede ser tanto un contrato civil como un contrato mercantil o administrativo.

El subcontrato de obra siempre se encontrará regulado por lo dispuesto en el Código Civil de 1984.

Sin embargo, no podemos decir lo propio del contrato de obra pública, el cual se registrará por el Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y por el Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y — sólo supletoriamente — por el Código Civil.

⁸ *Ibid.*, p. 182.

5.1.5. En cuanto a su autonomía

El subcontrato de obra es un contrato derivado, ya que requiere de la existencia de un contrato principal (el contrato de obra del cual emana). De esta manera, el contrato principal de obra imprime sus características propias al subcontrato de obra, de modo tal que este último siempre tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario de obra del cual emana.

Nunca podría existir un subcontrato de obra sin que existiese un contrato de obra.

5.1.6. En cuanto a su formación

El subcontrato de obra, en sí mismo considerado, es un contrato consensual, en la medida de que la ley no exige que se siga alguna formalidad preestablecida (pudiéndose incluso celebrar de manera verbal).

Sin embargo, la autorización que otorgue el comitente al contratista para celebrar el subcontrato de obra por la integridad de dicha obra, sí debe ser dada por escrito (argumento del artículo 1772, primer párrafo del Código Civil).

5.1.7. En cuanto al tiempo

En cuanto al tiempo es esencialmente un contrato de duración, la cual podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha) o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial mas no el final).

5.1.8. En cuanto a su negociación

El subcontrato de obra será generalmente uno de negociación previa; es decir, aquel en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido, pero también puede ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.1.9. En cuanto al rol económico

El subcontrato de obra es un contrato de colaboración o cooperación, pues está destinado a la obtención de un fin determinado (la obra total o parcialmente concluida). Se trata de convenciones de «doy para que hagas o hago para que des».

5.1.10. En cuanto a su función

Por su función, el subcontrato de obra es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios. Sin embargo, nunca será resolutorio.

5.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Pensamos que el subcontrato de obra es un contrato individual, pues no surtirá efectos con relación al comitente, en tanto éste no hubiere autorizado la subcontratación.

5.1.12. En cuanto a la prestación

El subcontrato de obra es fundamentalmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

No obstante, cabe recordar que nuestro Código Civil admite la posibilidad de pactar un subcontrato de obra sin remuneración alguna por parte del contratista al subcontratista, tal como se da a entender —de manera implícita— en el artículo 1759. De presentarse este supuesto, estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

5.1.13. En cuanto a la valoración

Por su valoración, es fundamentalmente un contrato a título oneroso, ya que ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

Si se tratase de un subcontrato de obra en el que no medie retribución alguna por el servicio prestado, será un contrato a título gratuito.

5.1.14. En cuanto al riesgo

El subcontrato de obra es fundamentalmente conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el contratista y el subcontratista son ciertas, vale decir, conocidas de antemano. Sin embargo, la naturaleza del subcontrato de obra no impide que pudiera revestir modalidad aleatoria.

5.1.15. En cuanto a sus efectos

En cuanto a sus efectos, el subcontrato de obra es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

5.2 La autorización escrita del comitente

El tema de la autorización del comitente para la eventual celebración de subcontratos de obra, presenta algunas aristas de interés en el plano legislativo y doctrinario.

Dentro de tal orden de ideas, y de acuerdo al marco normativo del Código Civil, debemos dividir en dos esta problemática; a saber:

5.2.1 Si se trata de una subcontratación por el íntegro de la obra

De acuerdo a lo establecido por el primer párrafo del artículo 1772 del Código Civil de 1984, el contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente.

Independientemente de cuál haya sido la intención del legislador, resulta claro que el citado numeral sólo establece el requisito de la autorización escrita para cuando se trate de una subcontratación del íntegro de la obra.

Ello, debido a que el contrato de obra es — en la inmensa mayoría de casos — uno que se celebra *intuitu personae*, vale decir que se pacta teniendo en especial consideración las cualidades o condiciones personales del contratista.

Es claro, entonces, que si hubiese habido autorización escrita del comitente, el subcontrato de obra le será oponible, debiendo aceptar su ejecución y ulterior entrega, siempre y cuando las mismas se encuentren dentro de las condiciones establecidas para la realización de la obra (es decir, que no se trate de un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso).

Cuando existe autorización del comitente es que se presenta propiamente el subcontrato de obra, pues el subcontrato es un contrato derivado, que no podría derivar de no existir tal autorización.

Así, si no existiese la mencionada autorización del comitente, el contrato celebrado entre contratista y subcontratista no tendría carácter de derivado sino de principal.

Por otra parte, en el caso de la subcontratación total de que venimos tratando, resultaría de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1772 del Código Civil, en el sentido de que la responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato, que en este caso es — precisamente — la integridad de la obra.

5.2.2. Si se trata de una subcontratación parcial de la obra

Como fue expresado oportunamente, el artículo 1772 del Código Civil prohíbe en su primer párrafo la subcontratación íntegra de la obra sin autorización escrita del comitente.

Contrario sensu, el contratista sí puede subcontratar parcialmente la obra sin autorización escrita del comitente.

El Derecho moderno entiende que la subcontratación es usual, a efectos de lograr complejos productos elaborados. Incluso en muchos casos resulta usual que determinadas fábricas subcontraten la mayor parte de piezas de los productos que elaboran, y no por ello dejan de tener la calidad de contratistas, si fuese el caso de que hubieren celebrado contratos de esta naturaleza.

Sin embargo, debemos tener en consideración que la *ratio legis* del artículo 1772 del Código Civil se basa en el hecho de que no se subcontrate todas las partes de una obra con diversos subcontratistas, ya que en estos casos, si bien se trataría de diversos subcontratos parciales de una obra, finalmente estaría ausente la ejecución de la misma por parte del contratista, en cualquiera de sus manifestaciones.

Podría decirse, en tal sentido, que la obra sería absolutamente ajena al contratista y que correspondería en su integridad a los subcontratistas.

Dentro de tal orden de ideas, creemos que la autorización escrita que se establece como requisito para la subcontratación total sería aplicable si es que el contratista deseara subcontratar parcialmente la totalidad de la obra.

No tendría sentido alguno el sostener que por una simple interpretación a contrario del primer párrafo del artículo 1772 del Código Civil, una situación de esta naturaleza estaría permitida.

Ahora bien, uno de los puntos que nos llevan a mayor reflexión es el relativo a la magnitud permitida para la subcontratación parcial, sin que sea necesario para ello contar con la autorización escrita del comitente.

¿Se podría sostener que sería válida la subcontratación parcial del 99.99% de una obra, sin contar con la autorización escrita del comitente?

Si nos atuviésemos al tenor literal del primer párrafo del artículo 1772, la respuesta tendría que ser afirmativa. Sin embargo, dentro de un razonamiento lógico se impondría la negativa.

No obstante lo indicado, resultaría imposible establecer reglas de orden matemático al respecto, en la medida de que la multiplicidad y diversidad de características de los contratos de obra, hacen que cada caso deba ser visto en singular, con necesario criterio de ponderación; y, cuando ello fuere necesario, serán los Tribunales de Justicia los indicados para resolver controversias de esta naturaleza.

No obstante ello, debe mantenerse la situación en la cual el contratista siga siendo parte ejecutante del contrato, aunque sea en medida relativa; pero de manera alguna podría darse el supuesto en que el contratista deje de ostentar tal condición.

Por otra parte, en lo que respecta a la responsabilidad del contratista y subcontratista, cuando la subcontratación fuese parcial, ambos serán responsables solidarios frente al comitente respecto de la materia del respectivo subcontrato.

Cabe indicar también que si se hubiese incumplido con las normas de autorización establecidas por el artículo 1772 del Código Civil, no habría responsabilidad solidaria entre contratista y subcontratista frente al comitente.

En estos casos, el único responsable frente al comitente sería el contratista.

Como conclusión a nuestros comentarios sobre el artículo 1772 del Código Civil, relativo al subcontrato de obra, podemos señalar que independientemente de los argumentos y opiniones que hemos formulado en torno al mismo, estimamos que la redacción del primer párrafo del referido numeral es susceptible de conducir a equivocadas interpretaciones, al exigir únicamente la autorización escrita del comitente para aquellos supuestos en que el contratista desee subcontratar por el íntegro de la obra.

No obstante ello, no consideramos indispensable que se modifique la citada norma, en el sentido de exigir la autorización escrita del comitente en todos los casos en que el contratista desee subcontratar parcialmente, ya que existen una serie de casos y situaciones en los cuales —por la propia naturaleza de la obra encargada— resultará absolutamente normal la subcontratación, sin necesidad de autorización escrita o expresa del comitente.

Es más, si se exigiere dicha autorización, en muchos casos ello entorpecería el tráfico mercantil, ya que se tendría que pedir autorización

para cada subcontrato, por más insignificante o por más natural que fuere.

Para finalizar, y en razón del razonamiento expuesto, nos retratamos de la idea sostenida en 1998 cuando pensábamos que esta norma podría tener una redacción diferente.⁹

6. LOS MATERIALES NECESARIOS PARA LA ELABORACIÓN DE LA OBRA

De conformidad a lo establecido por el artículo 1773 del Código Civil de 1984, «Los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto».

Hemos sostenido que toda obra implica la elaboración o manufactura de aquello que deba ejecutarse, lo que conducirá a la obtención de un resultado (no debiendo entender esta palabra como parte de la clasificación de las obligaciones en aquéllas de medios y de resultados).

Dentro de tal orden de ideas, como en la inmensa mayoría de casos la obra tendrá un correlato material, ya sea porque el empleo de los materiales sea algo fundamental y voluminoso en la realización de la obra misma (como sería el caso de la construcción de una carretera) o porque ella concluyera en la entrega física de unos planos impresos en hojas de papel, como sería el caso de la obra que asume diseñar un arquitecto.

No cabe duda de que entre los materiales que se van a emplear para la elaboración de la carretera y los materiales que se van a emplear para la elaboración de los planos, existe un abismo en lo que respecta al volumen o importancia patrimonial.

Pero a pesar de ello, el Derecho debe solucionar la interrogante de cuál de las dos partes en el contrato de obra, vale decir si el comitente o el contratista, es la que debe proporcionar dichos materiales.

Borda,¹⁰ al analizar este tema, sostiene que la obligación de poner los materiales puede recaer sobre el empresario o el dueño. Cuando en el contrato nada se ha previsto sobre este punto, debe aportarlos el

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo II, p. 1029.

¹⁰ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos II...*, p. 109.

primero, salvo que lo contrario resulte de la costumbre del lugar para esa obra o surja de otros elementos de juicio, particularmente el precio. Si han sido aportados por el empresario, es claro que le pertenecen hasta el momento de la entrega; el comitente no podrá reivindicarlos y sólo tendrá derecho a reclamar su entrega vía de acción por cumplimiento de contrato, a menos que se trate de cosas muebles incorporadas como accesorias a otras de propiedad del comitente, en cuyo caso éste adquiere la propiedad desde el momento de la incorporación. Si, por el contrario, han sido suministrados por el comitente, éste conserva la propiedad sobre ellos.

Por lo demás, este tema no es en sustancia importante, debido a que los materiales destinados a la elaboración de una obra siempre serán sufragados por el comitente, ya sea como parte integrante de los honorarios profesionales del contratista o como un rubro independiente a los honorarios profesionales, si es que así se hubiese pactado.

A nuestro modo de ver, lo relevante en cuanto al contrato de obra es si el comitente deberá aportar dichos materiales directamente, con el propósito de que el contratista proceda a elaborar la obra; o si el comitente deberá entregar al contratista una cantidad de dinero suficiente para que dicho contratista pueda elaborar la obra adquiriendo por su cuenta los materiales respectivos; o, finalmente, si el contratista deberá adquirir — de su propio peculio — los materiales que resulten necesarios para la elaboración de la obra, teniendo derecho a reclamar la ulterior devolución de su valor al comitente.

Como podrá apreciar el lector, en los tres casos anotados es el comitente, quien ya sea previa o posteriormente, sufraga los gastos de los materiales que fueren necesarios para la elaboración de la obra.

Podemos decir que en los casos en que el volumen patrimonial de los materiales sea considerable, el comitente suele proporcionarlos al contratista o, en todo caso, le facilita el dinero necesario para su adquisición.

En cambio, cuando nos encontramos en la situación contraria, vale decir cuando el valor de los materiales sea poco considerable, se estima que el comitente lo reembolse al contratista una vez finalizada la obra o, **incluso**, que el valor de los mismos sea asumido dentro de los **honorarios** profesionales del contratista. Así, por ejemplo, en este último caso, **resultaría** inimaginable que un arquitecto, al terminar la elaboración de

los planos encargados por el comitente, le cobre el valor de las hojas de papel donde se encuentren reflejados los citados planos.

Ahora bien, resulta evidente que el citado artículo 1773 es una norma de carácter dispositivo, no sólo por su naturaleza, sino por el hecho de que el propio precepto establece que lo en él señalado regirá, salvo costumbre o pacto distinto.

Y es que todos los días se pacta en contra de lo dispuesto por el citado numeral, hecho que ha llevado a algunos profesores a proponer la modificación del sentido de la norma, invirtiéndola, señalando que los materiales destinados a la ejecución de la obra deberán ser proporcionados por el contratista, salvo pacto distinto.¹¹

En lo que a nosotros respecta, no compartimos la idea de modificar el citado numeral, pues el tema de los materiales queda especificado de manera expresa en la casi totalidad de obras y en la totalidad de las obras de considerable importancia patrimonial.

7. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

Sin duda, en el contrato de obra se pueden establecer infinidad de obligaciones a ser ejecutadas por el contratista. Sin embargo, vamos a ocuparnos de las principales, que, asimismo, son aquéllas contempladas en el artículo 1774 del Código Civil Peruano.

7.1. Obligación de ejecutar la obra conforme a los principios que inspiran el pago

De conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 1774, el contratista está obligado a hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en los que se acostumbre.

El citado inciso no es otra cosa que la aplicación en sede del contrato de obra de los principios que inspiran el pago.

Dichos principios son: el de identidad, el mismo que responde a la pregunta de ¿con qué se debe pagar? Y la respuesta no es otra que debe pagarse con aquello que constituye materia de la obligación, es decir, con la prestación debida.

¹¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis...*, tomo III, pp. 110 y 111.

El segundo principio es el de integridad, el mismo que responde a la pregunta de ¿con cuánto se debe pagar? Y la respuesta no es otra que con la cantidad pactada o establecida por ley.

El tercer principio del pago es el de oportunidad, que responde a la pregunta de ¿cuándo se debe pagar? Y la respuesta no es otra que en el momento estipulado en el contrato o por los usos y costumbres o por la ley.

Y, finalmente, el cuarto principio del pago es el de localización o lugar de pago, el mismo que responde a la pregunta de ¿dónde se debe pagar? Y la respuesta no es otra que debe pagarse en el lugar establecido en el contrato o por la ley.

De esta forma, aplicando estos principios generales al contrato de obra, podría decirse que el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra conforme a las características convenidas en el contrato, de acuerdo a la magnitud en que se hubiere pactado, entregándola en los plazos fijados, así como en el lugar establecido en el contrato.

Debemos resaltar que la prestación del promitente o contratista, tiene carácter indivisible, aunque existen excepciones a este principio.

Esta indivisibilidad puede ser percibida fácilmente en el ejemplo brindado por Aubry y Rau:¹²

La construcción de una casa es un hecho divisible, cuando se considera esta construcción en sí misma como un hecho susceptible de cumplirse sucesivamente, y por partes. Pero en la obligación de construir una casa se mira menos el hecho transitorio de la construcción, que su resultado final y permanente. Una casa no existe como tal sino por la reunión de todas las partes que la forman: ella es indivisible en su forma específica; su construcción es, por lo tanto, igualmente indivisible desde que viene a ser objeto de una obligación.

Este principio de indivisibilidad de la prestación, que ya había sido proclamado por el Derecho romano, implica admitir que aun cuando de la naturaleza de la obra podría deducirse su posibilidad de realización por partes, la esencia del contrato de obra consiste en alcanzar el resultado por el todo.

¹² Citado por SPOTA, Alberto G. *Tratado de locación de obra*. Buenos Aires: Depalma, 1952, vol. I, p. 332.

7.2. Obligación de dar aviso al comitente sobre eventuales defectos

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1774 del Código Civil, el contratista está obligado a 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 y puede comprometer su ejecución regular.

Desde nuestro punto de vista, el inciso 2 del artículo 1774, bajo comentario, debe ser analizado con sumo cuidado, pues la norma tiene exclusiva aplicación en aquellos casos en los cuales los defectos del suelo o de los materiales, no hubiesen sido conocidos por ambas partes al momento de la celebración del contrato, lo que significa que esta norma sólo se aplicará cuando dichos defectos hubiesen sido descubiertos con posterioridad a la celebración del contrato.

Lo antes expresado resulta fundamental en esta materia, ya que el comitente tiene la más absoluta libertad para encargar al contratista la elaboración de una obra de óptima calidad, así como la elaboración de una obra de calidad promedio o, incluso, la elaboración de una obra de ínfima calidad.

Para ilustrar lo anotado en este último caso podríamos mencionar a un comitente que celebra un contrato con un carpintero (contratista), con la finalidad de que elabore un mueble de madera, indicando, para tal efecto, que emplee madera de pésima calidad, la misma que tanto una parte como la otra tienen la certeza de que no resistirá el peso de una persona o, si lo resiste, lo hará de modo muy precario e inestable.

Si ese fuese el caso, el carpintero no tendrá que dar aviso alguno a su cliente, pues el tema resultará por demás evidente.

Distinta sería la situación en la que el cliente se comprometa a entregar al carpintero una determinada cantidad de pies cúbicos de caoba, para la elaboración de un fino mueble.

El cliente entrega al carpintero la madera ofrecida, pero luego el carpintero advierte que ella no reviste la calidad prevista y que de emplearla para la elaboración del mueble, éste revestiría una calidad defectuosa.

Similar razonamiento que aquél que hemos seguido en torno a los materiales, puede establecerse con respecto a los defectos del suelo sobre el cual se hubiere pactado levantar la obra.

Dentro de tal orden de ideas, nada impediría que ambas partes acuerden que una determinada obra se levantará sobre un terreno que ofrece dudosas condiciones de idoneidad.

Si éste fuese el caso y ambas partes conocieran dicha situación, simplemente no habría nada que reclamar si el contratista procediese a edificar la obra sobre el mencionado terreno. Decimos esto, por cuanto podría entenderse que el contratista está asumiendo un riesgo, derivado tal vez, entre otros factores, del costo del suelo sobre el que ha decidido se ejecute la obra.

Todo esto significa que si ambas partes fuesen conscientes de los defectos de los materiales o del suelo y contrataran con pleno conocimiento de tales situaciones, ello no tendrá nada de malo, pero, como podremos apreciar posteriormente, tal situación limitará de manera notable los eventuales reclamos que pudiera efectuar en el futuro el comitente, si la obra revistiese calidad defectuosa.

7.3. Obligación de pagar los materiales, si éstos se perjudican

El inciso 3 del artículo 1774 del Código Civil Peruano establece que el contratista está obligado a pagar los materiales que reciba, si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra.

La norma antes citada parte de entender que el comitente entregue al contratista los materiales destinados a la elaboración de la obra en perfecto estado.

El Derecho entiende que si ello fuese así, el contratista deberá emplearlos en similar estado de conservación.

No debe olvidarse que si la obra va a ser elaborada con dichos materiales, resultará fundamental preservar la calidad de los mismos, pues en caso contrario, la propia obra se verá perjudicada.

Para ilustrar lo antes expresado vamos a exponer dos ejemplos, ambos relacionados con la construcción de obras de ingeniería civil.

Si el comitente entregara al contratista todos los ladrillos necesarios para ser entregados en la construcción de una casa y por descuido del contratista, dichos ladrillos se pulverizaran, resultaría evidente que el contratista no podría construir la casa con lo que queda de esos

ladrillos, debiendo reemplazarlos por otros idénticos, situación que no será difícil, en la medida de que los materiales para la construcción de una obra, por lo general son bienes de carácter fungible y son fácilmente reemplazables por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Un típico caso —por lo demás, muy frecuente— es el del cemento, ya que es sabido que el cemento es un producto con cuya fecha de expiración debe tenerse sumo cuidado, de modo tal que si el comitente proporcionó cemento con fecha de expiración razonable, el contratista deberá tener el cuidado suficiente como para proceder a emplearlo dentro de los plazos previstos, no retardando la ejecución de la obra, pues con ello se vencerían los plazos de caducidad del referido producto.

Si éste fuese el caso, al contratista no le quedará otro camino que el de reemplazar todas las bolsas que hubieren caducado.

En lo que respecta al término «negligencia», el mismo es susceptible de encuadrarse dentro de lo previsto por el artículo 1319 del Código Civil, precepto que establece que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Ahora bien, ¿Es posible entender a la «impericia» como sinónimo de culpa leve? Pensamos que no, ya que por lo general se entiende a la impericia (falta de pericia) como un elemento susceptible de ser asimilado a la culpa inexcusable.

Dentro de tal orden de ideas, entonces cabría formular la observación en el sentido de que el inciso 3 del artículo 1774 aparentemente no estaría comprendiendo el deterioro de los materiales, que obedezca a culpa leve del contratista.

Se entiende por culpa leve cuando el deudor omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (argumento del artículo 1320 del Código Civil Peruano).

Sin duda alguna, el artículo 1320 constituye una norma de carácter general, pero a pesar de ello estimamos que no existe ninguna razón —ni teórica ni práctica— para excluir a la culpa leve de los alcances del inciso 3 del artículo 1774 del Código Civil; así como tampoco existiría razón alguna para excluir dentro del ámbito de aplicación de la norma al incumplimiento doloso de la obligación,

dentro de los alcances del artículo 1318 del Código Civil, precepto que establece que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Finalmente, respecto al inciso tres del artículo 1774, Arias-Schreiber¹³ nos dice que: «Esta regla no es otra cosa que la aplicación específica del principio *res perit debitori* y de la responsabilidad que es inherente a quien procede con dolo o culpa, sin que se distinga la culpa leve de la inexcusable (artículos 1319 y 1320 del Código Civil), pues en el contrato de obra existe un elemento específico y diferencial, que lo distancia de otros contratos, como es el riesgo profesional».

8. PROHIBICIÓN DE INTRODUCIR VARIACIONES

Conforme a lo establecido por el artículo 1775 del Código Civil Peruano de 1984, «El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente».

A decir de Arias-Schreiber,¹⁴ el legislador, entendiendo la importancia que juega el comitente en cuanto concierne al resultado final de la obra, exige que cualquier variación en las características de la obra requiera de la aprobación de aquél.

Desde luego, nada impide que en el contrato se establezca que el contratista pueda hacer las variaciones que estime convenientes sin estar obligado a solicitar la autorización del comitente pues ésta, en efecto, ya habría sido dada con anticipación.

Como se recuerda, el artículo 1132 del Código Civil regula el principio de identidad en el pago. Si bien lo hace dentro de las obligaciones de dar bienes ciertos, dicho principio es aplicable al pago en general.

Dentro de tal orden de ideas, resulta coherente que el Código establezca la prohibición por parte del contratista de introducir variaciones en las características de la obra, ya que estaría, de manera unilateral, variando los términos contractuales.

Como se sabe, los contratos obligan a las partes en todo cuanto se haya expresado en ellos y la única forma en que podrían variarse

¹³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis...*, tomo III, p. 113.

¹⁴ *Ibid.*, p. 107.

los términos de un contrato es con la celebración de un nuevo contrato modificatorio o regulatorio del anterior.

Si ello no se produjese, el contratista deberá ajustarse a los términos convenidos.

Dicha prescripción se establece, obviamente, en resguardo de los intereses del comitente (acreedor de la obra), ya que la práctica nos enseña que difícilmente las variaciones en la obra que introduzca el contratista se efectuarán en beneficio de la calidad de la misma, salvo un caso excepcional del que nos vamos a ocupar más adelante.

En tal sentido, las variaciones en la obra podrán conducirnos a que la misma pueda tener una ejecución defectuosa, y el comitente tendrá todo el derecho para oponerse a que dicha obra se ejecute con diversidad en relación a los términos pactados.

El caso excepcional al que hacíamos referencia anteriormente, es el relativo a las variaciones que introduce el comitente con el propósito de mejorar las características de la obra, ya sea porque dichas mejoras resulten convenientes para un mejor desarrollo de la propia obra o con el exclusivo propósito de intentar posteriormente cobrar por los adicionales efectuados.

En este sentido, resulta adecuada la norma del artículo 1775, que establece que cualquier variación que decida introducir el contratista deberá contar con la autorización escrita del comitente.

Caso contrario, el comitente tendrá todo el derecho de exigir al contratista la destrucción o eliminación de toda característica que no corresponda a la obra; y, si ello no fuere posible, el comitente tendrá dos caminos.

El primer camino es aceptar la obra con dichas modificaciones y no abonar ninguna cantidad adicional como retribución.

El segundo camino será transitado en el supuesto en el cual el comitente estime que dichas variaciones alteran la utilidad de la obra o que constituyen elementos que van a conducir a que la misma no fuere de su agrado (por las más diversas razones).

En tal sentido, el comitente tendrá todo el derecho de negarse a recibir la obra; y si dichas variaciones hubiesen sido advertidas en el curso de la elaboración de la obra, ellas podrían motivar la resolución del contrato por parte del comitente.

Ahora bien, después de todo lo indicado podríamos preguntarnos si resultaba necesaria la inclusión del artículo 1775 en el Código Civil.

Pensamos que no, pues a similares conclusiones se podría arribar en virtud de las normas generales de Derecho de Obligaciones y Contratos.

9. OBRA POR AJUSTE ALZADO

El ajuste alzado significa una modalidad de obra cuyo precio se fija a un tanto global y requiere, por tanto, una invariabilidad de la obra que corresponda a esa invariabilidad en el precio.

Borda señala que la obra se contrata por ajuste alzado cuando las partes fijan desde el comienzo un precio fijo e invariable. Las modificaciones en el precio de los materiales o de la mano de obra, benefician o perjudican al contratista y no alteran el precio. A veces el dueño se compromete a reconocer ciertas alteraciones en el precio, dentro de límites topes; es lo que se llama «ajuste alzado relativo», por oposición al «común» o «absoluto», en el que no hay variación de ninguna naturaleza.¹⁵

En la doctrina francesa suele estimarse que no media ajuste alzado sino cuando el empresario se obliga a entregar la obra ejecutada conforme a un plano convenido, por un precio global e invariable fijado de antemano. Es lo que se expresa en la doctrina italiana, sin perjuicio de señalarse que la invariabilidad del precio impone la invariabilidad de la obra.

De ello se desprende que es indispensable para la existencia del contrato de obra por ajuste alzado que se cumplan dos condiciones: un precio global fijado de antemano e invariable para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos; y correlativamente, que el empresario nunca podrá sufrir reducción del precio o exigir aumento de éste, bajo ningún pretexto. A pesar de ello, no lesionan la existencia del ajuste alzado aquellas modificaciones del precio que emanan de esa situación extraña a la autonomía de la voluntad (heteronimia de la voluntad) que importa la impresión contractual.

¹⁵ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos II...*, p. 115.

Conviene señalar una subespecie de este contrato de obra. Se estima que el contrato que reúne los requisitos antes indicados es el «ajuste alzado absoluto». Al contrario, se considera que se está frente al «ajuste alzado relativo» en el caso de que, si bien el precio está fijado en globo para toda la obra, se establece un aumento o una rebaja proporcional si las cantidades realmente ejecutadas exceden o son inferiores de cierta cantidad a las avaluadas del presupuesto estimativo. Los franceses lo llaman sistema *à forfait*; también lo denominan *à prix fair*. Los romanos lo llamaban sistema *per aversionem*.

El ajuste alzado también puede comprender sólo partes de una obra: la excavación, la mampostería, la estructura de hormigón armado o metálica, etc. Aun procede contratar por un precio global sólo la mano de obra, sin suministro de material. Todavía puede una parte contratarse por un precio global, otra por unidad de medida y otra a coste y costas.¹⁶

10. DERECHO DE INSPECCIÓN POR EL COMITENTE

El derecho de inspección de la obra por parte del comitente se encuentra regulado por el artículo 1777 del Código Civil, precepto de texto siguiente:

Artículo 1777.- «El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra».

La citada norma se refiere a los derechos de supervisión para la adecuada elaboración de la obra de que goza el comitente en relación al contratista.

¹⁶ Para mayor información, ver ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis...*, tomo III, pp. 114 y ss.

Puede ocurrir que en el contrato se haya estipulado con precisión en qué circunstancias y tiempo podrá el comitente o quien lo represente efectuar la inspección. Si nada se ha convenido, ella podrá realizarse en cualquier momento y sin necesidad de aviso previo, ya que en estos casos no se dan razones de privacidad que justifiquen el condicionamiento a que se contrae el artículo 1681, inciso 5 del Código Civil, relativo al contrato de arrendamiento.

Debido a la diversidad de supuestos que aborda el artículo en cuestión, vamos a proceder a analizar en detalle cada uno de ellos.

10.1. El derecho de inspección propiamente dicho

Cuando en el artículo 1777 del Código Civil, se hace referencia a que el comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuanta propia, la ejecución de la obra, se está partiendo de la idea de que la ejecución de dicha obra se está realizando dentro de parámetros normales, o, al menos, no implica —de por sí— que exista alguna anomalía o irregularidad.

Se trata del legítimo ejercicio de todo comitente en torno a la inspección de la obra en sí misma. Y es que no debe olvidarse que cuando se concluya con la realización de dicha obra, la misma deberá ser entregada por el contratista al comitente, situación que significará que este último se servirá de la obra y la misma deberá serle de plena utilidad y encontrarse a su entera satisfacción.

No está demás señalar que las inspecciones que pudiera realizar el comitente, no deberán entorpecer la ejecución de la obra, así como tampoco abusar en las frecuencias de las mismas.

Si bien el Código Civil no establece (y está bien que sea así) nada en torno a la periodicidad de las eventuales inspecciones, las mismas deberán realizarse con mesura y ponderación y en estricto apego a lo que resulte necesario.

10.2. Cuando se compruebe que la obra no está siendo ejecutada conforme a lo convenido

La ley le da una oportunidad al infractor y establece que el comitente le confiere la posibilidad de regularizar la anomalía dentro de un plazo. Dicho plazo será establecido por el comitente y deberá ser lo suficientemente amplio como para que el contratista pueda cumplir con su cometido.

Agrega el citado precepto que transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso materia de análisis, el comitente ha descubierto o advertido que el contratista se encuentra haciendo una ejecución defectuosa de la obra, entendida como el alejamiento de los lineamientos establecidos en el contrato o que resultan imperativos por las reglas del arte al que corresponda la naturaleza de la referida obra.

Se entiende que las desviaciones que advierte el comitente con respecto a la ejecución de la obra que viene realizando el contratista, deben ser lo suficientemente relevantes (a juicio del comitente) como para recurrir al mecanismo previsto por el artículo 1777.

De otro lado, el precepto bajo análisis impone al comitente el deber de establecer un plazo al contratista, para que dentro del mismo, este último se ajuste a tales reglas.

Nótese que el plazo es con apercibimiento legal explícito de otorgar al comitente la facultad de resolver el contrato.

El único requisito establecido por la ley es que el plazo sea adecuado, expresión que para estos efectos, deberíamos entender como «prudencial».

Si bien es cierto que esta última expresión deviene en un tanto ambigua, consideramos que su empleo es adecuado, en la medida de que la diversidad de contratos de obra susceptibles de celebrarse en la realidad, son infinitos, lo que no hace aconsejable el empleo de un plazo de orden público en esta materia.

Ahora bien, el plazo de que venimos hablando se refiere a la oportunidad en la que el contratista debe empezar a corregir los defectos de la obra; no necesariamente al plazo en el que deba haber corregido por completo dichos defectos, ya que no siempre éstos podrán ser enmendados en su integridad en el curso de plazos tan breves.

10.3. Condiciones del inspector en obras destinadas a tener larga duración

De conformidad a lo establecido por el último párrafo del artículo 1777 del Código Civil Peruano de 1984, tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector

debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

En general, quien realice la inspección de una obra no tiene por qué reunir condiciones o características especiales, ya que la obra puede ser muy sencilla o, incluso, la verificación de su correcta ejecución podría ser muy fácil y rápida, como sería el caso, por citar un ejemplo, de la elaboración de una silla de madera.

Pero hay casos en los cuales la complejidad de la obra es grande, como en algunos inmuebles o en las máquinas de tecnología sofisticada.

El Código Civil Peruano de 1984 sólo se refiere al caso de los edificios y de los bienes muebles, y —específicamente— al de aquéllos que están destinados a tener una «larga duración» o, dicho en otros términos, una duración considerable.

Lo que ha buscado nuestro cuerpo legal es especificar que para la inspección de determinados bienes (como éstos) se debe contar con inspectores que sean verdaderos especialistas, en el entendido de que no cualquier persona podría ejercer calificadosamente tal función.

Y ello está bien, porque son precisamente estas obras en donde se presenta la mayor cantidad de problemas. Además, los bienes muebles, por lo general, son adquiridos por los consumidores cuando ya se encuentran manufacturados (contratos de compraventa), a diferencia de los inmuebles, en donde existe un alto porcentaje cuya ejecución es materia de encargo (contrato de obra) y otro porcentaje —igualmente apreciable— en donde se adquieren ya terminados de ejecutar (compraventa).

Por otra parte, cabe resaltar que el artículo 1777 pone como requisito para que actúe como inspector ese técnico calificado, el hecho de que dicho técnico no haya participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos para la ejecución de la obra. Ello, debido a que el técnico que hubiese participado en la fase previa a la ejecución de la obra, podría tener algún conflicto de intereses, en la medida de que la ejecución de dicha obra pudiese poner de manifiesto los defectos u omisiones en que hubiese incurrido en las labores que anteriormente le cupo desempeñar.

Ello es cierto; podría presentarse dicho conflicto de intereses, pero lo que también resulta indudable es que quien ha participado en la creación intelectual de una obra, o quien la ha concebido técnica o teóricamente, será la persona más idónea para participar en la verificación de su adecuada ejecución.

Expresado en otras palabras: ¿quién conoce más sobre esa obra que su propio creador?

Por lo expuesto, consideramos que la prohibición establecida en la última parte del artículo 1777 del Código Nacional, resulta excesiva y su carácter absoluto no constituye otra cosa que una demasía.

10.4. Supuesto en el cual se compruebe la ejecución defectuosa de la obra

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1777 del Código Civil, cuando en el curso de la ejecución de la obra se compruebe que ella no se está elaborando conforme a lo convenido y según la reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido dicho plazo, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

11. DERECHO A LA COMPROBACIÓN

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1778 del Código Civil Peruano de 1984:

Artículo 1778.- «El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. Si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada».

Como expresa Spota,¹⁷ la comprobación se identifica con la verificación de la obra y tiene por misión que el comitente de la obra controle el fiel cumplimiento de lo pactado, esto es, controlar si la obra se ha realizado conforme al contrato respectivo. Se trata, por ende, de

¹⁷ SPOTA, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1984, vol. V, p. 518.

un proceso distinto a la recepción, ésta última definible como la consecuencia de la verificación. Fácil es comprender que la verificación puede hacerse durante el curso de los trabajos o bien al término de éstos; y que la recepción puede ser definitiva o provisional, aparte de que se convenga la recepción no sólo total, sino también de parte de la obra, esto es, recepción total o parcial.

Nótese que el artículo 1778 alude al derecho del comitente a verificar la obra antes de que se acepte su entrega, lo que equivale a decir que la verificación es anterior y no posterior a la entrega.

Ello es así, porque si el comitente, al revisar la obra, encuentra que ella no se ha ejecutado idóneamente (o que presenta una ejecución defectuosa), entonces el comitente tiene todo el derecho de no aceptar el pago (es decir, de no recibir la obra).

El proceder a comprobar la idoneidad de la obra representa el comportamiento adecuado y diligente de todo buen comitente. Se podría decir que una adecuada comprobación representa actuar con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Decimos esto, porque si bien es cierto que el comitente tendría derecho a formular reclamos luego de recibida o aceptada una obra, tales eventuales reclamos se verán notoriamente mediatizados por el acto de recepción de la obra. Resultará claro, por ejemplo, que dicho comitente no podría reclamar de aquellos puntos o aspectos que resultasen de evidencia palmaria en los exteriores de la obra.

Por otra parte, el acto de comprobación lo entendemos directamente relacionado con la capacidad técnica o de conocimientos personales del comitente. Así, si la obra implicase el empleo de una compleja tecnología, será lógico que el comitente se valga de expertos en la materia para que realicen la inspección, pues si decidiera realizarla por su cuenta y riesgo, deberá asumir las consecuencias de aquello que deje de percibir por su falta de preparación en la materia.

Entiende la doctrina que la aprobación de la obra puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando el comitente así lo manifieste al contratista. Será, por el contrario tácita, si el comitente no ejercita su derecho sin razón que lo justifique o si no comunica al contratista su resultado, dentro de un breve plazo que responda a la naturaleza de la obra y no a la libre determinación del comitente.

Al estar únicamente en juego el interés privado, nada impide que se restrinja o suprima el derecho y el deber de la comprobación.

11.1. Descuido del comitente en realizar la comprobación

El propio artículo 1778 señala que si el comitente descuida la comprobación de la obra sin justo motivo, la obra se considera aceptada. Éste es uno de los casos en los cuales la ley otorga a las conductas negativas (no hacer algo) valor de manifestación de voluntad, habida cuenta de que la consecuencia de no proceder a comprobar la obra sin justo motivo, sería el considerar que el comitente la ha aceptado.

Además, dicha inexecución se habría producido por causas imputables al deudor de la prestación de comprobación (el comitente). Ello, en virtud a que el artículo 1778 del Código Nacional emplea la expresión «sin justo motivo». Entendemos que «justo motivo» —por oposición— sería el haber omitido dicha comprobación por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (causas no imputables).

En tal sentido, «injustos motivos» serían el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve (causas imputables al deudor).

11.2. Descuido del comitente en comunicar el resultado de la comprobación

El artículo 1778 del Código Civil establece que si el comitente descuida comunicar al contratista el resultado de la comprobación de la obra dentro de un breve plazo de realizada dicha comprobación, la obra se considera aceptada.

En este supuesto, a diferencia del analizado en el numeral 10.1., el comitente sí ha realizado la comprobación, pero no ha comunicado —de inmediato— su resultado al contratista.

Lo que busca la ley es que la culminación de la ejecución del contrato se efectúe de la manera más rápida posible, o que —con similar prontitud— el contratista conozca de las observaciones formuladas por el comitente, a fin de salvarlas a la brevedad.

Como podrá apreciar el lector, en ambos casos lo que se busca es que se termine de cumplir con las prestaciones debidas por el contratista y por el comitente (la obra y la retribución o precio, respectivamente).

Es por ello que la ley opta por dar al silencio sentido de manifestación de voluntad positiva, siendo éste uno de los supuestos excepcionales en los que el Derecho otorga al silencio valor de manifestación de voluntad, conforme a lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil de 1984.

12. RECEPCIÓN SIN RESERVA

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1779 del Código nacional, «Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación».

Del contenido del artículo 1779 podemos extraer dos supuestos muy claros.

El primero de ellos es que la obra se considera aceptada si el comitente la recibe sin reserva. Ello es así, por cuanto resulta natural —y hasta obvio— que si el comitente no formula observaciones a la obra, luego de haberla inspeccionado o comprobado, está asintiendo con respecto a sus características y resultado de ejecución.

Es similar cuando un acreedor otorga a su deudor un recibo cancelado con respecto al pago que acaba de ejecutar dicho deudor; y en tal recibo no formula reserva alguna.

El segundo supuesto de aceptación es el de entenderse aceptada la obra si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación.

Y es que proceder a la verificación de la obra no constituye —en estricto— una obligación del comitente. Es —simplemente— una facultad de la que goza este contratante. Si no desea comprobar sus condiciones o idoneidad en su ejecución, podrá no hacerlo, debido a las más diversas razones, entre ellas el hacer fe de la conducta obligacional del contratista.

En resumen, al Derecho no le interesa si el comitente ha inspeccionado o no la obra. Si la recibe sin reservas, ello implicará, en ambos casos, plena aceptación de la misma. Al fin de cuentas, si decidió no revisar la obra antes de aceptarla, fue porque decidió actuar así, y no porque alguien o algo se lo impidiera.

13. OBRA A SATISFACCIÓN DEL COMITENTE

El artículo 1780 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1780. - «Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente, a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. Todo pacto distinto es nulo.

Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408».

El contrato de obra a satisfacción del comitente nos trae a la memoria el contrato de compraventa a satisfacción del comprador. Sin embargo, el texto del artículo 1780 plantea algunas peculiaridades que lo hacen diferir del artículo 1571, relativo a la compraventa a satisfacción del comprador.

En primer término, el artículo 1571 trata acerca de un contrato en formación, en tanto el numeral 1780 parte de la idea de que el contrato ya se celebró.

En segundo término, para que en la compraventa a satisfacción del comprador haya contrato, el comprador debe —necesariamente— expresar su voluntad en tal sentido (pues de lo contrario, ni siquiera se habría celebrado acto jurídico alguno). En cambio, en el contrato de obra a satisfacción del comitente, como ya hay contrato, la conformidad no tiene por efecto su celebración, sino simplemente prestar la conformidad en cuanto a cómo ha culminado la elaboración de la obra misma.

En la compraventa a satisfacción del comprador, por razones obvias, la falta de declaración de aceptación tiene por efecto la ausencia de celebración del contrato. En el contrato de obra a satisfacción del comitente, a falta de expresión de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. En otras palabras: la aceptación es reemplazada por la pericia; o, la pericia sustituye a la aceptación.

En este aspecto, el contrato de obra a satisfacción del comitente se deja de parecer a la compraventa a satisfacción del vendedor y se parece a la compraventa a prueba o a ensayo, regulada en el artículo 1572 del Código Civil de 1984, precepto que considera a la compraventa celebrada bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

Algo así ocurre en el contrato de obra a satisfacción del comitente, cuando éste no expresa dicha satisfacción pero tampoco expresa su insatisfacción.

Nótese que la satisfacción o insatisfacción podrían tener un altísimo grado de subjetividad en el comitente.

Sin embargo, si ambas se dejaran de expresar, la solución del problema no tendría nada de subjetiva, en la medida de que se estaría a los resultados de la pericia correspondiente. Ello implica que para que se efectúe la pericia, debería haberse establecido en el contrato las características que tendría la obra una vez terminada.

Caso contrario, es decir, en el supuesto en que no se hubiesen pactado en detalle dichas características, entendemos que la pericia devendría en imposible y la ausencia de manifestación de voluntad (positiva o negativa) del comitente, jamás podría entenderse como una aceptación.

Ahora debemos detenernos en el análisis del extremo referido a que todo pacto distinto es nulo.

En verdad no entendemos el sentido de esta última norma, sobre todo si el artículo 1780 contiene un precepto de orden dispositivo.

¿O acaso alguien podría sostener que lo dispuesto en torno al contrato de obra a satisfacción del comitente sea de naturaleza imperativa?

La respuesta negativa se impone. Ello no tendría sentido, en la medida de que el mencionado pacto no afecta —en lo absoluto— al orden social y al interés de la comunidad.

Además, si imaginásemos que se pactase en contrario de lo dispuesto en la primera parte del artículo 1780, ello obedecería a que las partes habrían preferido esta opción por sobre aquella contemplada en el precepto legal. Esto, simplemente, no tendría nada de malo.

Finalmente, estimamos como una demasía lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1780, cuando establece que si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408 del propio Código, preceptos que regulan lo relativo al mero arbitrio y al arbitrio de equidad, normas que resultan aplicables no sólo a este supuesto sino a la generalidad de casos en que intervenga a tal efecto un tercero.

14. OBRA POR PIEZA O MEDIDA

El texto original del artículo 1781 era el siguiente:

Artículo 1781.- «El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta».

Posteriormente, dicho numeral fue modificado por el Artículo Único de la Ley n.º 25291 (promulgada el día 18 de diciembre de 1990 y publicada en el diario oficial *El Peruano*, el día 24 de diciembre de 1990), de texto siguiente:

Artículo 1781.- «El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce a este efecto (sic) el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida».

Cuando se pacta una obra por pieza o medida, resulta fácil establecer una relación directamente proporcional entre los avances que se vayan realizando en la obra por parte del contratista y los pagos que el comitente deberá efectuar al contratista como retribución por concepto de la obra realizada.

Es más, cuando se pacta la ejecución de una obra por pieza o medida, justamente se tiene la posibilidad de que ambas partes efectúen la ejecución paralela y lo más simultánea posible, de las prestaciones recíprocas que ha asumido cada una.

En el primer párrafo del artículo 1781, se establece que el que se obliga a hacer una obra por pieza o medida (es decir, el contratista) tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

Por nuestra parte, entendemos que el derecho a la verificación por partes a que hace referencia la citada norma, no constituye solamente un derecho que corresponda al contratista, quien lo ejercerá frente al comitente para que este último efectúe la verificación y

—ulteriormente— le pague la cantidad proporcional a la parte ejecutada.

Estimamos que ese derecho de verificación por partes corresponde también al comitente, en la medida de que éste deberá efectuar pagos que correspondan a los avances parciales, y la única forma de pagar es efectuando la verificación de la parte ejecutada de la obra, que dará lugar a ese pago.

Entonces, debemos convenir en que el derecho a la verificación no sólo corresponde al contratista sino también al comitente.

Por otra parte, resulta claro que si esa verificación da resultados negativos para el comitente, éste no pagará nada al contratista, pues estimará que la parte ejecutada no le es de utilidad (no la acepta).

En este caso, el contratista deberá subsanar los defectos, si ello fuese posible.

Pero si el resultado de la inspección fuese positivo para el comitente, entonces este último deberá pagar al contratista la contraprestación proporcional a la parte de la obra realizada.

De otro lado, cuando en el artículo 1781 se establece que el pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada, ello constituye una aplicación lógica de lo que ocurre en la realidad. Decimos esto, pues si no hubiese conformidad, no habrá pago; y si —por el contrario— hubiese esa conformidad, entonces estará abierto el camino al pago.

Es obvio, entonces, que si se paga sin reservas dicho pago debería hacer presumir la aceptación de la parte de la obra realizada. Sin embargo, es necesario precisar que se trata de una presunción *iuris tantum*, vale decir, que admite prueba en contrario.

En lo que respecta al desembolso de cantidades a cuenta, que el comitente pudiera entregar al contratista, el Código Civil de 1984 efectúa la distinción entre lo que significan esas cantidades y los pagos parciales de que hemos venido hablando.

Estimamos que la naturaleza jurídica de ambos desembolsos es distinta. Por una parte, los pagos proporcionales a la obra no son otra cosa que la contraprestación que ejecuta el comitente por los avances de la obra efectuados por el contratista.

En cambio, los desembolsos parciales son cantidades de dinero que debe pagar el comitente al contratista, pero que no constituyen retribución por el avance de la obra, sino, en la mayoría de veces, dinero que servirá al contratista para ejecutar la obra y sus avances, conforme a lo establecido, financiarla, comprar los materiales necesarios para tal efecto, etc.

Si bien es cierto que esos desembolsos de cantidades a cuenta también se harían conforme la obra vaya avanzando, esa coincidencia temporal, tiene que ver más con lo cronológico que con los avances reales de la obra que esté realizando el contratista.

De ahí que resulta evidente que el Código Civil establezca que tales desembolsos no hacen presumir aceptación de nada por parte del comitente.

15. RESPONSABILIDAD POR DIVERSIDADES Y VICIOS EXTERIORES DE LA OBRA

De conformidad con lo establecido por el artículo 1782 del Código Civil de 1984:

Artículo 1782.- «El contratista está obligado a responder por las diversidades y los vicios de la obra.

La recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta».

15.1. Las diversidades

El contratista, como cualquier otro contratante, debe ejecutar la prestación debida en los términos establecidos en el título constitutivo de la obligación. Esto significa que debe ser fiel al principio de identidad del pago, contenido en el artículo 1132 del propio Código, pero que extiende sus efectos a todo el Derecho de Obligaciones.

Dentro de tal orden de ideas, el alejamiento de la ejecución de una obra de aquellas características convenidas es lo que jurídicamente se denomina como «diversidades», es decir, aquellos aspectos en los cuales la obra difiere de lo pactado para su ejecución.

Recordemos que como regla general y lógica, el contratista se encuentra obligado a responder por las diversidades y vicios o defectos

de la obra, todo lo cual es perfectamente congruente con el concepto y el alcance de la responsabilidad profesional.¹⁸

Resulta claro que si las diversidades fueren de notable magnitud y ellas afectaran la obra de modo considerable, el comitente tendría todo el derecho de negarse a aceptar la referida obra; pero igual derecho tendrá si las diversidades fueren de poca importancia, ya que el comitente tendría derecho a exigir que la obra se le entregue — exactamente — en los términos convenidos.

De ahí que el artículo 1782, en su primer párrafo, establezca que el contratista está obligado a responder por las diversidades de la obra.

Esta responsabilidad se extiende no sólo a tratar de subsanar dichas diversidades, sino también — como resulta obvio — a la eventual indemnización a que hubiere lugar por los daños y perjuicios causados al comitente.

15.2. Los vicios de la obra

Cuando en el artículo 1782, primer párrafo, se hace referencia al deber del contratista de responder por los vicios de la obra, se está aludiendo a los defectos o fallas que ella pudiera tener.

Estos defectos o fallas no necesariamente serán diversidades, ya que la obra podría estar respondiendo a las características pactadas o a los planos elaborados, pero — aun así — sin ser «diversa», presentar defectos en su construcción o elaboración.

Estos vicios o defectos pueden ser exteriores, es decir, susceptibles de ser apreciados a simple vista; o internos, los mismos que guardan relación con el clásico concepto jurídico de los vicios ocultos.

En esta norma la ley no efectúa distinción alguna sobre la magnitud de tales vicios, razón por la cual debe entenderse que responde por todos ellos, sea cual fuere su magnitud, características o eventual clasificación.

15.3. Descargo de responsabilidad

El segundo párrafo del artículo 1782 establece que la recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta.

¹⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis...*, tomo III, p. 119.

Cuando hablamos de la inspección de la obra por parte del comitente, resulta obvio que por más que dicho comitente pueda contar con el auxilio de expertos en la materia, la inspección no implica la realización de un estudio minucioso y detallado de todo el proceso constructivo y demás características de la obra. Entendemos que por lo general se limita a verificar situaciones aparentes, es decir que en apariencia la obra coincida con lo estipulado en el título constitutivo de las obligaciones del contratista (el contrato de obra).

En tal sentido es que la segunda parte del numeral 1782 sólo descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y vicios exteriores de la obra, cuando ésta haya sido recibida por el comitente, sin formular reserva alguna.

Mal podría descargarse de responsabilidad al contratista por aquellas diversidades y vicios cuya advertencia no se encuentre al alcance del comitente, al realizar la inspección previa a recibir o aceptar la obra.

16. ACCIONES DERIVADAS POR DIVERSIDADES O VICIOS EXTERIORES

De conformidad a lo prescrito por el artículo 1783 del Código Civil Peruano de 1984:

Artículo 1783.- «El comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño.

Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios.

El comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada (sic) la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra».

Esta norma plantea diversos supuestos que conviene analizar.

16.1 Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores no hacen inútil la obra para el comitente

Comprendemos como un valor entendido del primer párrafo del artículo 1783 del Código Civil, el que las diversidades o vicios exteriores

no hagan inútil la obra para el comitente, dado que en estos casos la ley no otorga al comitente el derecho de resolver el contrato, es decir, el derecho de separarse de la relación contractual. Y si no se le concede este derecho, es simple y llanamente porque la ley entiende que —de manera objetiva— no existen razones para proceder en tal sentido.

El segundo camino que plantea tal opción es el de que —dada la existencia de esas diversidades y vicios menores en la obra— proceda a solicitar la reducción de la contraprestación, es decir de la retribución que el comitente debe pagar al contratista.

16.2 Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores hacen inútil la obra para el comitente

Sin lugar a dudas, en estos casos estamos hablando de situaciones en las cuales las diversidades o vicios exteriores sean de tal importancia que puedan hacer inútil la obra para el comitente.

Si este fuese el caso, evidentemente al comitente no le interesará seguir formando parte de un contrato en el que no desea aceptar el pago (la entrega de la obra) por parte del contratista.

Así, el camino que le concede la ley es el de la resolución del contrato.

Nótese que la ley subraya que esos vicios deben ser de tal magnitud que hagan que la obra resulte inútil para la finalidad convenida; pero si no se hubiese pactado en el contrato algo en especial sobre la finalidad que se desea dar a la obra, deberá entenderse que la misma es aquélla que habitualmente tienen bienes de la misma naturaleza; esto, por aplicación analógica del artículo 1486 del propio Código Civil, precepto que establece que «Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar».

16.3 Deber de comunicar la existencia de diversidades o vicios de la obra

De conformidad con lo establecido por la última parte del artículo 1783 del Código Civil, el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios de la obra dentro de los sesenta días de recibida la obra.

La idea de establecer un plazo tan corto (que — por lo demás — es de caducidad) se basa en forzar al comitente a que actúe de manera diligente en la inspección de la obra, con el propósito de que así resulten de inmediata aplicación — según sea el caso — las disposiciones del primer o del segundo párrafo de la propia norma (el artículo 1783).

Con el plazo reducido (de sólo sesenta días) se busca, además, preservar la seguridad jurídica, para evitar que se mantengan latentes — por plazos mayores — acciones que luego puedan congestionar los Tribunales de Justicia.

En adición a lo expuesto, cabe resaltar que el propio artículo 1783 subraya expresamente que se trata de un plazo de caducidad, el mismo que se computa desde la fecha de recepción de la obra, pues dicho momento es — justamente — aquél desde el cual el comitente puede comenzar a percibir la existencia de los vicios o diversidades (habida cuenta de que no estamos hablando de vicios ocultos, sino de otros que parecen evidentes o notorios).

Pero en adición al plazo de caducidad (de sesenta días), la ley establece otro plazo — ahora de prescripción —, el mismo que es el que la ley concede al comitente para accionar con respecto al contratista; y dicho plazo es de un año, contado desde que se terminó de construir la obra.

¿Cómo entender la existencia de estos dos plazos?

Éste es uno de aquellos casos en los cuales la ley establece los denominados «plazos dobles».

La finalidad de los mismos es que — de todas maneras — prescriba o caduque una acción o un derecho sin que pueda prolongarse eternamente por diversos motivos, como podría ser el caso de la interrupción de la prescripción.

En el caso materia de análisis ocurrirá que si bien el plazo de caducidad para que el comitente demande al contratista es de seis meses contados desde la recepción de la obra, dicho plazo nunca podrá exceder de un año contado desde la culminación de la obra, aunque esta última no hubiese sido entregada al comitente.

Pero nótese que en este caso (si la obra no hubiese sido entregada), el comitente podrá interrumpir el decurso prescriptorio de tal plazo,

mediante actos interruptivos de la prescripción (argumento y supuestos del artículo 1996 del Código Civil).

17. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR DESTRUCCIÓN, VICIOS O RUINA SOBREVINIENTE

El artículo 1784 del Código Civil Peruano señala que:

Artículo 1784.- «Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo».

El citado artículo aborda el tema de la eventual destrucción, vicios o ruina sobreviniente de la obra.

La norma en cuestión aborda diversos temas, los mismos que pretendemos tratar en detalle:

17.1 La destrucción o ruina de la obra

Supuestos en los que debe avisarse al contratista:

- Si la obra se destruye totalmente.
- Si la obra se destruye parcialmente.
- Si la obra presenta evidente peligro de ruina por vicio de la construcción.
- Si la obra presenta graves defectos por vicio de la construcción.

En todos estos casos se trata de situaciones extremadamente graves, las mismas que atentan contra la duración que debe tener toda obra, naturalmente en el caso en que ella hubiese sido construida con vocación de permanencia en el tiempo. Decimos esto, pues existen

algunos supuestos en los cuales las obras son hechas para que duren poco tiempo, como sería el caso de una escultura en hielo, elaborada específicamente para ser exhibida en una reunión social.

Resulta claro que en estos casos no se podría exigir que la obra dure más tiempo, pues —precisamente— su finalidad implica tener una existencia efímera.

Entonces, de lo expuesto queda claro que este precepto ha sido redactado pensando en obras que se encuentren destinadas a tener una larga duración, en donde el transcurso de un plazo de cinco años no signifique el agotamiento de la obra con las características constructivas originales.

17.2 El plazo establecido por el artículo 1784 del Código Civil es de caducidad y no de prescripción

Según la Real Academia de la Lengua,¹⁹ caducar significa «perder eficacia o virtualidad», en tanto que caducidad es la «Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas».

Para Guillermo Cabanellas,²⁰ caducar significa «extinguirse por el transcurso del tiempo, un derecho, una facultad, una acción, una instancia, un recurso»; en tanto que caducidad es el «lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla».

A pesar de que el último párrafo del artículo 1784 no señala expresamente si se trata de un plazo de prescripción o caducidad, la doctrina nacional es unánime en señalar que el mismo es de caducidad. Así lo expresan Marcial Rubio Correa y Fernando Vidal Ramírez, quienes son los únicos profesores que han estudiado dicho tema en el Perú.

Los argumentos que esgrimen los citados autores son los siguientes:

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Versión online. 22 ed., 2001. <http://www.rae.es/> (visitado el 28/11/2007 a las 22:55).

²⁰ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1989, tomo II, pp. 14 y 15.

Fernando Vidal Ramírez²¹ refiere que los dispositivos que contienen plazo de caducidad, revisten como característica que ese plazo, tiene ya fijado su término de vigencia. No ocurre lo mismo con las acciones prescriptibles, cuyos términos están previstos en forma genérica y no específica.

Por su parte, Marcial Rubio Correa,²² señala que una de las características de la caducidad es que sus plazos son fijados *a priori* y además, que la reducción significativa de los plazos generales a que hace mención el artículo 2001 del Código Civil, en los textos de los artículos específicos, constituye una vocación de caducidad.

Ambos catedráticos finalizan sus argumentaciones mencionando expresamente aquellos artículos que presentan, en nuestro ordenamiento jurídico, un plazo eminentemente de caducidad, y no de prescripción y es entre ellos que señalan el caso del último párrafo del artículo 1784 del Código Civil.

La Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora del Código Civil,²³ se encarga de remarcar en el desarrollo del artículo 2006, que el hecho de que la caducidad sea declarada de oficio se explica a partir de la acentuada noción de orden público que reviste esta figura.

En este sentido, de acuerdo a Guillermo Cabanellas,²⁴ por orden público debemos entender al «conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe ni transigencia ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de la sociedad, de una institución, o de las garantías precisas para su subsistencia. [...] En el orden civil, el orden público es el límite infranqueable por la libertad individual».

Por ende, resulta evidente que la imperatividad de declarar la caducidad se deriva de fundamentos relacionados con el interés intrínseco de la sociedad.

²¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, pp. 198 y 216.

²² RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y Caducidad. Extinción de acciones y derechos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, pp. 94 y 188.

²³ REVOREDO MARSANO, Delia. *Compiladora. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, p. 825.

²⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual...*, p. 697.

Debemos tener presente que dentro de nuestro ordenamiento legal siempre cabe la posibilidad de que el juzgador se pronuncie a favor de la caducidad; ello, en razón a la aplicación de los preceptos legales antes mencionados.

Dentro de este orden de ideas, podría, incluso, rechazar la demanda si se hubiera advertido que el derecho del demandante ya había caducado.

17.3 La responsabilidad civil de los constructores

Nuestro Código Civil dedica algunos artículos a la responsabilidad por ruina del edificio, ya sea ésta parcial o total. Estas previsiones hechas por el legislador peruano se encuentran vinculadas a la responsabilidad imputable a los profesionales de la construcción, en razón de los vicios que presente la obra como consecuencia de la actuación de estas personas.

Claro está que la ruina total o parcial de la edificación no se configura como la única causal de imputación de responsabilidad. Como tendremos ocasión de verificar a lo largo de estas páginas, son diversas las etapas que comprenden la construcción de una obra, así como son también variadas las modalidades e incumbencias del ejercicio profesional; y, por ende, las prestaciones a las que se encuentra obligado el constructor y cuyo incumplimiento —de producirse un daño y presentarse el factor de atribución— da lugar al correlativo deber de indemnizar.

Las normas que abordan este tema de manera expresa —algunas de los cuales ya han sido motivo de examen en este trabajo— se encuentran básicamente, en los artículos 1777, 1782, 1783, 1784 y 1785 de nuestro Código Civil.

Debemos advertir que la interpretación de dichas normas no debe hacerse de modo aislado; todo lo contrario, es preciso realizar una lectura sistemática de las mismas que comprenda los preceptos generales del Libro de Obligaciones, del de Fuentes de las Obligaciones (Contratos) y, por supuesto, de los principios generales de la responsabilidad civil.

Para efectos del presente trabajo, vamos a considerar dentro de la categoría de profesionales de la construcción, a todos aquellos sujetos que en virtud de sus conocimientos técnico-profesionales estén encargados de la construcción de una obra, participando en todas sus

etapas, en una sola, o en algunas de éstas. Así, dentro de este ámbito, cabe mencionar a los arquitectos, a los ingenieros y, en general, a los promotores, constructores y técnicos.

Por otra parte, creemos que la naturaleza de la responsabilidad de los profesionales de la construcción por daños derivados de su actuar, debe ser analizada desde dos perspectivas diferentes, por cuanto es factible que se establezcan dos tipos de relaciones jurídicas.

Así, la responsabilidad será —en la gran mayoría de casos—²⁵ contractual, si la misma emana de la relación entre el propietario o cliente y el constructor. Dentro de tal orden de ideas, para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, se requiere —siempre con la premisa de que exista un contrato de por medio— que concurren tres elementos:

- La inejecución o incumplimiento de la obligación.
- La imputabilidad del deudor.
- El daño.

Mientras que la responsabilidad será extracontractual, si deriva de los daños sufridos por terceros con los cuales el constructor no tiene vínculo contractual.

18. LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

El artículo 1785 del Código Civil Peruano de 1984 trata el tema de la liberación de responsabilidad del contratista:

Artículo 1785.- «No existe responsabilidad del contratista en los casos a que se refiere el artículo 1784, si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos

²⁵ La expresión «en la mayoría de casos» se explica en tanto existen hipótesis extracontractuales de la relación jurídica profesional:

- Cuando el servicio se presta sin requerimiento del favorecido.
- Contra la voluntad presunta del beneficiario.
- Si la intervención del profesional obedece a un imperativo legal.
- Actos realizados como etapas previas a la celebración de un contrato.
- Daño producido en materia ajena a la prestación contratada.
- Daños cometidos por un profesional subordinado.

necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente».

El texto del artículo 1785 parte del valor entendido de que la destrucción total o parcial de la obra o los evidentes peligros de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, se deban haber producido por dolo o culpa del contratista.

Es así, que resulta evidente que si tales situaciones hubiesen obedecido a causas no imputables al contratista, como caso fortuito, fuerza mayor, o que ellas se hubiesen producido a pesar de que el contratista actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, dicho contratista no debería responder por la destrucción o defectos de la obra.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1785 no hace sino ocuparse de uno de estos supuestos, que es aquél en el cual el contratista hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Pero no aborda este aspecto de manera directa, sino lo hace relacionando la actividad del contratista con haber ejecutado la obra de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente.

En tal caso, es necesario preguntarse si el contratista estará liberado de responsabilidad en todos aquellos supuestos en que hubiese actuado conforme a las instrucciones mencionadas.

Pensamos que sobre este particular no puede existir una respuesta única; ello, en razón de que en algunos casos las instrucciones, estudios y documentación proporcionada por el comitente, implicarán determinados estudios y análisis que el contratista no está obligado a realizar, pues ya fueron otros profesionales quienes se encargaron de hacerlos, precisamente, por cuenta y en interés del comitente.

En ese sentido, no siempre será fácil advertir al contratista la existencia de errores o defectos en tales estudios, pues no se tratará de cuestiones evidentes.

En tales casos, resulta absolutamente claro que sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1785 del Código Civil. Aquí, pues, no se

podría exigir al contratista algo para lo cual no ha sido contratado, así como tampoco se le podría exigir advertir cuestiones que no tienen la condición de evidentes.

Distinto sería el caso en el cual los estudios e instrucciones proporcionados por el comitente al contratista incluyan errores o defectos de tal magnitud o evidencia, que el contratista se encuentre en la ineludible necesidad de advertir.

Sería el caso, por ejemplo, en que tratándose de la construcción de un puente, que deberá soportar pesos enormes, se le indique al contratista que deberá construirlo utilizando concreto con *mezcla pobre*, es decir, lo que usualmente se entiende en materia de construcción como la mezcla que incluye una considerable proporción de arena en detrimento del cemento.

En un caso como éste es evidente que no resultaría aplicable lo dispuesto por el artículo 1785 del Código Civil, en la medida de que el contratista, como profesional de la construcción, no podría sostener que sólo cumplía con las indicaciones brindadas por el comitente. En situaciones como la descrita, existe un deber implícito en el contratista de revelar al comitente los defectos advertidos y hasta de aplicar todos los mecanismos de defensa contractuales para que el comitente corrija el error y, de no hacerlo, el contratista debería negarse a ejecutar la obra.

19. SEPARACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL POR PARTE DEL COMITENTE

El artículo 1786 del Código Civil Peruano de 1984 contempla el supuesto en el cual el comitente puede apartarse de la relación contractual:

Artículo 1786.- «El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida».

El encargar la realización de una obra implica, de por sí, la existencia de una necesidad a satisfacer dentro de la esfera de intereses del comitente.

En tal sentido, en la inmensa mayoría de casos, este interés subsiste desde el momento de la celebración del contrato, hasta el momento en el cual dicho contrato se termina de ejecutar.

Sin embargo, el Código Civil contempla en el artículo bajo comentario, un supuesto especial, que es aquel en el cual el comitente pierde interés en la ejecución del contrato, porque la obra ya no le resulta útil, porque ella devendría en perjudicial para sus intereses, o por cualquier otra razón.

La solución dada por el Código Civil es, en buena cuenta, aquélla que debería seguirse ante la existencia de cualquier obligación en la que el acreedor de la prestación pierda interés en el cumplimiento de ésta y, evidentemente, no exista un interés distinto al pecuniario por parte del deudor de esa prestación, en su calidad de acreedor de la contraprestación.

Es claro que de acuerdo a las normas generales de Derecho de Obligaciones el deudor no sólo tiene el deber de pagar, sino también el derecho de hacerlo, pero no podrá forzar el pago al acreedor en la medida en que el acreedor pueda demostrar que dicho pago le pueda resultar perjudicial o que carezca de interés en él.

Sin embargo, este razonamiento no puede conducir, de manera alguna, a sostener que el acreedor que opte por este camino no cumpla, en su condición de deudor de la contraprestación, con pagar lo que correspondería a su contraparte, en caso ésta hubiese ejecutado su contraprestación.

Y es, precisamente, esta tesis aquélla que recoge el Código Civil Peruano en el artículo 1786, en donde se señala que el comitente deberá pagar al contratista por los trabajos ya realizados, los gastos soportados, los materiales preparados (todo esto, en calidad de daño emergente), además de lo que hubiere podido ganar si la obra hubiere sido concluida (esto último, en calidad de lucro cesante).

El lucro cesante muchas veces será fácil de calcular en función de las utilidades previstas en la ejecución de la obra, las mismas que constituirán datos de orden objetivo.

Sin embargo, el tema se complicaría en la medida en que estemos hablando de situaciones distintas, tales como el eventual prestigio profesional que hubiese adquirido el contratista de haber ejecutado la obra y los réditos que hubiese podido obtener en el futuro, derivados de dicha circunstancia.

Sin duda, en estos casos nos encontraremos ante supuestos de muy difícil solución.

20. PAGO PROPORCIONAL EN CASO DE MUERTE DEL CONTRATISTA

El artículo 1787 del Código Civil Peruano se ocupa del pago proporcional en caso de muerte del contratista:

Artículo 1787.- «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».

Si bien es cierto que la mayoría de obras de mediana y gran dimensión son ejecutadas por contratistas constituidos como personas jurídicas, no es menos cierto que en muchas obras menores el contratista es persona natural; y, como tal, siempre estará presente el riesgo de que dicho contratista muera antes de haber concluido con la ejecución de la obra.

En tal sentido, el Código Civil Peruano parte, con acierto, del entendido de que la obligación asumida por el contratista es *intuitu personae*, vale decir, de aquéllas que no resultan transmisibles a los herederos del deudor.

En tal sentido, si el contratista muriera, sus herederos —que no necesariamente tendrían sus mismos conocimientos, habilidades y destrezas en la materia relativas a la obra— no podrán concluir con la ejecución del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1787 establece que en estos casos el comitente estará obligado a pagar a los herederos del contratista, hasta el límite en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera.

Consideramos que la solución legal adoptada por el Código Civil Peruano es impecable.

Además, el artículo 1787 establece la obligación del comitente de pagar a los herederos del contratista, los gastos soportados por dicho contratista y los materiales que hubiesen sido preparados por él, solución con la que también concordamos.

21. PÉRDIDA DE LA OBRA SIN CULPA DE LAS PARTES

El artículo 1788 del Código Civil Peruano de 1984 regula el supuesto de pérdida de la obra sin culpa de las partes:

Artículo 1788.- «Si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Si los materiales son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no se hubieren perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada.

Cuando se trate de un contrato por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o restaurarla. Por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada».

A pesar de no decirlo, resulta claro que el artículo 1788 antes citado, se ocupa únicamente de regular el supuesto en el cual la obra en construcción o ya concluida, pero todavía no entregada formalmente, se pierde por un evento no imputable a las partes, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de que ambas partes hubiesen actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Decimos esto, por cuanto, si hablamos, como lo hace el artículo 1788, de la resolución del contrato de obra, es un valor entendido que la relación contractual aún se encuentra vigente; y si la obra ya hubiese sido entregada formalmente, es decir, si ya se hubiese producido la recepción de la misma, en ese instante se dan por concluidas las obligaciones del contratista, entendiéndose, por tanto, que la obra ya ha ingresado plenamente al patrimonio del comitente. De este modo, si se produjera la pérdida de la obra por cualquiera de las circunstancias señaladas, no podríamos aplicar ningún principio relativo al riesgo en el cumplimiento de las obligaciones (*periculum est debitoris* o *periculum est creditoris*), sino la regla general de derechos reales, de que el bien se pierde para su dueño, de modo tal que la destrucción de la obra o su pérdida — en cualquiera de las acepciones del término —, sólo afectará el interés patrimonial del comitente.

En tal sentido, si el comitente todavía tuviere pendiente de pago en favor del contratista algunas cantidades de dinero, pues, simplemente, deberá pagarlas en cumplimiento de la contraprestación pactada.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro entonces que la pérdida a que hace referencia el artículo 1788 del Código Civil, se deberá producir cuando la relación contractual se encuentre plenamente vigente y la obligación del contratista todavía no hubiese sido cumplida en su totalidad.

En tal sentido, consideramos que el legislador pudo haber optado por varios caminos; uno de los cuales hubiera sido el de volver a construir la obra y volver a pagar al contratista.

Sin embargo, optar por una solución como la anotada, no hubiese sido lo más acertado, en la medida de que no podría presumirse la subsistencia del interés del comitente en la realización de la obra (por ejemplo, que se vuelva a construir un puente ahí donde un aluvión se lo llevó), ni la capacidad del contratista para poder ejecutarla nuevamente.

De ahí que el Código Civil establece en el primer párrafo del artículo 1788, que si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho.

En adición a lo expuesto, el referido precepto agrega que si los materiales hubiesen sido suministrados por el comitente, el contratista estará obligado a devolverle los que no se hubieren perdido, y el comitente no estará obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada.

Con esta última mención, queda claro también que a pesar de entenderse el contrato resuelto de pleno derecho, ello no exonera al comitente de pagar al contratista la parte de la obra que hubiese sido ejecutada y que se pierde (como también deberá pagarle aquella parte que hubiese sido ejecutada y que no se hubiera perdido).

Ello nos lleva a considerar que en estos casos el Código Civil ha optado por el principio *periculum est creditoris*, pues, si tomamos como objeto de estudio la obligación del contratista (deudor de la obra), si ésta se pierde, será el comitente (acreedor), quien sufra las consecuencias de dicha pérdida, debiendo pagar al contratista la proporción de la prestación dineraria convenida.

Finalmente, el artículo 1788 bajo comentario establece que cuando se trate de un contrato de obra por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no estará obligado a reponerla o

restaurarla. La norma agrega que, por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada.

Tal solución es de evidente criterio de justicia.

Por último, debemos decir que las normas contenidas en el artículo 1788 son de carácter dispositivo, sobre las cuales las partes pueden pactar estipulaciones contractuales distintas.

22. DETERIORO SUSTANCIAL POR CAUSA NO IMPUTABLE A LAS PARTES

El artículo 1789 del Código Civil Peruano se ocupa del supuesto de deterioro sustancial por causa no imputable a las partes:

Artículo 1789.- «Si la obra se deteriora sustancialmente por causa no imputable a las partes, es de aplicación el artículo 1788».

Entendemos que este artículo en verdad resulta innecesario, pues hubiese bastado con incluir el supuesto en el contenido en el texto del artículo anterior, el 1788.

Sin embargo, es necesario expresar que resulta inevitablemente impreciso el concepto de «deterioro sustancial».

Entendemos que el deterioro sustancial, a que hace referencia el artículo 1789, debería entenderse dentro de los alcances del segundo supuesto del inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil, cuando establece como uno de los casos de pérdida del bien, el que el mismo resulte inútil para el acreedor por daño parcial sobreviniente al nacimiento de la obligación.

Sin duda, el daño parcial no debe implicar la destrucción total de la obra, pues en ese caso nos encontraríamos dentro de los alcances del artículo 1788 del Código Civil.

Entendemos que los supuestos de deterioro sustancial son aquéllos en los cuales el bien, a pesar de no haberse destruido, devenga en inútil para el acreedor (en este caso, para el comitente), precisamente, por la existencia de ese daño parcial.

Consideramos que un ejemplo que ilustraría el tema, sería aquél en el cual se produzca un terremoto en plena construcción de una represa, la misma que se encuentre en un grado de avance del 90%. Dicho

terremoto origina el agrietamiento de la parte central de la estructura de la represa, de manera tal que ella no podría soportar la presión del agua que está destinada a embalsar en el futuro.

En este caso, es evidente que la obra no se habría destruido totalmente, pero el deterioro de la misma como consecuencia de ese daño parcial, la hace inútil para el acreedor (el comitente) y, por consiguiente, deberían ser de aplicación al caso las consecuencias previstas en el artículo 1788 del Código Civil, comentado anteriormente.