

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**EL BACK CHARGE EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN**  
**Aproximación a las facultades y límites legales del comitente para**  
**intervenir y modificar los derechos y obligaciones del contratista en los**  
**contratos de construcción privados**

Trabajo de investigación para optar el grado académico de  
Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Paul Vladimir Mallma Vilca

ASESOR

Edison Paul Tabra Ochoa

LIMA – PERÚ

Noviembre, 2018

## **RESUMEN EJECUTIVO**

La industria de la construcción es una de las más importantes en el Perú, debido a la relevancia que tiene en cuanto a la economía nacional. Los actores más importantes que intervienen en dicha industria son los comitentes – normalmente grandes empresas mineras, petroleras o industriales – y los contratistas, que suelen también ser empresas grandes o medianas, pero con bastante poder de financiamiento debido a que las obras a ejecutarse demandan grandes fluctuaciones económicas.

A pesar de su importancia, el contrato de construcción, que por orden económico debería situarse a continuación del contrato de compraventa, no tiene una regulación propia en nuestro Código Civil, dando lugar a la autorregulación contractual de las partes. Pero al tratarse de contratos por adhesión, impuestos en su gran mayoría por los comitentes, surgen muchos conflictos contractuales que finalmente se resolverán en los tribunales arbitrales.

Uno de los conflictos más frecuentes es la intervención contractual del comitente, que es una excepción al principio del *pacta sun servanda* y que faculta al comitente a “incumplir” su deber implícito de “dejar hacer”, para procurarse por sí mismo el cumplimiento del contrato de construcción ante un incumplimiento contractual parcial del contratista. Esta intervención contractual suele darse a través del *back charge* o el retiro de partidas contractuales. En cuanto al *back charge*, los conflictos comunes surgen porque las partes no se ponen de acuerdo en definir cuándo se está ante un incumplimiento contractual del contratista que faculte la aplicación del *back charge* por el comitente, y cuál es el límite económico de esta afectación.

Este trabajo de investigación, aborda esta problemática a través de soluciones jurisprudenciales internacionales con el objetivo de aportar para que los tribunales arbitrales nacionales tengan mejores herramientas en sus fundamentaciones para resolver mejor estos casos frecuentes.

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Resumen ejecutivo.	1
Índice.	2
Introducción.	3
<b>I.- Estado de la cuestión.</b>	11
1.- Concepto previo: contrato de obra	11
2.- Concepto de contrato de construcción	12
3.- Características del contrato de construcción.	13
4.- Clasificación del contrato de construcción.	17
5.- Marco legal del contrato de construcción.	20
6.- Conflictos técnicos y jurídicos derivados del contrato de construcción	24
7.- Definición del back charge.	26
8.- Marco legal del back charge	33
9.- Breve Reseña al retiro de partidas	34
10.- Diferencias entre el back charge y el retiro de partidas	37
<b>II.- Planteamiento del problema.</b>	39
11.- ¿Cuándo estamos ante un incumplimiento parcial del contratista que justifique la aplicación de un back charge?	42
12.- ¿Cuál es el límite económico de afectación a un contratista a través de un back charge?	49
<b>III.- Discusión.</b>	53
13.- Propuesta de solución	54
<b>Lista de referencias</b>	59

## **INTRODUCCIÓN**

La industria de la construcción tiene una gran relevancia e impacto no solo en la economía peruana, sino también en aspectos tan importantes como en la política y en la sociedad misma. Basta con analizar los acontecimientos ocurridos desde finales del 2017 en el Perú para darnos cuenta de la gran importancia de este sector. Para nadie han pasado desapercibidas las denuncias sobre corrupción que ha sufrido una de las más grandes empresas constructoras en nuestro país a partir del caso Odebrecht, la paralización de los megaproyectos APP como fue el caso del aeropuerto de Chincheros, o la parsimonia con que se adoptan decisiones en el Estado para poner en marcha los proyectos de reconstrucción de los desmanes que dejó El Niño Costero, tres aspectos que no solo llenaron los titulares de los principales diarios nacionales, sino que marcaron la coyuntura económica y política en el último año (Diario Gestión, 2017).

La industria de la construcción tiene un alto interés para los empresarios (Podeti 2004, p. 43, 49), pues no en vano es considerada una de las más dinámicas y el motor de la economía del Perú debido a que involucra otras industrias que proveen insumos (Palomino, 2017, p.96). El dinamismo de la industria constructora peruana va de la mano con el crecimiento económico del país, pues atrae un alto flujo de inversionistas privados nacionales y extranjeros (Podeti, 2004, p. 98). De hecho, el Perú lidera el crecimiento del sector construcción en América Latina, y de acuerdo a las proyecciones del Ministerio de Economía y Finanzas, experimentará un crecimiento superior al 10% entre 2018 y 2020, todo ello debido a la ejecución de grandes proyectos (centros comerciales, tiendas por departamentos, viviendas, centrales hidroeléctricas y termoeléctricas, proyectos de irrigación, ampliación y modernización de plantas industriales y centros mineros, construcción de carreteras y aeropuertos, entre otros) (Palomino, 2017, p.100).

Una industria tan importante para el desarrollo del país, y que es motor de su economía, debería contar con una legislación vigente y elaborada. Pero lamentablemente ello no es así, siendo la ausencia de normativa específica en materia de contratos de construcción una de sus principales debilidades (Podeti, 2004, p.100). La norma más importante que se aplica en materia de construcción en el sector privado es el Código Civil, en el capítulo referido al contrato de obra. Sin embargo dicho capítulo consta apenas de 19 artículos que abarcan del artículo 1771° al artículo 1789°. Además se emplean los 09 artículos que comprenden los contratos de prestación de servicios, del cual el contrato de obra es una modalidad (Northcote, 2011, p. 209).

La regulación que aplica el Estado para los contratos de obras públicas, que sí cuentan con una extensa y actualizada normativa en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento, no resulta aplicable ni siquiera supletoriamente al sector privado, toda vez que los primeros son contratos administrativos que se rigen por principios y prerrogativas exorbitantes particulares que le otorga su finalidad: velar por el interés público; mientras que los contratos de construcción privados interesan sólo a las partes y está comúnmente asociado al intercambio patrimonial (Morón Urbina, 2016, ps. 62 y 63).

Conviene, entonces, ampliar nuestros conocimientos respecto al contrato de construcción, diferenciarlo del contrato de obra y brindar un adecuado marco teórico, antes de abordar nuestra investigación.

Para Molina Zaldívar y Ríos Salas, citados por Vásquez Rebaza, un contrato de construcción es aquel “en que el propietario o mandante encarga al constructor o contratista la ejecución de una obra conforme a su proyecto determinado, la que debe ser ejecutada en el plazo y precio convenido. El objeto del contrato consistirá en la ejecución de la obra, la que estará sujeta a un proyecto, entendiéndose por tal el conjunto de planos, especificaciones técnicas, memorias de cálculo y demás antecedentes que permitan establecer o precisar aquello que se debe ejecutar, dentro de un determinado plazo y a un precio convenido, el que incluye los costos directos, los gastos generales y la utilidad a que tiene derecho el contratista” (Vásquez Rebaza, 2017, p. 54).

Respecto al contrato de construcción nos dice Podetti: “que el contrato de construcción e ingeniería son locaciones de obra” (2004, p.42). Los romanos habían englobado bajo el término *locatio* tanto al alquiler de cosas como de hombres, pues el Derecho Romano no concebía la energía o la actividad del hombre como algo distinto al propio hombre. Pero las legislaciones más modernas se apartan de este criterio tradicional y han separado a la locación de obra de la rama en la cual originalmente se encontraba. El Código Civil peruano lo denomina contrato de obra, denominación que Podetti no encuentra como la más apropiada por su imprecisión porque se refiere tanto a las obras muebles como inmuebles, a las materiales y a las inmateriales (la pintura de un cuadro, la construcción de un puente, el vestido de una novia).

El autor considera incorrecto que el Código Civil peruano englobe al contrato de construcción (bajo el título global de contrato de obra) dentro de la regulación de los contratos de servicios. Un contrato de construcción se diferencia de un contrato de servicios, porque en éste último el compromiso es cumplir un determinado esfuerzo,

trabajo o servicio, que si bien tiene en vista un resultado, la contraprestación se paga por el mero hecho de prestarlo. En el contrato de construcción, en cambio, el pago del precio solo corresponde si se logra el resultado tal como fue prometido. El contrato de construcción, se trata por excelencia, de un contrato de resultados (Podetti, 2004, p.48).

Asimismo, el autor considera insuficiente que la legislación peruana se refiera indistintamente al contrato de construcción y al contrato de obra como si se tratase del mismo negocio jurídico. Consecuentemente, debería regularse al contrato de construcción de manera independiente. Podetti es claro al respecto en que ambos conceptos deberían desarraigarse. Citando a Larrea Holguín, nos señala que: “Estos convenios, en el mundo contemporáneo, tienen gran importancia y dominan una buena parte de la vida económica, en cuanto suponen la combinación de una actividad intelectual y el empleo de mano de obra, de energías artificiales y naturales y la organización del trabajo, la empresa y la actividad de entidades públicas y privadas” (citado por Podetti, 2004,p.48). Para Podetti, independizar el contrato de construcción como una figura autónoma del Derecho Civil, quizá de mayor significación luego del contrato de compraventa, ha sido abierto por la doctrina, y menciona entre sus principales justificaciones las siguientes: 1) el contrato de construcción tiene como resultado final una obra inmueble, a diferencia de todos los demás contratos de obra que abarcan también las obras muebles y las inmateriales; así por ejemplo, mandar a confeccionar un terno es un contrato de obra, pero no podría ser un contrato de construcción; 2) el proyecto, la dirección de la obra y la construcción en sí misma requiere de la participación de profesionales universitarios; en el mismo ejemplo, un sastre no requiere preparación universitaria, en cambio en un contrato de construcción se requieren muchos profesionales de carreras multidisciplinarias; 3) requiere la participación del Estado para la aprobación inicial y final, dado su interés público; por ejemplo: para la emisión de las licencias de construcción, conformidades de obra, declaratorias de fábrica, entre otras; en cambio en un contrato de obra no siempre es necesaria tal participación; 4) el conjunto de actividades necesarias para la construcción o el montaje de una obra se diferencia claramente de las actividades necesarias para cualquier otro contrato de obra; por ejemplo: en un contrato de construcción se requiere la participación de un área técnica o de ingeniería de diseño, un área de control de calidad, un área de seguridad y salud en el trabajo, un área de administración de obra, un área de gestión contractual del proyecto y un área de planeamiento y control, organización que no siempre es necesaria en todo contrato de construcción; y 5) en cuanto al tema laboral, la característica singular de la obra ha originado que se agremien en sindicatos particulares y celebren sus propios convenios colectivos; por ejemplo en

el Perú existe el régimen de construcción civil, cuyas reglas aplican a casi todo contrato de construcción (Podeti,2004,p.50-51).

En resumen, de las cinco justificaciones mencionadas en el párrafo precedente, se entiende que la relación que existe entre contrato de obra y contrato de construcción es una relación de género a especie, o en términos más adecuados: de tipo contractual y subtipo contractual, en el que el tipo contractual es el contrato de obra y el subtipo es el contrato de construcción. “El tipo contractual es aquel modelo legal, abstracto y orgánico conformado por un conjunto de reglas referidas a una operación económica llevada a cabo a través del contrato que se caracteriza por ser repetida, extendida y por estar consolidada en la praxis, en el marco de un espacio históricogeográfico determinado. Como se sabe, son ejemplos de contratos típicos la compraventa, el arrendamiento y la donación” (Vásquez Rebaza, 2017, p. 55). En cambio, “el subtipo es un modelo legal, abstracto y orgánico conformado por un conjunto de reglas (legales o consuetudinarias) relativas a una operación económica que se desarrolla al interior de un tipo contractual particular, aunque sin extralimitar su elasticidad. Por consiguiente, el subtipo se regirá, en lo no regulado por este, por las reglas que disciplinan al tipo contractual” (Vásquez Rebaza, 2017, p. 55).

No diferenciar entre el contrato de obra y el contrato de construcción, implica la inexistencia de una regulación particular en el Código Civil peruano para el subtipo contractual “contrato de construcción” y trae como consecuencia que deba aplicarse a dicho contrato la normativa creada para regular al “contrato de obra”, que es un contrato muy genérico. Con dicha falta de regulación específica, se pierde la oportunidad de enriquecer jurídicamente varias de las características que hacen del contrato de construcción un negocio jurídico propio. De manera ejemplificativa, Borda, citado por Vásquez Rebaza, señala: “el contrato de obra alude a las obras más diversas tales como la construcción de un edificio, puente, camino, etc, su modificación o refacción, y aun su demolición; la fabricación de una máquina o motor, su reparación, su desarme; la realización de obras intelectuales, tales como escribir un libro, una obra de teatro, una partitura, pintar un retrato, hacer una escultura, etc.” (Vásquez Rebaza, 2017, p. 56).

Ahora bien, teniendo en cuenta que nuestra legislación no cuenta con una regulación propia para los contratos de construcción, sino que engloba dicho contrato dentro del contrato de obra, sería muy ambicioso para los propósitos de este artículo desarrollar todos los vacíos que comprende esta ausencia de regulación. Los problemas que generan estos vacíos regulatorios de los contratos de construcción, derivan en muchos procesos arbitrales y son de los más variados, pues abarcan desde disputas

técnicas (ampliaciones de plazo, definición de trabajos adicionales, definición del correcto metrado de la obra considerando si se trata de un contrato a suma alzada o a precios unitarios, vicios ocultos en la entrega de las obras, entre muchos otros), hasta disputas jurídicas (cuándo corresponde o no la aplicación de penalidades, quién asume los riesgos técnicos de la ingeniería y de la construcción, cuándo está permitido y cuál es el límite para una intervención contractual). Por esta razón, el autor ha decidido abordar una problemática específica que ha demandado su especial preocupación dado su alta recurrencia en las sedes arbitrales, me refiero a la intervención contractual a través del back charge o contracargo.

La intervención económica de una obra es una medida que le permite al comitente la participación directa en el manejo económico de una obra de construcción, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato (Díaz, 2010. pag. 15). Hemos visto que a través del contrato de construcción el contratista constructor se obliga frente al comitente a hacer una obra determinada y entregarla en un plazo; de ello deriva que existe una obligación tácita del comitente de “dejar hacer”. Entonces, a través de la intervención contractual, el comitente cesa unilateralmente en su obligación de “dejar hacer” al contratista, para manejar directamente la ejecución de la obra por asumir que hay un incumplimiento o riesgo de incumplimiento del contratista, con la finalidad de lograr que la obra sea culminada.

En los contratos de construcción públicos y privados ocurre con mucha frecuencia que el comitente se reserva el derecho de suministrar recursos para “apoyar” (acelerar o suplir) el alcance del contratista, o simplemente retirar parte del alcance de la obra a dicho contratista para entregárselo a un tercero. A este fenómeno contractual los *ingenieros* administradores de los contratos de proyectos y megaproyectos de construcción le denominan “intervención contractual”. En los contratos de construcción públicos esta facultad se encuentra normada (actualmente en el artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado) delimitándose las circunstancias y los límites para su adopción. Pero en la medida que las normas estatales no resultan aplicables ni siquiera supletoriamente a los contratos de construcción privados, y que el Código Civil no posee ninguna disposición al respecto, cabe cuestionarnos si este tipo de medidas son legales incluirlas en los contratos de construcción privados y cuáles deberían ser los límites legales para su adopción.

La problemática surge porque los contratos de construcción privados normalmente son contratos por adhesión. Quiere decir que en la mayoría de casos los comitentes, grandes empresas mineras, petroleras, industriales, agrícolas, pesqueras, todas con



gran poder económico, son quienes imponen las condiciones del contrato de construcción, por lo que al contratista constructor solo le queda la opción de aceptar o no el contrato, teniendo muy limitado su derecho de discutir o modificar alguna cláusula del contrato ya formulado por el comitente. Una de las cláusulas que con mayor frecuencia resulta inmodificable es la cláusula que faculta al comitente la intervención contractual, la cual como mencioné se da de dos formas: a través del *back charge*, o a través del retiro de partidas. ¿Pero qué tan legales son estas cláusulas que permiten al comitente intervenir en el contrato de construcción a su solo criterio y además sin establecer claramente los límites?

El *pacta sunt servanda*, el respeto de la palabra empeñada, es sin duda el principio más importante de nuestro sistema jurídico contractual. Señala Ghestin que: “el artículo 1134 del Code le otorga un alcance especial al principio de la fuerza obligatoria del contrato dentro del Derecho francés. Así pues, dicha disposición normativa consagra, en efecto, éste principio de la fuerza obligatoria y, su respectivo corolario, esto es, la inmutabilidad de las convenciones. En tal sentido, el referido dispositivo establece que: “las convenciones legalmente constituidas [formées] tienen fuerza de ley [lieu de loi] respecto de quienes las han celebrado” adicionando que “tales convenciones no pueden ser revocadas, sino por consentimiento mutuo de las partes o por las causas que autorice la ley” (Ghestin, 2015, p.78).

Respecto a este principio primordial, para efectos de este artículo, conviene centrarnos en el corolario: la inmutabilidad de las convenciones. Pues como regla general cualquier modificación contractual requiere el acuerdo de las partes contratantes, en tal sentido, no es posible la modificación unilateral por alguna de las partes sin el consentimiento de la otra. Este principio encuentra consagración legislativa en el artículo 1361 del Código Civil peruano, el cual establece que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos” (Barchi, 2008, p. 292).

En efecto, si al propio Juez le está vedada la facultad de modificar o integrar el contrato, debiendo limitarse a interpretarlo y garantizar su ejecución, ¿puede alguna de las partes contratantes reservarse el derecho a modificar o desprenderse unilateralmente de las obligaciones contractuales o le está permitido tal derecho por norma? ¿por qué razón el sistema jurídico permitiría que una de las partes se desobligue unilateralmente en perjuicio de la seguridad jurídica que otorga un contrato? ¿Cuáles son las facultades y límites legales para la intervención de los contratos de construcción por parte del comitente?

La razón por la que ocurre esto en los contratos de construcción es por algunas de sus peculiares características, las cuales podemos resumir en las siguientes: i) son contratos donde la indeterminación y la variabilidad del alcance son muy elevados; ii) Los riesgos del negocio son preponderantemente asumidos por el contratista; iii) se promete un resultado, por ende existe obligación de saneamiento por vicios externo y por vicios ocultos; iv) es un contrato en que las partes que intervienen son predominantemente empresas y con alta solvencia económica debido a las altas inversiones económicas que demanda la industria de la construcción. De las características mostradas, la alta indeterminación y variabilidad del alcance, que conlleva a los elevados riesgos de incumplimiento por parte del contratista respecto a inversiones económicas muy elevadas hacen necesario que el comitente se reserve el derecho a *intervenir* el contrato de obra en aras de procurarse el cumplimiento del proyecto en plazo y calidad.

En el presente artículo, el autor recorrerá con el lector el estado actual de la cuestión, pues la legislación nacional admite la intervención contractual de los contratos de construcción para que el comitente tenga la seguridad de que su proyecto va a concluir adecuadamente o incluso sin expresión de causa, aunque en este último supuesto las consecuencias jurídicas son diferentes. Pero el principal aporte que pretende el autor es abordar las facultades y los límites del comitente para dichas intervenciones, así como los principales conflictos que surgen entre las partes cuando dichas facultades y límites son excedidos.

En efecto, existe un gran vacío legal en cuanto a las facultades y límites que tienen los comitentes para intervenir un contrato de construcción ya sea a través de un *back charge* o de un retiro de alcance. Pero por razones de espacio y tiempo, en este artículo el autor sólo analizará una de las modalidades de intervención: el *back charge*. Sin embargo, será necesario marcar las diferencias que existen entre ambas modalidades de intervención, lo cual será analizado en el estado de la cuestión.

El *back charge* consiste en el *aporte* unilateral de recursos del comitente para remediar un incumplimiento parcial del contratista, cuyo costo es asumido inicialmente por el comitente para luego ser trasladado al contratista. Sin embargo, la pregunta más importante en este punto es ¿cuándo hay incumplimiento en un contrato de construcción? Sería deliberado sugerir que el incumplimiento sea catalogado como tal sólo cuando el plazo de la obra concluya y la obra no esté entregada; en la medida que durante la ejecución de la obra ya es posible prever que la obra no será entregada a tiempo o con la calidad requerida, se puede asumir un incumplimiento del contratista y

adoptar medidas antes de que sea demasiado tarde. Pero tienen que existir parámetros para que tal incumplimiento sea objetivamente calificado como tal durante la ejecución de la obra, para lo cual es útil el empleo de hitos en los plazos y de medición de avances a través de porcentajes de cumplimiento, de modo tal que si el contratista incumple estos hitos o no logra los avances previstos se entienda que hay un incumplimiento o riesgo de incumplimiento contractual que habilite al comitente a intervenir el contrato.

De otro lado, en cuanto a los límites de un *back charge*, el asunto controvertido radica en que si no hay un adecuado control, el comitente puede gastar recursos ilimitados y sobredimensionados que más adelante trasladaría al contratista generándole un grave perjuicio económico.

De los dos párrafos precedentes surge la problemática que el autor abordará en el presente artículo: ¿cuándo estamos ante un incumplimiento parcial del contratista que justifique la aplicación de un *back charge* en un contrato de construcción? y ¿cuál es el límite económico de afectación a la empresa contratista a través de un *back charge*?. Desarrollar los supuestos que habilitan legítimamente al comitente a aplicar un *back charge*, así como los límites legales que no debe transgredir éste sin afectar ilegítimamente al contratista, son el objeto del presente trabajo.

La hipótesis respecto a la a la justificación para la aplicación de un *back charge* es que se debe exigir como presupuesto para este tipo de intervención, que los escenarios de incumplimiento estén claramente pactados en el contrato (por ejemplo, señalando porcentajes de atraso que resulten inaceptables para el comitente) o, en su defecto, que exista acuerdo expreso o tácito durante la ejecución de la construcción de modo tal que ambas partes estén de acuerdo en que existe un incumplimiento y que se necesita la intervención del comitente. Y respecto al límite económico de afectación, la hipótesis de este trabajo sugiere que los contratos de construcción deben establecer mecanismos de control del gasto para que el contratista esté en la capacidad de medir cada cierto período el cargo que va a asumir, y en caso que ello no ocurra, los tribunales arbitrales no deberían admitir este tipo de intervenciones contractuales

El objetivo del presente trabajo es aportar soluciones en base a la doctrina, legislación y jurisprudencia comparada, para demostrar la hipótesis planteada, y de este modo sugerir, en vista que se está elaborando un proyecto de reforma del Código Civil que incluye amplias modificaciones al contrato de obra, algunas soluciones a la problemática planteada.

## **I.- ESTADO DE LA CUESTIÓN**

En la introducción de este artículo, el autor ha destacado la importancia de la industria de la construcción en la economía de nuestro país y por ende la necesidad de regular en nuestra legislación peruana el contrato de construcción que en orden de importancia se encuentra sólo a continuación del contrato de compraventa.

En esta parte del trabajo, se va a diferenciar el contrato de obra del contrato de construcción, y para ello es necesario conceptualizar el contrato de construcción y además desarrollar sus características.

### **1. CONCEPTO PREVIO: CONTRATO DE OBRA.-**

Para dar una correcta definición del contrato de construcción, y tal como se adelantó en la parte introductoria, es necesario separar dicha institución del contrato de obra tradicional. Al respecto nos dice PRADO que existe una *“tendencia actual en orden a emancipar este contrato del contrato de arrendamiento de obra, por cuanto el contrato de obra o ejecución de obra serviría para agrupar los resultados más diversos, desde la confección de un traje o una mesa hasta la construcción de una nave”* (Prado 2014, p. 1). En tal sentido, hay que tener en claro que cuando hablamos del contrato de construcción estamos hablando de un subtipo del contrato de obra, siendo que lo que distingue al contrato de construcción es que su objeto está constituido por las actividades de generación y entrega de un resultado constructivo material e inmobiliario (Vásquez Rebaza 2017, pág. 55). En cambio en el tipo contractual denominado contrato de obra el resultado no necesariamente reúne esas características: la elaboración de una obra literaria es un contrato de obra; también o es la elaboración de un terno.

De ello se desprenden una serie de características particulares que lo diferencian del contrato de obra tradicional. Según Vásquez, la regulación típica del contrato de obra no es capaz de enfocar las características propias del contratista de un contrato de construcción, que son las siguientes: i) autonomía: que lejos de significar anarquía, en un contrato de construcción significa dirección de la obra, de su personal, de sus subcontratistas y de sus proveedores; para este autor, la ausencia de autonomía desnaturaliza el contrato de construcción y origina que el comitente asuma responsabilidad vicaria por los daños que pudiese generar la obra en la comunidad; ii) organización de factores productivos: esto diferencia al contratista albañil o artesano

que participa de un contrato de obra, del empresario contratista que participa en un contrato de construcción, pues éste último requiere de una organización coordinada de múltiples factores productivos como el capital y el trabajo; a diferencia del caso peruano, en la legislación italiana y española ya se ha elevado a nivel normativo esta característica organizativa en la regulación de los contratos de construcción; el contratista de un contrato de construcción necesariamente es un empresario y se compromete a realizar el encargo asumido con trabajo prevalentemente ajeno pero organizado por su empresa; iii) carácter profesional: ello implica que el contratista debe contar con personal que posea técnica regida por una *lex artis* con prevalencia en lo intelectual; de esta forma, participan en un contrato de construcción ingenieros proyectistas, ingenieros civiles, ingenieros mecánicos, administradores, abogados, entre otros que no resultan necesarios en un contrato de obra pero sí fundamentales en un contrato de construcción; iv) ausencia de representación: este rasgo diferencia además al contrato de construcción del contrato de mandato, pues el contratista no realiza el contenido en nombre de alguien sino en nombre propio (Vasquez Rebaza, 2017, ps. 57 a 69).

## **2. CONCEPTO DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.-**

Hechas estas distinciones, se procede a citar la definición de DEL ARCO TORRES Y PONS, para quien el contrato de construcción es *“aquel en que una de las partes, denominada comitente o dueño de la obra, encarga a la otra, denominada contratista o constructor, la construcción de una obra determinada con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por ello un precio cierto”*. (Prado 2014, p. 1). Nótese que en esta definición ya se diferencia al contrato de construcción del contrato de obra, pues el objeto del contrato de construcción no es la elaboración de una obra común, como podría ser una de carácter artístico, artesanal o similar; sino la construcción de una obra edificable en base a planos.

De manera más amplia. Para Podetti: “habrá contrato de construcción toda vez que una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar a la otra, el comitente, a través de la organización de los medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida” (Podetti 2004, p.52).

De las definiciones glosadas es posible apreciar que al igual que en el contrato de obra, en el contrato de construcción también intervienen dos partes: el comitente y el contratista. “El comitente es quien encarga la construcción de la obra y además tiene la iniciativa en la concepción ideal del proyecto” (Vasquez Rebaza, 2017, pág. 56). Vásquez nos ilustra señalando que en nuestra realidad se suele denominar al comitente como propietario, pero ello no siempre es así, pues hay ocasiones en las que el comitente sólo tiene el derecho de concesión sobre el suelo, o es superficiario o usufructuario.

De otro lado el contratista “es el profesional que asume contractualmente el encargo de ejecutar las actividades constructivas (sobre la base del proyecto recibido) y de entregar el resultado de su trabajo al comitente. El contratista debe ejecutar la obra con estricta sujeción al documento contractual y sus anexos (en especial, a los planos recibidos del cliente y a las especificaciones técnicas), según los requerimientos legales (de seguridad, de protección ambiental y de cualquier otra índole) y buenas prácticas profesionales” (Vasquez Rebaza, 2017, pág. 57).

### **3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.-**

De las definiciones glosadas, podemos destacar las características de un contrato de construcción:

- 3.1. Es un contrato bilateral o sinalagmático.-** REVOREDO, nos dice que cada una de las partes asume una prestación correlativa, que ordinariamente es de dar y hacer. El contratista hace y entrega una construcción a cambio de que el comitente le entregue en pago una suma de dinero. Según RODRIGUES, la reciprocidad de las obligaciones en un contrato de construcción, constituye su razón de ser. Esta característica permite que en este contrato operen instituciones tan importantes como la excepción de incumplimiento, el pacto comisorio, la acción resolutoria y la exigencia de conservar la ecuación establecida por las partes (citado por Podeti, 2004, p.63). Así por ejemplo, el comitente normalmente realiza el pago de manera periódica contra las valorizaciones presentadas por el contratista, ello con la finalidad de que la ejecución de la construcción no sea con el financiamiento del contratista; pero si algún pago no se realiza, se suele estipular en los contratos que el contratista tiene el derecho de paralizar la ejecución de la

construcción, y aun cuando no estuviera estipulado, es aplicable el artículo 1426 del Código Civil referida a la excepción de incumplimiento.

- 3.2.** Es un contrato oneroso.- Para REVOREDO, esta característica implica un juego de reciprocidad, ya que los contratantes se enriquecen y empobrecen mutuamente. Pero quiero destacar una cita de DE ALMEIDA PAIVA, citado a su vez por PODETTI, para quien “la equivalencia de prestaciones constituye la característica principal de los contratos onerosos (citado por Podetti, 2004, p.63)”. Así por ejemplo, es común que debido a la magnitud de las construcciones que se ejecutan, las características de diseño original no coincidan con la construcción que normalmente es entregada, entonces es correcto retribuir al contratista con los costos y gastos adicionales que demandó ejecutar la construcción, pues de lo contrario la empresa contratista se empobrecería de manera indebida; a estos pagos se les denomina adicionales de obra.
- 3.3.** Es un contrato consensual.- Lo que significa que no requiere de ningún formalismo para su vigencia, al menos no en el Perú, aunque en otros países sí es necesario. En otras palabras, el solo consentimiento de las partes plasmado en un contrato de construcción es suficiente para el perfeccionamiento del contrato, ya que la ley no exige ningún formalismo adicional. También es importante resaltar en este punto a PODETTI, para quien “El mutuo acuerdo debe ser respetado hasta la liquidación final de cuentas y entrega de la obra o de su producto, no pudiendo ninguna de las partes imponer a la otra obligaciones o modificación de obligaciones por su propia decisión” (Podetti, 2004, p.65).
- 3.4.** Es un contrato de tracto sucesivo.- Una de las características más importantes de este tipo de contratos es el tiempo o plazo para la ejecución de la obra. Fuente de innumerables conflictos contractuales, pero que no es materia de análisis en este artículo.
- 3.5.** Es un contrato conmutativo.- Entendiéndose esta característica como contraria a un contrato aleatorio. Es decir, este tipo de contratos no está sujeto a un acontecimiento futuro e incierto. Un dato esencial es que es muy frecuente confundir el riesgo económico que asume un contratista en un contrato de construcción a suma alzada, con el hecho de asumir todos los

riesgos no previstos por el contrato, como por ejemplo la alteración de la *situación* económica en que el contrato se desenvuelve, todos los incrementos de costos derivados de las dificultades materiales, todo completamiento del objeto del contrato que ambas partes no previeron. Justamente el carácter conmutativo de un contrato de construcción hace que dicha confusión sea inaceptable, pues la equivalente de prestaciones entre el comitente y el contratista debe mantenerse hasta la culminación del contrato (Podeti, 2004, p.66).

- 3.6.** Es un contrato por adhesión.- Al respecto, SÁNCHEZ MEDAL destaca que en este tipo de contratos “los grandes empresarios suelen tener ya elaboradas formas muy detalladas de contratos, que constituyen las conocidas en doctrina como condiciones generales del contrato” (citado por Podeti, 2004, p 67-68). En efecto, en el sector construcción es posible apreciar que siempre es el comitente quien impone las condiciones contractuales al contratista, pues en los concursos privados es bastante difícil negociar cláusulas ya preestablecidas por las grandes empresas mineras, petroleras, agroindustriales, entre otras, las cuales se limitan a elegir entre un gran número de contratistas candidatos quién ofrece las mejores condiciones de precio y calidad. Siendo tan alta la competencia por cada obra que se saca a licitación, es impensable que el contratista esté en la posibilidad de imponer sus propias condiciones contractuales. La consecuencia de ello es que las normas civiles suelen sancionar este tipo de contratos con una serie de consecuencias favorables a la parte que no redactó el contrato. El Código Civil peruano no es la excepción.
- 3.7.** Es un contrato de colaboración.- El comitente y el contratista deben estar siempre predispuestos a colaborar para sacar adelante el proyecto, pues de lo contrario la construcción difícilmente se concretará. Sin colaboración de ambas partes del contrato, es casi nula la posibilidad de que la obra finalmente se entregue en tiempo y calidad (Podeti, 2004, p.68).
- 3.8.** Es un contrato empresarial.- Puesto que para su ejecución es necesario que el contratista ponga a disposición de la obra toda una organización económica (Recovedo, 1985, p.461).



Un contrato de empresa se caracteriza por ser un contrato en el que una o las dos partes realiza una actividad empresarial caracterizada por depender de una organización de factores destinados a la realización de una actividad económica productiva movida por el ánimo de lucro del empresario (Vásquez Rebaza 2017, pág. 62). En este tipo de contratos prevalece la fuerza de conservación por encima de las vicisitudes personales de sus integrantes. Asimismo, el contenido del contrato empresarial no deriva del empresario individualmente considerado, sino de la organización de la empresa (Vásquez Rebaza 2017, pág. 63).

Como ya se ha señalado, el contrato de construcción no tiene una connotación típica en el Derecho peruano, pero sí en otras legislaciones, que lo califican como un contrato empresarial. Así por ejemplo, el Código Civil Italiano de 1942 define del siguiente modo el contrato de construcción: “La contrata es el contrato con el cual una parte asume, con organización de los medios necesarios y con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o de un servicio contra una contraprestación en dinero”. La doctrina italiana (Nervi) ha desarrollado la explicación de este artículo señalando que: *“el contratista se vale de un “conjunto de recursos humanos y materiales” y “su tarea consiste esencialmente en coordinar estos recursos para la ejecución de la contrata, en vista de la realización del interés perseguido por el comitente”* (citado por Vásquez Rebaza 2017, pág. 59). De otro lado, en España, la Ley de Ordenación de la Edificación española define al contratista como aquel *“agente que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (...)”*. Por tanto, se puede apreciar que para la legislación española el contrato de construcción es también un contrato empresarial porque requiere del contratista una organización de factores de producción (Vásquez Rebaza 2017, pág. 60).

En el plano práctico, la actividad del contratista se caracteriza por la disposición de una organización de factores que le permitirá llevar a cabo una actividad productiva en el mercado que es la ejecución de una obra constructiva, de la mano con un ánimo lucrativo (Vásquez Rebaza 2017, pág. 63). En la realidad, es posible constatar que el contratista ejecuta la obra

con trabajo preponderantemente ajeno, lo cual también denota su carácter empresarial.

En su experiencia, el autor ha observado que en el Perú los contratistas de las obras de construcción son organizaciones sólidas y con bastante experiencia en la industria. Algunas veces poseen incluso plantas para la fabricación de los materiales que proveerán a la obra, y en otros casos son empresas extranjeras que tienen la *expertise* y las espaldas financieras suficientes para enfrentar este tipo de proyectos sin necesidad de contar con capacidad de fabricación. Pero lo que es común en todas las empresas constructoras es que su principal e indispensable insumo es su capacidad para organizar todos los recursos humanos (*staff* y operarios) para ejecutar las obras en los tiempos sesgados que normalmente demandan los comitentes. Esta capacidad organizativa del contratista puesta al servicio del comitente es lo que convierte al contrato de construcción en un contrato empresarial.

#### **4. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.-**

Los contratos de construcción pueden clasificarse de múltiples maneras. Con la intención de no extenderme mucho en su desarrollo, vamos a mencionar las dos formas más usuales de clasificación, que son las siguientes:

##### **4.1. Según los sistemas de entrega de proyectos (Project Delivery System):**

De acuerdo a esta subdivisión, hay tres tipos de entrega de proyectos que emplean los comitentes:

- 4.1.1. Contratos de construcción por método tradicional: En este sistema, se separa el contrato de construcción del diseño. Los contratistas construyen lo que los ingenieros del comitente han diseñado. En este tipo de contratos el contratista asume menor responsabilidad ya que no se hace cargo del diseño del proyecto, y por ende su presupuesto suele ser también menor (Franco 2015, pág. 12).

Entre las desventajas de este método se menciona que cada una de las partes, comitente y contratista, trabaja en función a sus intereses

particulares, lo cual genera problemas para conseguir la eficiencia general que es el resultado ideal del proyecto. Asimismo, el comitente ejerce un menor control sobre los plazos y costos del proyecto, lo cual puede generar una tendencia al alza del precio del proyecto (Jones 2014, pág. 4).

- 4.1.2. Contratos de construcción por método de diseño y construcción: En esta modalidad, el contratista se hace cargo tanto del diseño como de la construcción misma. Los más usuales de estos contratos de construcción son los denominados EPC (Engineering, Procurement & Construction) en los cuales el contratista asume prácticamente toda la responsabilidad de la obra, desde el que comitente le entrega los planos a nivel básico, hasta que entrega la obra “llave en mano” (Franco 2015, pág. 11).

La ventaja de esta metodología radica en que el precio de la obra se reduce significativamente porque al coordinar las fases de diseño y construcción los plazos de entrega se reducen también, es decir, mientras menos tiempo se emplee en la ejecución de un proyecto, menos dinero se invierte (Jones 2014, pág. 6).

- 4.1.3. Contratos de construcción por método de gerenciamiento/administración: En esta modalidad, el comitente contrata a una empresa facilitadora que además puede estar también a cargo del diseño del proyecto. Esta empresa facilitadora actúa como asesor y representante o agente (Franco 2015, pág. 13).

Jones nos explica que en su forma mejor empleada, lo que se contrata es un “gerente de proyecto al riesgo”, lo cual en buena cuenta es algo muy similar al contratista “llave en mano”. Es decir, el gerente de proyecto al riesgo deberá hacerse cargo de la entrega del proyecto desde el estudio de viabilidad hasta la puesta en marcha (Jones 2014, pág. 8).

## **4.2. Según la formulación del precio:**

- 4.2.1. Contratos de construcción a suma alzada: En este tipo de contratos se establece el precio como inmodificable. La intención de este tipo de contratos es que ni el precio, ni el objeto del contrato, ni las condiciones externas varíen. Es decir, en este tipo de contratos la obra debe estar determinada,

sin que haya lugar para que el comitente la determine cuantitativa ni cualitativamente durante su ejecución (Podeti, 2004, ps. 253 y 254). Por ello es importante que la ingeniería haya sido desarrollada a un punto que permita que el contratista estime un presupuesto con un alto grado de certeza, puesto que éste asumirá los riesgos de cualquier error en ello. Por su parte, el comitente se beneficia porque le permite calcular también con mayor certeza el costo final de su proyecto (Franco 2015, pág. 13).

Sin embargo, no significa que el precio sea inmodificable siempre, pues éste podrá incrementarse cuando la ingeniería contenga errores, cuando haya información falsa o incompleta que no permita cotizar adecuadamente el valor de los trabajos del contratista, cuando surjan variaciones o surjan demoras no imputables al contratista, y en algunos otros casos (Franco 2015, pág. 14).

- 4.2.2. Contratos de construcción a precios unitarios: En estos casos el precio no se fija por la totalidad de la obra, sino por cada parte, tomando como referencia determinadas unidades o medidas. En este sistema el precio de la obra sólo se puede conocer al final, cuando se realiza el metraje de las unidades o medidas empleadas (Podeti, 2004, ps. 254 y 255).

De este modo, se elimina el riesgo que asume el contratista en los contratos a suma alzada, pues en la medida que el comitente pagará por las unidades realmente instaladas, el contratista ya no tiene la necesidad de estimar una contingencia ni incluirla en el precio. Es por ello que las obras que se ejecutan bajo esta modalidad suelen ser más baratas que las que se ejecutan bajo el sistema de suma alzada (Franco 2015, pág. 15).

- 4.2.3. Contratos de construcción por coste más beneficio: También denominados contratos por administración controlada (aunque Podeti no está de acuerdo con esta terminología usual) u open book. En estos el comitente paga todos los costos que demande la ejecución de la obra más un beneficio para el constructor que puede traducirse en un porcentaje de los costos (Podeti, 2004, ps. 255 y 256).

Su principal ventaja está representada por un mayor equilibrio entre las partes. Sin embargo, su defecto se encuentra en que no genera los

incentivos necesarios para que el comitente evite errores o ahorre costos (Podeti, 2004, ps. 256). Es por esta razón que normalmente se usa en etapas tempranas de los proyectos o cuando el alcance no está definido y es complicado emplear cualquiera de las dos modalidades mencionadas anteriormente (Franco 2015, pág. 15).

## **5. MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN:**

Tomando en consideración que el ámbito de estudio en el presente trabajo es el contrato de construcción, el cual lo hemos delimitado en el sector privado, su marco normativo es en verdad bastante limitado.

A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil Italiano y en la Ley de Ordenación de la Edificación española (Vásquez Rebaza 2017, pág. 60), en las cuales el contrato de construcción cuenta con una regulación propia, en el Perú el contrato de construcción no es considerado un contrato típico, sino que es un subtipo contractual del contrato de obra (Vásquez Rebaza 2017, pág. 56).

A mayor abundamiento, si bien en España la regulación del contrato de construcción es bastante escueta en su Código Civil, ya que sólo los artículos 1588° al 1600° establecen algunos dispositivos que resultan insuficientes, y además bajo la denominación de arrendamiento de obras, adicionalmente existe la Ley 38/1999 Ley de Ordenación de la Edificación, en la cual se regulan con mayor detalle varios aspectos del contrato de construcción al que se denomina “proceso de edificación”. Esta norma es complementada por el Código Técnico de la Edificación, que contiene dispositivos de carácter técnico. En suma, en España la regulación del contrato de construcción está muy desarrollada.

En Italia, la figura recogida es la del contrato de obra denominado *appalto* y su regulación, prevista entre los artículos 1655° al 1677°, es de carácter empresarial pero con especial incidencia en el área de la construcción (Buendía 2017, pág. 166). Es decir, sus normas aplican también para otras formas de contratos de obra, pero especialmente van dirigidas a los contratos de construcción.

En cambio en el Perú sólo se pueden aplicar de forma supletoria los artículos 1771° al 1789° del Código Civil, que son los que regulan el contrato de obra, y los artículos 1755° al 1763° del referido Código, que son los que regulan la prestación de servicios.

Desde luego, como a todo contrato, son aplicables también las disposiciones relativas a la parte general de contratos, obligaciones y acto jurídico contenidos en el Código Civil (Northcote 2011, pág. VIII-3).

Las principales normas del Código Civil que se utilizan en la elaboración de un contrato de construcción son las siguientes: i) los artículos 1771° al 1789° del Código Civil, en los cuales se regula lo relativo al género contractual denominado contrato de obra en aspectos tan importantes como: la naturaleza jurídica de la obligación que asume el contratista con el comitente (obligación de hacer y dar según el artículo 1771°); la obligación de ejecutar la obra en los plazos y forma estipulados (artículo 1774°); el tratamiento legal de las variaciones que siempre están presentes en todo contrato de obra (artículos 1775° y 1776°); disposiciones relativas a la recepción de la obra (1777° a 1790°); algunas disposiciones respecto a los contratos a suma alzada y a precios unitarios (artículos 1776° y 1781°); responsabilidad por vicios de la obra (artículos 1782° a 1785°); y la posibilidad de la intervención contractual a través del retiro de partidas (artículo 1786°); ii) las disposiciones relativas a la fianza (artículos 1868° y siguientes) que son aplicables para la emisión por el contratista de la carta fianza de adelanto y de la carta fianza de fiel cumplimiento; la primera para garantizar el adelanto de obra que es el monto entregado por el comitente para la adquisición de materiales y primeros gastos, y la segunda para garantizar que el comitente cumpla con sus obligaciones; iii) las disposiciones relativas a las cláusulas penales (artículo 1341° y siguientes) que en todo contrato de construcción están presentes para asegurar el pago indemnizatorio del contratista ante el incumplimiento de sus obligaciones; iv) las obligaciones referidas a los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1426° y siguientes), en especial las referidas a la excepción de incumplimiento o facultad del contratista a suspender sus obligaciones en caso de incumplimiento de pago del comitente, y la facultad de resolución contractual; v) las responsabilidades por inejecución de obligaciones (artículos 1314° y siguientes), en especial las relativas a inimputabilidad por diligencia ordinaria (1314°) y al caso fortuito o fuerza mayor (1315°).

Las doctoras Tovar y Ferrero salen a favor de esta regulación sesgada del contrato de construcción señalando que “sin embargo, las normas del Código Civil que regulan el contrato de obra, contenidas en el capítulo bajo comentario, son bastante simples y muchas veces suficientes para afrontar las complejidades mencionadas. Se trata más bien de marco normativo con un sesgo hacia obras de construcción civil y/o de pequeña envergadura, dejando de lado las complejidades que pueden presentarse en la práctica

en la ejecución de obras más grandes y complejas, tanto civiles, industriales como tecnológicas” (Tovar y Ferrero 2013).

No se debe confundir lo afirmado con el hecho de que la industria de la construcción sí cuenta con una regulación amplia. En la industria de la construcción sí es posible hablar de un marco normativo nutrido. Así por ejemplo, en el plano técnico podemos hacer referencia al Decreto Legislativo 727, Ley de Fomento de la Inversión Privada de la Construcción; el Decreto Supremo 015-2004-VIVIENDA que aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones; la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones. En el plano de seguridad está el Decreto Supremo 002-2018-PCM que aprueba el Nuevo Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones. En el plano ambiental se aplica la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. En el ámbito laboral existe una regulación específica para el régimen de construcción civil normado por el Decreto Supremo 005-2013-TR, Creación del Registro Nacional de Trabajadores de Construcción Civil; Decreto Supremo 008-2013-TR, Creación del Registro Nacional de Obras de Construcción Civil; Resolución Ministerial 051-96-TR, Adecuan la Negociación Colectiva de los Trabajadores de Construcción Civil a los alcances de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Las obras públicas, tienen una regulación independiente y también muy nutrida, regulada fundamentalmente por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF. El Reglamento dedica treinta artículos (del artículo 151 al 181) para regular a detalle el contrato de obra pública, en el cual se pormenoriza cada aspecto, desde las funciones del residente de obra, del supervisor, pasando por la gestión documentaria, cuaderno de obra, mecanismos de ampliación de plazo, intervención económica de la obra, entre otras.

Pero la normativa mencionada en los dos párrafos precedentes no son muy relevantes a la hora de formular, negociar, suscribir o gestionar un contrato de construcción en el sector privado. Cabe señalar, por lo tanto, que el contrato de construcción básicamente debe ser autoregulado por las partes a través de sus propias cláusulas, con el auxilio de las normas supletorias que se le podrán aplicar y que son las ya mencionadas del Código Civil.

Para concluir con esta reseña al marco jurídico de los contratos de construcción, nos parece relevante hacer una referencia al Derecho Contractual del *Common Law*, así como a la estandarización internacional de los contratos de construcción.

En el *Common Law* (sistema jurídico aplicable a naciones como Inglaterra, Gales, Irlanda, Canadá, Nueva Zelanda, Australia y Estados Unidos), todos los sistemas derivan del sistema jurídico inglés, y la manera como se resuelven los casos en dicho sistema es a través del análisis de los hechos particulares y de las decisiones judiciales previas. Es decir, los abogados en dicho sistema se guían por casos o precedentes (*case-law*), mas no por sistematizaciones ni principios generales, sin perjuicio de que ocasionalmente el legislador pueda intervenir para modificar los casos previos, como es el caso de la *Ontario Construction Lien Act* del año 2017. Asimismo, en dicho sistema existe una escasa relevancia hacia los contratos generales y los contratos especiales, pues como los principios del derecho de los contratos ha sido desarrollados sobre todo por decisiones judiciales, pues dichos principios son aplicables a todos los contratos (Pino, 2014). En este trabajo vamos a revisar algunas de estas decisiones judiciales cuando analicemos nuestra temática central.

En cuando a la estandarización internacional de los contratos de construcción, resulta importante hacer referencia a los contratos internacionales FIDIC. Al respecto nos dice Prado “el uso social extendido y global de los contratos de construcción para grandes obras y la necesidad de contar con modelos objetivos de alcance general frente a la parquedad de previsiones normativas existentes en buena parte de los países bajo régimen de codificación, suele dar lugar a que se recurra a la disciplina de los que se conocen como modelos FIDIC que emanan de la "Federación Internacional de Ingenieros Consultores" fundada en 1913, organismo que ha sido capaz de crear moldes jurídicos adaptados a los esquemas que exige una figura compleja y cambiante que cada país ha ido instalando al amparo del contrato de construcción tradicional como contrato nominado típico, cobijados por lo tanto, bajo los límites de sus categorías legales imperativas a los que se debe ajustar y en especial, en cuanto a suplir sus deficiencias y aplicar sus normas de interpretación” (Prado 2014).

La importancia de este tipo de contratos es que su uso estandariza los contratos de construcción y por lo tanto representa un vehículo seguro para las grandes inversiones que se requieren a nivel internacional para proyectos de gran envergadura. Son muchos los países que han adoptado los modelos FIDIC y los han incorporados a sus legislaciones públicas. Otras fuentes de financiamiento incluso los convierten en



modelos de uso obligatorio como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Europeo de Desarrollo.

Existen cuatro modelos FIDIC diferenciados por colores según el tipo de contrato de construcción específico que se regulará: i) el libro verde, recomendado para contratos de bajo envergadura de construcción e ingeniería; ii) el libro rojo, recomendado para los contratos de ingeniería y construcción diseñados por el comitente; iii) el libro amarillo, para los contratos para aquellos en los que el diseño del proyecto está a cargo del contratista; iv) el libro blanco, apropiado para plantas de proceso, energías o infraestructuras privadas donde el contratista asume responsabilidad por su diseño.

En cuanto a su regulación más importante, podemos citar "El "acuerdo contractual" que proporciona FIDIC en sus formatos (Red Book and Silver Book) viene presidido de definiciones generales que incluyen las condiciones generales y particulares del contrato y su documentación (1.1.), métodos o pautas de interpretación (1.2) y un esquema general (carta aceptación-adjudicación) que estructura desde el acceso oportuno a los terrenos ("The employer" 2.1 y sus licencias y permisos 2.2 y las rutas de acceso 4.15), el ingeniero y su autoridad (3.1); las condiciones naturales o físicas imprevistas (4.12); la relación contractual entre las partes, mandante, ingeniero, contratista, subcontratistas designados (5.1) fecha de comienzo, atrasos; extensiones y aumentos de plazos, suspensiones (todos el apartado 8.1 hasta 8.12) certificado de cumplimiento (test on completion 9.1), cuando el mandante se hace cargo (taking over 10.1) defectos y responsabilidades solidarias en caso de operar a través de consorcio<sup>24</sup> o joint ventures (11.1); derechos a variaciones o cambios de la obra (13.1) y ajustes de precio; pagos, anticipos y retenciones (14.1); riesgos y responsabilidades (17.1) seguros (18.1) y la fuerza mayor que incluye el hecho "imprevisible" (19.1), reclamaciones y arbitraje (20.1), conceptos que facilitan el financiamiento bancario de estos proyectos contribuyendo a su difusión" (Prado 2014).

## **6. CONFLICTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN:**

Esta situación de desregulación, sumada a la complejidad técnica, genera el surgimiento de una serie de conflictos jurídicos entre las partes que son resueltos normalmente por los tribunales arbitrales y que representan un porcentaje elevado de su cartera. Paredes y Gray nos informan que "debido a su complejidad (multiplicidad de sujetos, objeto eminentemente técnico, alto costo involucrado, externalidades, etc.) la

actividad de la construcción ha sido una de las primeras en buscar resolver sus conflictos a través de medios alternativos a sus órganos judiciales estatales” (Paredes, G. y Gray J. 2008, pág. 189). De forma similar opina Franco, para quien “las controversias relacionadas con proyectos de construcción representan una parte importante del universo de los arbitrajes a nivel mundial. Sin embargo, la complejidad de los contratos de construcción y las características técnicas de las controversias representan un reto significativo para los árbitros y las partes” (Franco 2015, pág. 11).

Estos conflictos son muy variados y la literatura especializada enumera sus principales fuentes: variaciones en el alcance del contrato, interpretación del contrato, entregas y condiciones de áreas, problemas de información, condiciones de acceso a la faena, problemas con la ingeniería, disponibilidad de recursos (Dawson Waldron Blake, citado por Radovic 2011, pág. 6) interdependencia de tareas entre las partes, problemas y barreras comunicacionales, deficiencias en el desempeño, problemas en los pagos, problemas de programación y de cláusulas contractuales (Chueng, S.O., Yiu, T.W. and Chiu, O., citados por Radovic 2011, pág. 7), alta complejidad técnica, problemas derivados de la magnitud de los trabajos contratados, documentación contractual intrincada, cambios en las condiciones, recursos limitados e insuficientes, problemas financieros, problemas laborales, multiplicidad de partes, planificación inadecuada (Harmon, citado por Radovic 2011, pág. 7).

El Instituto de la Industria de la Construcción realiza una clasificación de los principales conflictos técnicos y jurídicos que provienen de los contratos de construcción. Así, están: i) conflictos asociados a personas, es decir a las partes del proyecto, su organización, sus roles y sus relaciones o interacciones; ii) problemas asociados a procesos, es decir al desarrollo del contrato y del proceso constructivo, como por ejemplo cuando se realizan expectativas poco realistas en cuanto al plazo y costos del proyecto, cuando los contratos son imperfectos, cuando el alcance no se encuentra bien definido, entre otros; y iii) conflictos asociados al proyecto, básicamente relacionados con problemas preexistentes o con fuerzas externas inesperadas (Radovic 2011, pág. 7).

Sería muy ambicioso tratar de abordar todos los conflictos descritos en los párrafos precedentes en un trabajo de investigación. Por razones de espacio y tiempo, he decidido avocar mis esfuerzos en uno de los conflictos que he observado con mayor frecuencia en los arbitrajes en los cuales he sido partícipe en mi condición de asesor legal. Me refiero a los conflictos que se derivan de la cláusula del *back charge* que es

una de las dos modalidades de intervención contractual que usualmente emplean los comitentes. De la clasificación antes mencionada, diré que al back charge lo ubico como un conflicto asociado a las personas y a los procesos. A las personas porque la problemática se deriva básicamente de la conducta oportunista de los comitentes. A los procesos porque dicha problemática deriva esencialmente de una inadecuada formulación de las cláusulas de back charge. A continuación, desarrollaré el tema.

## **7. DEFINICIÓN DEL BACK CHARGE.-**

### **7.1. Concepto:**

El back charge es que es una figura de uso y costumbre común en los contratos de construcción. Consiste en que el comitente interviene en contrato de construcción encargando a terceros la ejecución de una parte de la obra asignada al contratista, para apoyarle en la ejecución de la obra cuando el comitente considera que hay atraso imputable al contratista y que éste último no será capaz por sí mismo de superar tal atraso. Dicho encargo a terceros se realiza sin retiro de partidas contractuales, es decir, la obligación de ejecutar la obra contratada sigue siendo responsabilidad del contratista en su totalidad.

NORRIS define introductoriamente esta figura jurídica del siguiente modo: “Whether you are Project Owner, a General Contractor or a Sub-Contractor, there are often times where a third party performs work or provides services or materials on your behalf for a project. If any issues with an entity or an individual that you hired to perform work are seen, it is very important that you carefully document these issues so you can protect yourself should a dispute develop in the future. Virtually every Construction Contract provides for remedies in the event of a default in performance by an individual or entity retained under the Contract. These offsets are called Back Charges. One of the most important things to remember about Back Charges is to ensure they are carefully documented by the owner or Contractor and that proper notice is given so disputes can be resolved at the close of a project rather than at a later time and through costly litigation”<sup>(1)</sup>. (Stark & Stark Attorneys, 2013).

---

<sup>1</sup> Notas: “Si usted es el propietario del proyecto, un contratista general o un subcontratista, a menudo un tercero realiza un trabajo o proporciona servicios o materiales en su nombre para un proyecto. Si ocurren problemas con una entidad o un individuo que contrató para realizar un trabajo, es muy importante que documente cuidadosamente estos problemas para que pueda protegerse en caso de que surja una disputa en el futuro. Prácticamente todos los Contratos de Construcción prevén remedios en caso de un incumplimiento en el desempeño de un individuo o entidad en virtud del Contrato. Estas compensaciones

Los costos del *back charge* son asumidos por el comitente inicialmente y se descuentan más adelante de la contraprestación del contratista. La contraprestación al contratista debe ser pagada en su integridad para aplicar el descuento que implica el *back charge*, pues de lo contrario se estaría aplicando un descuento sobre descuento. Además resulta lógico que la contraprestación del contratista sea totalmente pagada, porque la obligación de cumplir con el contrato nunca sale del ámbito del contratista, dado que el apoyo del comitente a través de terceros simplemente es un acto de cooperación para lograr un objetivo común: culminar la obra sin atraso.

La finalidad del *back charge*, correctamente aplicado, es evitar que el comitente se perjudique con un costo que no le corresponde asumir, manteniéndose de este modo el equilibrio del contrato. “Contracts provide the opportunity to recover damages when one party fails to perform. Damages are provided in order to “place the injured party in the position they would have been had the contract been properly performed by all parties.” This same principle applies to back charge (Benarroche 2018) <sup>(2)</sup>.

## **7.2. Naturaleza jurídica:**

En la legislación peruana no se encuentra regulada la figura del *back charge* como tal. Sin embargo, es posible asimilar dicha figura contractual con la ejecución de una obligación por tercero, reguladas en los artículos 1150° y 1219° del Código Civil, y con la figura de la compensación regulada en el artículo 1288°.

7.2.1. Respecto a la ejecución de la obligación por tercero, el artículo 1150°, inciso 2, señala que: “El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: (...) 2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste”.

---

se llaman *back charges*. Una de las cosas más importantes que debe recordar acerca de los *back charges* es asegurarse de que el propietario o el Contratista los documenten cuidadosamente y de que se dé un aviso adecuado para que las disputas se puedan resolver al cierre de un proyecto en lugar de en un litigio costoso posterior”. [La cita ha sido traducida libremente por el autor. En consecuencia, cualquier defecto de traducción le es imputable al mismo].

<sup>2</sup> Notas: “Los contratos brindan la oportunidad de resarcir los daños cuando una de las partes incumple su obligación. Los daños son previstos a fin de “colocar a la parte lesionada en la posición que hubiera tenido si todas las partes hubieran realizado el contrato de manera adecuada”. Este mismo principio se aplica a los *back charges*” . [La cita ha sido traducida libremente por el autor. En consecuencia, cualquier defecto de traducción le es imputable al mismo].

La doctrina mayoritaria, al igual que en caso del inciso 2 del artículo 1219º, señala que este remedio jurídico requiere autorización judicial. Así por ejemplo, OSTERLING y CASTILLO FREYRE, citando a Busso, destacan que la razón por la que se debe recurrir a la intervención judicial es porque nadie puede hacerse justicia por propia mano, pero además porque se requiere la comprobación de que ha existido incumplimiento culpable por parte del deudor: “El segundo requisito previsto por Busso para que rija el supuesto de exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste, es el de la autorización judicial previa. Según el mencionado autor, esta formalidad se explica, por una parte, porque en general la posibilidad para el acreedor de actuar sin el control de la autoridad judicial implicaría una violación de la máxima, según la cual, nadie puede hacerse justicia por sí mismo; agrega que parece necesario, para autorizar la medida coercitiva aquí señalada, que se halle previamente comprobado el incumplimiento culpable de la obligación por parte del deudor, incumplimiento del cual la ejecución forzosa no es más que una consecuencia; la comprobación de este hecho solo puede ser de carácter judicial”.

En efecto, consideramos muy importante la apreciación que realizan Osterling y Castillo Freyre, puesto que enfocan el problema fundamental que va a ser abordado más adelante en el presente trabajo: ¿cómo se determina que estamos ante un incumplimiento contractual de modo que se faculte al comitente a intervenir a través de este remedio jurídico? Dichos autores sostienen que es necesaria la intervención judicial, pero desde luego ellos se han colocado en supuestos distintos a los contratos de construcción. En estos contratos, en los que la dinámica es muy celer, pretender la intervención judicial para determinar si estamos o no ante un caso de incumplimiento contractual sencillamente no es posible.

Al respecto, BUSSO señala que en estos casos de dinámica contractual, al que él denomina situaciones de urgencia, se puede prescindir de la autorización judicial, pero con excepción importante: no atacar directamente el patrimonio del deudor: “No obstante lo señalado, BUSSO agrega que la doctrina reconoce en forma unánime que la autorización judicial no es indispensable en los casos de urgencia. Sin embargo – añade – no bastará la razón de urgencia para prescindir de la autorización judicial, si fuera necesario para su ejecución llevar un ataque directo al patrimonio del deudor”. Quiere decir que para BUSSO es posible aplicar la figura legal de la ejecución de una obligación por tercero aun sin autorización judicial en

casos de urgencia (como por ejemplo en los contratos de construcción) pero sin que ello represente una carta abierta para que el comitente ataque el patrimonio del deudor.

¿Y qué significa no atacar el patrimonio del deudor? Osterling y Castillo nos brindan una solución: “Resulta interesante observar que estos autores indican que existen diferencias entre el caso en que se requiere autorización judicial, y aquél en que se prescinde de ella. Aquellas se sintetizan de la siguiente manera: 1) cuando existe autorización judicial, el acreedor puede reclamar al deudor todo lo que ha invertido (reembolso), pues el juez, al darle la autorización, lo ha facultado a invertir hasta cierta suma que constituye el tipo de dicha pretensión. Por ejemplo, lo autorizó a hacer el tipo de dicha pretensión, y a gastar hasta 100; puede reclamar lo invertido hasta el tope de 100; 2) si no hay autorización judicial, únicamente puede pretender lo que invirtió si ello es justo (reintegro). Por ejemplo, en el mismo supuesto anterior, si gastó efectivamente 100, en el juicio contra el deudor debe acreditar que la inversión es ajustada a Derecho, es decir, que no gastó de más” (citado por Osterling y Castillo, 2005, p. 47-48). Quiere decir que no atacar el patrimonio del deudor significa que el comitente no debe gastar de más, y ese es un control que se debe hacer en instancia judicial o arbitral.

7.2.2. Asimismo, el artículo 1219º, inciso 2, señala que: *“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: (...) 2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor”*.

Al comentar este artículo, SALVAT señala: “Por último, anota el citado autor que la ejecución por un tercero presenta un carácter mixto, diferente según se le considera con relación al deudor o al acreedor. El deudor, en efecto, no cumple la obligación por sí mismo; debe solamente cargar con el costo de ella, o mejor dicho, de su cumplimiento por un tercero; bajo este aspecto, la ejecución por un tercero se asemeja a la ejecución por vía de indemnización, puesto que en ambos casos el deudor paga una suma de dinero. Pero con relación al acreedor, aspecto principal del asunto, la ejecución del tercero tiende a procurarle la cosa misma prometida, y a este título constituye una verdadera ejecución directa de la obligación” (citado por Osterling y Castillo, 2005, p. 46).

Consideramos, en base a esta opinión de SALVAT, que si respecto al acreedor, la ejecución del tercero constituye una verdadera ejecución directa de la obligación,

entonces corresponde al contratista percibir por ello el íntegro de la contraprestación, para que sobre esto recién se le cargue el costo del tercero. Es decir, estamos ante la figura legal del pago por compensación que desarrollaremos a continuación.

7.2.3. En cuanto a la compensación, el artículo 1288° del Código Civil indica: *“Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”*.

Postulamos que la compensación civil es parte de la naturaleza jurídica del back charge, porque en la práctica lo que ocurre es que el comitente suele retener los pagos pendientes del contratista para compensar dichos pagos con los presuntos costos que en los que ha tenido que incurrir para subsanar los incumplimientos contractuales del contratista. Es por esta razón que conviene repasar los principales requisitos de la compensación civil que resultan exigibles también a los back charges cuando son cobrados por esta vía.

Para Osterling, la compensación requiere el concurso de cuatro requisitos: i) reciprocidad de obligaciones; ii) fungibilidad de ambas obligaciones, que normalmente es representado por dinero; iii) liquidez de las obligaciones, que es el requisito sobre el cual queremos detenernos, pues ejemplifica dicho autor que no podría oponerse la compensación para extinguir por este medio la supuesta indemnización a la que cree tener derecho una persona, “primero tendría que declararse judicialmente su existencia y fijarse su monto”; iv) ambas obligaciones deben ser exigibles. (Osterling 1967, pág. 47).

Nos informa también Osterling, que en el derecho comparado es distinta su aplicación, pues mientras en el derecho francés su aplicación opera de puro derecho, en el derecho inglés sólo puede ser opuesta como excepción ante una demanda judicial, mientras que en el derecho alemán la compensación debe ser opuesta también pero no solamente en juicio sino también en otras circunstancias (Osterling 1967, pág. 48). En cambio en el Perú no se aplica la compensación de puro derecho, sino que es necesario oponer el derecho de compensación para que este tenga efecto (Osterling, 2013, pág. 10).

Sin embargo, la figura más similar al back charge del contrato de construcción es la compensación bilateral. Señala el artículo 1289° del Código Civil que *“Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente”*. De acuerdo al citado autor, en estos casos se puede obviar los demás requisitos establecidos por norma, excepto el requisito de reciprocidad.

### **7.3. Características:**

De lo desarrollado en el punto anterior, las características de un back charge\_bajo la naturaleza jurídica que le otorga nuestro Código Civil, son las siguientes:

7.3.1. Consiste en la ejecución por un tercero, de una parte de la obra asignada al contratista, y a cuenta y costo de éste último. Quiere decir que el comitente interviene el contrato haciendo que una empresa ajena a la relación contractual primigenia invierta recursos materiales y humanos en la ejecución de una parte del alcance contractual del contratista. Esto ocurre porque el contratista no es capaz de invertir tales recursos a pesar de haber sido advertido del atraso de la obra o de cualquier otro incumplimiento parcial del contrato.

7.3.2. La obligación de ejecutar la obra en su integridad no sale del ámbito del contratista. Por ende, a la culminación de la obra el comitente debe cumplir con pagar íntegramente la contraprestación pactada al contratista, y luego descontar el costo de la ejecución por tercero. En efecto, a diferencia del retiro de alcance, que es otra modalidad de intervención contractual, en el back charge los trabajos siguen estando a cargo del contratista, por ende, a pesar que un tercero ejecutó parte de dicho alcance, el contratista tiene derecho al cobro del íntegro de dicha partida deduciéndosele únicamente los costos invertidos por la tercera empresa y ocasionalmente los costos administrativos empleados por el comitente por la realización del back charge.

7.3.3. Dicha ejecución por tercero es ordenada por el comitente ante un incumplimiento del contratista, normalmente en el plazo de ejecución de la obra. Este es otro rasgo que lo distingue del retiro de partidas, pues el back charge tiene como prerrequisito para su procedencia el incumplimiento parcial del contratista, ya sea respecto al plazo del contrato (atrasos), en la calidad, o en la negativa al



levantamiento de observaciones. En cambio, el retiro de partidas no ocurre necesariamente ante el incumplimiento del contratista, sino que también puede ocurrir sin expresión de causa; desde luego las consecuencias serán distintas en uno y otro caso.

7.3.4. Para recurrir a esta solución, el comitente debe contar con autorización judicial, pues de lo contrario se estaría infringiendo la máxima jurídica que impide hacerse justicia por propia mano. Sin embargo, esta característica es absolutamente inviable en nuestra realidad nacional, dada la lentitud con la que usualmente atiende sus demandas el Poder Judicial. En buena cuenta, este rasgo que se debería exigir a los back charge de acuerdo a nuestro ordenamiento civil, queda rezagado a una mera aspiración doctrinaria.

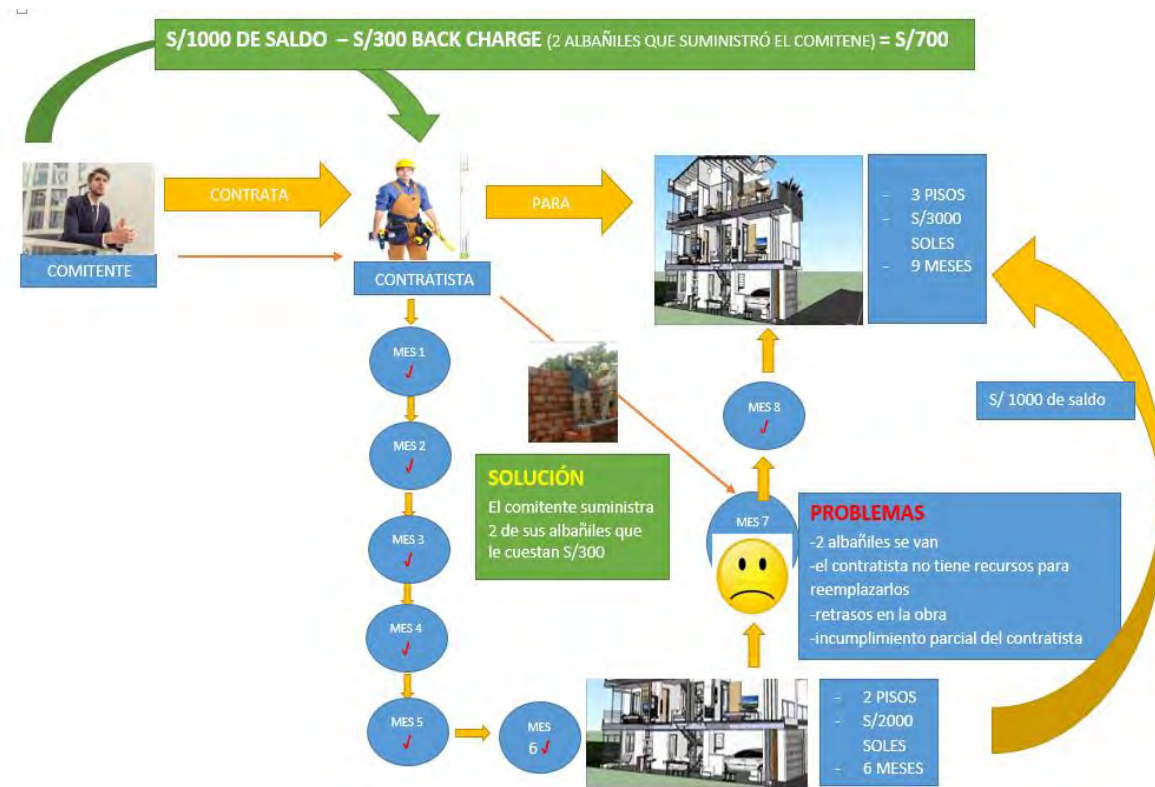
7.3.5. Es posible prescindir de la autorización judicial cuando se trate de un caso de urgencia, en cuyo caso el comitente sólo puede pretender el reintegro de lo justamente gastado, pero no lo que gastó de más. De hecho, de esta característica es de la que se derivan la mayoría de conflictos que atañen al back charge, pues no es fácil establecer cuándo el comitente gastó lo justo y cuándo gastó de más. Incluso si hay urgencia, el comitente no puede aplicar este remedio si para ello debe atacar directamente el patrimonio del contratista.

#### **7.4. Funcionamiento:**

Así por ejemplo: el comitente contrata los servicios del contratista para construir una casa de tres pisos por el monto de S/. 3,000 en un plazo de nueve meses; la obra se desarrolla con normalidad hasta el sexto mes, con dos pisos construidos y S/. 2,000 pagados al contratista; pero en el séptimo mes el contratista tiene problemas con dos de los cinco albañiles que contrató, quienes deciden abandonar el proyecto, y en vista que al contratista le es difícil contratar nuevos albañiles, el comitente decide suministrarle dos albañiles de su propio equipo puesto que la obra empezaba a tener retrasos, y con esta medida la obra se logra concluir dentro de los nueve meses pactados. Entonces, el contratista tendrá derecho a que se le pague los S/. 1,000 del saldo contractual, pero de dicho monto se le descontará, en calidad de *back charge*, S/. 300 que es lo que le costó al comitente suministrar a los dos albañiles, estando las dos partes de acuerdo. Carecería de sentido que el comitente se niegue a pagar al contratista los S/. 1,000 soles del saldo contractual (puesto que la obra se cumplió) y

encima pretenda descontar los S/. 300 que le costó los dos albañiles de los S/. 2,000 que ya había pagado por la construcción de los dos primeros pisos.

Gráfico 1.- Descripción gráfica de un back charge. El cuadro es de elaboración propia.



## 8. MARCO LEGAL DEL BACK CHARGE.-

Como se ha mencionado, esta figura, al que los ingenieros de la industria de la construcción denominan *back charge*, encuentra, en opinión del autor, respaldo legal en nuestra legislación nacional en el inciso 2 del artículo 1150° del Código Civil de manera específica, por tratarse el contrato de obra de una obligación de hacer. Pero también se encuentra regulada de forma genérica en el inciso 2 del artículo 1219° de dicho cuerpo normativo, por tratarse de una mera obligación.

Además, en cuanto a su aplicación, el back charge debe encuadrarse dentro de la figura legal de la compensación, regulada en el artículo 1288° del Código Civil.

Finalmente, es importante señalar que si bien en el Perú la figura del *back charge* tiene sustento en las ya mencionadas normas jurídicas, en los Estados Unidos su

desarrollo es jurisprudencial, mas no se encuentra recogida en ninguna norma. Al respecto nos informa BENARROCHE: “(...) Keep in mind that back charges are not statutory (i.e. provided by law). Rather, they’re contractual rights. This means they are governed by the terms set forth in a contract (if they’re even included in the contract in the first place). Many subcontracts provide for some sort of back charges, but many don’t” (Benarroche 2018) <sup>(3)</sup>. Citamos a los Estados Unidos puesto que el back charge es una cláusula importada del derecho anglosajón.

## **9. BREVE RESEÑAL AL DEDUCTIVO O RETIRO DE PARTIDAS.**

El retiro de partidas consiste en que el comitente, ante el incumplimiento del contratista – normalmente referidas al plazo de ejecución de la obra – o por conveniencia propia, retira partidas contractuales al contratista, para luego asignar la ejecución de dichas partidas a otro contratista o simplemente ya no ejecutar esa parte de la obra; las partidas contractuales retiradas al contratista original dejan de ser su responsabilidad, es decir, dicho contratista ya no se encuentra obligado a ejecutarlas ni es responsable por las mismas. La contraprestación originalmente pactada es reducida, pues el comitente ya no se encuentra obligado a pagar las partidas contractuales retiradas ni el contratista a ejecutarlas.

Ahora bien, a diferencia del *back charge*, que sólo puede aplicarse por incumplimiento del contratista, el deductivo o retiro de partidas también puede aplicarse por conveniencia del comitente.

Esta práctica usual en los contratos de obra privados, ha sido recogida en los contratos de obra públicos bajo la denominación de reducción de obra y se encuentra regulada en el artículo 34º de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, bajo los siguientes términos: “34.2. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje”.

---

<sup>3</sup> Notas: “(...) A tener en cuenta que los cargos atrasados no tienen sustento normativo (es decir, no están previstos por la ley). Más bien, son derechos contractuales. Esto significa que se rigen por los términos establecidos en un contrato (si acaso lo están). Muchos subcontratos prevén cláusulas de back charge, pero muchos otros no lo hacen”.

A diferencia de lo que ocurre en el sector público, donde el interés rector es el interés público, en el sector privado el interés rector es el interés común de las partes, y por ello las normas del sector público no se pueden aplicar de manera supletoria, limitándonos a hacer referencia a aquellas sólo para efectos didácticos y conceptuales. En tal sentido, ¿puede también el comitente privado desobligarse de manera unilateral de la misma manera que lo hace el Estado cuando dispone reducciones de obra? ¿Bastará que las partes lo hayan previsto y plasmado en el contrato para que el comitente privado pueda retirar partes del contrato al contratista para que este último ya no los ejecute?

Al respecto, el Código Civil se ha manifestado a través del artículo 1786° señalando: “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 hubiera podido ganar si la obra hubiera sido concluida”. La figura es comentada con la denominación de “receso” por BARCHI. Señalamos en la introducción de este trabajo que el *principio pacta sunt servanda* y su corolario principio de inmutabilidad de los contratos, es la regla principal en nuestro ordenamiento jurídico contractual. Sin embargo, el autor contempla el receso como una de las excepciones a dicho principio: “el receso es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato decide dejarlo sin efecto. El receso es, en algunas legislaciones, una de las formas admitidas por ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes”.

Ahora, bien, sustentando lo que manifestamos que el retiro de partidas o deductivo puede ejecutarse no solo ante el incumplimiento del contratista, sino también por conveniencia, rasgo que lo diferencia tanto del back charge como de la resolución, se pronuncia BARCHI: “El derecho de receso puede ser ejercitado libremente (ad nutum) o bien subordinado a la existencia de una justa causa. En el caso del receso ad nutum la parte en cuyo favor es atribuido el derecho de receso, puede ejercerlo en cualquier momento y sin necesidad de justificar el receso. El receso por justa causa, en cambio, solo se dará si se presentan determinadas circunstancias justificativas previstas específicamente por la ley o cuando esta remita a la apreciación del juez si el hecho alegado constituye justa causa”.

Otro aspecto importante del desarrollo doctrinario de este autor, es que menciona que el receso *ad nutum* no sólo puede nacer de la ley, sino que puede ser pactado: “De conformidad con el artículo 1354 del Código Civil parece no haber objeción respecto a

la validez del receso convencional ad nutum. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el receso convencional no es otra cosa que una condición resolutoria meramente potestativa y que tal condición es válida de acuerdo al Código Civil, puesto que el artículo 172 solo considera nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a “condición suspensiva que depende de la exclusiva voluntad del deudor”.

Además, es importante señalar que esta doctrina distingue entre el receso *ad nutum* de liberación, autotutela y arrepentimiento. Nos interesa profundizar en el receso *ad nutum* de arrepentimiento, el cual se desarrolla en los siguientes términos: “De acuerdo con Nuccia Parodio, el receso parece más bien asegurar una posibilidad de repensar frente a contratos en orden de los cuales una parte no haya aun verificado las consecuencias de la operación (o haya concluido un contrato con técnicas agresivas, cuando se trata de receso de protección)”.

Ya específicamente refiriéndose al artículo 1786° del Código Civil, BARCHI señala: “El artículo citado prevé a favor del comitente, es decir al acreedor de la ejecución de la obra, una facultad de receso. Se trata de un receso ad nutum ex lege establecido a favor del comitente; es decir, que no son relevantes los motivos que lleven al comitente a recesar. No se trata de una norma de orden público, por tanto, las partes pueden suprimir expresamente la facultad de receso, incluso, se considera válida la cláusula que prevé el receso ad nutum a favor del comitente sin que el contratista tenga derecho a ninguna indemnización (Barchi, p. 307)”.

Y finalmente, BARCHI nos explica sobre la consecuencia jurídica de que el comitente se valga del artículo 1786°, y esto es la indemnización: “De acuerdo al artículo 1786° del Código Civil el comitente que ejerce el receso debe indemnizar al contratista por los gastos incurridos, los servicios prestados, y por la ganancia dejada de percibir. De acuerdo con la doctrina “tal indemnización, previendo sea el daño emergente (trabajos ejecutados y gastos) sea el lucro cesante (ganancia dejada de percibir), asume consecuencias que se sobreponen a aquellas de la resolución por incumplimiento” (Barchi, p.319).

De lo aquí expuesto podemos resumir las características de un deductivo o retiro de partidas:

1. Consiste en que el comitente unilateralmente decide dejar sin efecto una parte del contrato de obra asignada al contratista.

2. El contratista ya no es está obligado a ejecutar la parte de la obra retirada de su alcance. Por ende, a la culminación de la obra el comitente no debe cumplir con pagar la parte de la obra retirada al contratista, pero si se trata de un deductivo sin expresión de causa (*ad nutum*) sí debe pagar por los trabajos ejecutados y los gastos, e incluso por la utilidad prevista por el contratista por la parte de la obra retirada como si hubiese concluido la obra en su totalidad, salvo pacto en contrario.
3. Dicho deductivo o retiro de partidas es ordenado por el comitente ante un incumplimiento del contratista o de forma inmotivada (*ad nutum*).
4. Para recurrir a esta solución, el comitente no requiere de un pacto previo con el contratista ni autorización judicial, porque la ley se lo faculta.

**10. DIFERENCIAS ENTRE EL BACK CHARGE Y EL RETIRO DE PARTIDAS:**

La razón por la que hemos hecho una referencia al retiro de partidas en este trabajo es porque conjuntamente con el back charge, son las modalidades de intervención contractual que se emplean con mayor frecuencia en los contratos de construcción en el Perú. Por ello, considero necesario no solo exponer sus conceptos y características, sino también formular una diferenciación entre ambas modalidades de intervención contractual.

Con fines ilustrativos, procedo a elaborar un cuadro comparativo, que contiene las diferencias entre el *back charge* y el retiro de partidas, en base a lo desarrollado hasta aquí con el auxilio de la ley y la doctrina.

Tabla 1.- Diferencias entre el back charge y el deductivo o retiro de partidas. El cuadro es de elaboración propia.

	<b>Backcharge</b>	<b>Deductivo</b>
<b>Definición</b>	Consiste en la ejecución por un tercero, de una parte de la obra asignada al contratista, a cuenta y costo de éste último.	Consiste en que el comitente unilateralmente decide dejar sin efecto una parte del contrato de obra asignada al contratista.
<b>Responsabilidad</b>	La obligación de ejecutar la obra en su integridad continúa siendo del contratista.	El contratista ya no está obligado a ejecutar la parte de la obra retirada de su alcance.
<b>Pagos remanentes</b>	El comitente está obligado a pagar íntegramente la contraprestación pactada al contratista, y luego descontar el costo de la ejecución por tercero.	El comitente no está obligado a pagar la parte de la obra retirada al contratista. Pero si se trata de un deductivo sin expresión de causa ( <i>ad nutum</i> ) sí debe pagar por los trabajos ejecutados y los gastos, e incluso por la utilidad prevista por el contratista por la parte de la obra retirada como si el contratista hubiese concluido la obra en su totalidad, salvo pacto en contrario.
<b>Supuestos para su aplicación</b>	Incumplimiento del contratista, normalmente por el plazo de ejecución de la obra.	Incumplimiento del contratista o de forma inmotivada ( <i>ad nutum</i> ).
<b>Requisitos para su aplicación</b>	Autorización judicial del comitente, para que la autoridad defina el incumplimiento del contratista y autorice el monto que se puede gastar a coste del contratista, sin ser lesivo para este último. No es necesaria autorización en caso de urgencia pero en este caso el comitente sólo puede pretender el reintegro de lo justamente gastado, mas no lo que gastó de más.	Para recurrir a esta solución, el comitente no requiere de un pacto previo con el contratista ni autorización judicial, porque la ley se lo faculta.
<b>Prohibición</b>	Incluso si hay urgencia, el comitente no puede aplicar este remedio si para ello debe atacar directamente el patrimonio del contratista.	El comitente puede aplicar este remedio incluso antes de la ejecución del contrato, por lo que no existe límite para su aplicación, salvo el monto mismo del contrato.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, lo que es necesario resaltar es que mientras el back charge tiene respaldo legal en los artículos 1150° y 1219° del Código Civil, que regulan la ejecución de la obligación por tercero pero por cuenta del deudor, el retiro de partidas tiene respaldo en el artículo 1786° de dicho cuerpo normativo, referido a la figura legal conocida como el receso.

Quiere decir que mientras el back charge no tiene una regulación específica en el Código Civil referida a los contratos de construcción, el retiro de partidas sí lo tiene, pues el artículo 1786° se ubica dentro de la regulación de los contratos de obra.

Esta ausencia de regulación específica para los back charge es la razón principal por la cual los artículos 1150° y 1219° del Código Civil resultan insuficientes para resolver la problemática que concierne a esta práctica común en el Derecho de la Construcción.

## **II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Hasta aquí se ha definido el contrato de construcción, se le ha caracterizado y se le ha clasificado para ubicar la figura del back charge dentro de su estructura. Asimismo, se ha definido el concepto del back charge y se le ha diferenciado de otra figura de intervención contractual similar.

En esta etapa de la investigación, conviene analizar dos problemas que surgen a partir de las características del contrato de construcción, el cual al no encontrarse adecuadamente regulado en nuestro país, y al ser un contrato por adhesión, permite que el comitente imponga cláusulas de back charge que resultan leoninas y que en definitiva requieren de una regulación a nivel legal con la finalidad de evitar conflictos contractuales en este ámbito.

Para ello, se procederá a citar algunos ejemplos de cláusulas de *back charge* en contratos de construcción en casos peruanos:

Caso 1: “En caso de atraso y/o incumplimiento por causas imputables a la Contratista que, a criterio de A, pongan en riesgo el cumplimiento del Cronograma, A estará facultada para intervenir la obra, o parte de ella, y ejecutar, directamente o a través de terceros, a costo de la Contratista, las acciones correctivas o labores que crea pertinente en la Obra”. “Todo costo que asuma A por causa de una intervención, será automáticamente descontado por A de cualquier suma pendiente de pago a favor de la Contratista”.

Caso 2: “Las partes convienen expresamente que para la más eficiente y fluida ejecución de los trabajos que originan la suscripción de este Subcontrato, T podrá suministrar a EL SUBCONTRATISTA parte de los materiales y/o equipos y/o servicios que este último requiera para la ejecución de LOS TRABAJOS, lo cual se formalizará por escrito, respecto del suministro que se efectúe, por tanto, quedará a potestad de T, la definición del cobro como back charge (costo para el Contratante + 25%) o deductivo (costo del CONTRATISTA + GG y UT)” “T, podrá hacer efectivos, automáticamente, los cargos que curse al subcontratista para cubrir los costos totales (sin ser limitativo) de penalidades, indemnizaciones, no subsanación de cualquier observación, reparación, sustitución dentro de los plazos otorgados para dicho efecto, para lo cual estará facultados a descontar el Cobro Revertido (Back charge) que resulte (n) de los gastos incurridos por T, para lograr la efectiva subsanación de las mismas. Los costos del cobro



revertido serán descontados automáticamente de las valorizaciones y sin perjuicio de ejercitar, además, las acciones que en derecho le puedan corresponder”.

Caso 3.- “El COMITENTE podrá hacer efectivos, automáticamente, los cargos que curse a EL CONTRATISTA para cubrir los costos totales (sin ser limitativo) de penalidades, indemnizaciones, no subsanación de cualquier observación, reparación, sustitución dentro de los plazos otorgados para dicho efecto. El COMITENTE podrá, directamente o a través de terceros (proveedores, entre otros agentes), subsanar las observaciones a la Obra que no hayan sido corregidas por EL CONTRATISTA, para lo cual estará facultado a descontar de las sumas que deba abonar y/o adeude a EL CONTRATISTA el Cobro Revertido (Back charge) que resulte(n) de los gastos y costos incurridos por EL COMITENTE para lograr la efectiva subsanación de las observaciones formuladas a la Obra”. “Los costos del cobro revertido serán descontados automáticamente de las cantidades pendientes de abono, pagos retenidos u otras sumas debidas a EL CONTRATISTA por EL COMITENTE o por cualquier empresa vinculada a EL COMITENTE, en ésta o en cualquier otra Obra que tenga contratada con EL COMITENTE y sin perjuicio de ejercitar, además, las acciones que en derecho le puedan corresponder”.

“El COMITENTE notificará a EL CONTRATISTA a fin de que tome conocimiento de tales acciones sin que ello constituya impedimento alguno para que EL COMITENTE proceda con la ejecución de las acciones y/o trabajos antes mencionados e incurrir en los gastos respectivos, con la finalidad de procurar la continuidad de la Obra y la subsanación de las observaciones formuladas a la misma”. “El Cobro Revertido (Backcharge) incluirá (sin ser limitativo): a) Los costos y/o gastos laborales incurridos; b) Los costos y/o gastos netos incurridos por los materiales y/o equipos adquiridos. En este caso, el costo del alquiler del (los) equipo (s) y de la(s) herramienta(s) o material(es) se cargarán de acuerdo con el valor de mercado; c) Los costos incurridos por proveedores relacionados directamente con la ejecución de las medidas correctivas; d) Un factor de hasta el sesenta por ciento 60% aplicado al total de los literales del a) al c) por los costos generales, de supervisión y administración de EL COMITENTE”.

En los tres casos expuestos, se aprecian las dos problemáticas recurrentes que acompañan a la figura del back charge en los contratos de construcción que se celebran en el Perú.

En primer lugar, el back charge se aplica cuando existe un incumplimiento contractual por parte del contratista hacia el comitente. Pero no se requiere un incumplimiento total del contrato, ya que el comitente no puede esperar a que ello ocurra para recién adoptar

medidas. Para que se aplique el back charge basta con un incumplimiento parcial durante la ejecución de la obra. El asunto es identificar de manera justa cuándo estamos ante dicho incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista que justifiquen la intervención contractual del comitente a través de un back charge.

En el caso 1, el comitente dejó la calificación del incumplimiento en su ámbito subjetivo, al señalar que la identificación del atraso o incumplimiento del cronograma quedaba a su criterio. En el caso 2 no se mencionó en el contrato que tal calificación del incumplimiento quedaba en el ámbito subjetivo del comitente, pero en la práctica T cursó comunicaciones al contratista con la intención de hacer notar que éste último estaba incurriendo en incumplimientos parciales al no tener en obra el necesario personal, mano de obra, equipos, limitándose a señalar que el nivel de cumplimiento del contratista se encontraba muy por debajo del estándar del mercado, pero sin contar con un elemento objetivo de medición del incumplimiento real del contratista. Es decir, T aplicó un criterio subjetivo para interpretar que el contratista se encontraba en incumplimiento parcial y por ende, una vez preparado el camino a través de la comunicación, aplicó el back charge.

En segundo lugar nos enfrentamos al problema del límite económico para la aplicación de un back charge. Es decir, hasta qué monto está autorizado el comitente de poder afectar al contratista con este tipo de medidas. En el caso 2 el comitente aplicó al contratista un back charge por un monto que superó los ocho millones de soles, cuando el contrato que firmó con el contratista era de un millón ochocientos mil dólares (al tipo de cambio de la época, aproximadamente seis millones de soles); es decir, el monto del back charge superaba ampliamente el monto mismo de la contraprestación que iba a percibir el contratista por culminar la obra, lo cual era absolutamente irracional. En el caso 3, el comitente se reserva el derecho, a través del contrato, de aplicar el back charge sobrecargando los costos directos con un 60% por gastos generales y administrativos, cuando lo usual es aplicar no más del 20%.

En resumen, la problemática que se quiere abordar a través del presente trabajo de investigación es la siguiente: ¿cuándo estamos ante un incumplimiento parcial del contratista que justifique la aplicación de un *back charge* en un contrato de construcción? y ¿cuál es el límite económico de afectación a la empresa contratista a través de un *back charge*?. Esta problemática preocupa al autor del presente artículo, por ser una fuente recurrente de conflictos contractuales en el Derecho de la Construcción, y el aporte de algunas alternativas de solución a través de la

jurisprudencia comparada, constituye el objeto fundamental de este trabajo de investigación.

#### **11. ¿CUÁNDO ESTAMOS ANTE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATISTA QUE JUSTIFIQUE LA APLICACIÓN DE UN BACK CHARGE EN UN CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN?**

Cuando he definido el back charge he identificado que éste, a diferencia del retiro de partidas, sólo puede aplicarse ante un incumplimiento por parte del contratista hacia el comitente. El asunto es ¿cuándo hay incumplimiento parcial del contratista en un contrato de construcción? Y más importante aún ¿quién determina dicho incumplimiento?

Al hablar de incumplimiento parcial básicamente nos estamos refiriendo a los atrasos en obra por causa del contratista, o a la negativa del contratista a ejecutar un trabajo específico que se encuentra dentro de su alcance.

Respecto al primer caso, es bastante común que la ejecución de una construcción sufra atrasos, los cuales pueden ser atribuibles al contratista, al comitente o a ninguno de ellos por tratarse de eventos fortuitos o de causa mayor. Cuando estos atrasos son causados por el contratista, éste está incumpliendo parcialmente el contrato, pues una de sus obligaciones es culminar la obra dentro del plazo contractual. Sin embargo el atraso puede ser tan insignificante que no amerite la intervención por parte del comitente porque el contratista fácilmente recuperará el tiempo perdido, así como también hay caso en los que los atrasos son significativos y se prevé irrecuperable.

El asunto es que no es sencillo determinar cuándo estamos ante un atraso que califique como un incumplimiento parcial del contratista. Lo ideal sería que el propio contrato determine cuándo se está ante un atraso que, de una forma objetiva, justifique la intervención del comitente por incumplimiento parcial del contratista; por ejemplo, hay contratos en los que se establece porcentajes de avance planificados o hitos contractuales, de modo tal que cuando se verifique que el contratista se ha distanciado en un determinado porcentaje del avance que debería tener según contrato, se entiende que hay un incumplimiento parcial del contrato.

Pero cuando el contrato no ha previsto esta solución objetiva, es necesario adoptar mecanismos alternativos que sirvan para determinar de una manera justa si hay o no un

incumplimiento parcial del contratista. Porque si se deja al arbitrio del comitente la calificación de tal incumplimiento, se pueden generar perjuicios al contratista, pues obviamente la intervención es una solución radical y muy onerosa, dado que cualquier contratista tercero que ingrese a ejecutar el trabajo no ejecutado por el contratista original, casi siempre va a resultar más caro.

En vista que hemos identificado la figura del back charge con la institución de la ejecución por tercero prevista en los artículos 1150° inciso 2, 1219° inciso 2, de nuestro Código Civil, sería necesario que un juez determine dicho incumplimiento parcial del contratista y autorice la procedencia de un back charge-. Asimismo, en casos de urgencia, se aplicaría el criterio de razonabilidad, esto es, el comitente establecería bajo su propio criterio los supuestos de incumplimiento parcial del contratista de manera razonable, con cargo a dar cuenta de ello al juez

El asunto es que la doctrina que desarrolla los artículos del Código Civil en mención no abordan una casuística en particular, sino una forma de remedio general ante incumplimientos contractuales. Es decir, no se coloca en el ámbito de los contratos de construcción, en los que por ejemplo sería materialmente imposible, por la celeridad con la que se ejecutan estos, recurrir a la presencia del juez (aun a través de una medida cautelar) para que autorice un back charge o su límite económico de afectación. Asimismo, dejar que el criterio de *razonabilidad* sea aplicado cuando no es posible la presencia del juez durante la obra, no es realmente una solución a esta problemática.

La problemática de este punto consiste en definir cuándo estamos ante tal incumplimiento contractual que faculte al comitente a intervenir el contrato y tomarse la atribución de colocar a una tercera empresa para ejecutar las obligaciones que en principio le correspondían al contratista, asunto que no se puede dejar en manos del juez que nunca tendrá presencia oportuna en obra, ni tampoco en manos del criterio de razonabilidad.

Como hemos podido apreciar en los casos que hemos propuesto en este trabajo, ninguno de los contratos propuestos como ejemplo ayuda en este punto; muy por el contrario, dejan a la apreciación subjetiva del comitente la facultad de aplicar el back charge.

Esta situación es materia de muchos conflictos contractuales que usualmente terminan resolviéndose en los Tribunales Arbitrales, y es por esta razón que consideramos conveniente examinar algunos casos simbólicos.

Uno de estos casos es el resuelto en la *Court of Queen's Bench of Alberta*, ante la disputa generada ente Impact Painting Ltd y Man-Shield Construction Inc. Man-Shield (Olson y Mackay, 2018) fue el contratista general en un proyecto de construcción en Edmonton. Impact fue el subcontratista de Man-Shield con respecto a la pintura. Al final del proyecto Impact planteó el reconocimiento y pago de una serie de trabajos adicionales por un monto de US\$ 134,000. Como contrademanda, Man-Shield formuló *back charges* por un monto de US\$ 209,000. Man-Shield había considerado que Impact requería asistencia para completar su trabajo y emitió una comunicación a Impact, antes de contratar a Winnipeg para que le suministre pintores adicionales. Impact señaló que había negado la ayuda propuesta y argumentó que la necesidad de pintores adicionales surgió debido a los plazos irrazonables impuestos por Man-Shield, por lo que el back charge resultaba innecesario. Sin embargo, el tribunal consideró que Impact en realidad sí estuvo de acuerdo con el aviso y el back charge. La conclusión del tribunal fue simple: "If Impact had truly disagreed, they would have raised these issues long before the expense was incurred by Man-Shield. Man-Shield had met its onus" (4).

Refiriéndose a este caso, WILKINSON adopta una definición de back charge que nos aclara muchos panoramas: "The back charge is for an expense actually, necessarily and reasonably incurred by the party claiming the charge; By the terms of the contract, or by some other agreement between the parties, the charge is one, or is in relation to some task, for which the party subject of the charge undertook responsibility; The party claiming the charge incurred the expense because the other party defaulted on the on the responsibility to which the charge relates; Prior to incurring the charge, party claiming the charge gave notice to the other party of its default and a reasonable opportunity to cure it"(5). (Wilkinson, 2018).

---

<sup>4</sup> Nota: "Si Impact realmente no hubiese estado de acuerdo, habría planteado estos problemas mucho antes de que Man-Shield incurriera en los gastos. Man-Shield tendría que asumir su responsabilidad".

<sup>5</sup> Nota: "El cobro revertido es un gasto real, necesario y razonablemente incurrido por la parte que lo reclama. Por los términos del contrato, o por algún otro acuerdo entre las partes, el cargo es o está en relación con alguna tarea cuya responsabilidad fue asumida por el sujeto que reclama el cobro. La parte que reclama el cobro incurrió en el gasto porque la otra parte incumplió con su responsabilidad. Antes de incurrir en el cobro, la parte que lo reclama da aviso a la otra parte de su incumplimiento y una oportunidad de remediarlo".

Del caso expuesto, podemos sacar algunas conclusiones: 1) uno de los presupuestos para la aplicación del *back charge* es el incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones contractuales; 2) la aplicación del *back charge* procede siempre y cuando el contrato lo autorice o algún otro acuerdo adoptado entre las partes; 3) dicho acuerdo no necesariamente debe ser expreso, pues puede haber un acuerdo tácito en virtud del cual el contratista permita que el comitente intervenga el contrato sin objeción alguna.

Sin embargo, hay otro caso resuelto en el Tribunal de Apelaciones de California (Alston & Bird LLP, 2016) en el cual el criterio empleado para determinar un incumplimiento que da lugar a un *back charge* es opuesto. En este caso se enfrentaron Great Western Drywall contra Roel Construction. Roel era el contratista general en la construcción del proyecto *Renaissance Marina Condominium*, un complejo de condominios de 218 unidades ubicado en San Diego, California. Great Western, era el subcontratista de paneles de yeso. Great Western demandó a Roel por el saldo de su contrato y por órdenes de cambio (trabajos adicionales) no aprobados. Roel contrademandó con *back charges* que básicamente representaban monto equivalentes al monto demandado. El Tribunal de primera instancia dio la razón a ambas partes, por lo que ambos montos se compensaban. Ambas partes apelaron. En la parte pertinente del *back charge* por limpieza, Roel alegó que evaluó los costos de limpieza del sitio de trabajo en función de la mano de obra de cada subcontratista durante un período de tiempo determinado, puesto que era la única forma justa de dividir los costos considerando que varios subcontratistas contribuyeron a este problema y sería imposible para él determinar los costos de limpieza que eran atribuibles a un subcontratista específico en un proyecto de \$ 80 millones con más de 100 subcontratistas. Roel también argumentó que Great Western renunció a su derecho a impugnar estos *back charges* porque el gerente del proyecto de Roel anunció su intención de emitir tal recargo en una reunión semanal de subcontratistas y Great Western nunca objetó su advertencia. El Tribunal de Apelaciones rechazó este argumento y determinó que no se permitían estos cargos prorrateados. Sostuvo que, aunque los términos del subcontrato de Roel le permitían cobrarle a un subcontratista por no realizar la limpieza del lugar de trabajo, el subcontrato no autorizaba a Roel cobrar cargos "desconectados del incumplimiento del subcontratista". Pero en la parte que más nos interesa de este fallo, el Tribunal de Apelaciones también rechazó el argumento de Roel de que el silencio de Great Western frente a la advertencia de *back charges* era suficiente para cobrarlos: "(...) silence in the face of the warning that the subcontractors would be assessed these kind of back charges did not amount to a waiver of its

contractual right that tied its responsibility to pay on proof of its conduct. Therefore, the Court of Appeals overturned the trial court's award of these cleanup costs" (6).

De otro lado, en el Reino Unido existe una jurisprudencia en la cual se detallan requisitos para la procedencia del back charge (en dicha jurisdicción la denominan contra charges). En el caso *Oksana Mul v Hutton Construction Ltd.* se estableció que el comitente que pretenda aplicar un back charge tiene la carga de la prueba y por lo tanto debe acreditar: i) que el contratista incumplió sus obligaciones contractuales con el comitente, señalándose específicamente de qué manera incumplió; ii) que el costo presuntamente incurrido por el comitente, como consecuencia del incumplimiento alegado, fue incurrido como resultado directo del supuesto incumplimiento; iii) que el comitente ha incurrido en los costos reclamados (Gogarty 2016).

Podemos notar que a diferencia de la Corte de Alberta, para el Tribunal de Apelaciones de California no es fundamental el acuerdo de back charge, expreso o tácito. Lo importante es que se acredite indubitadamente el incumplimiento del contratista y es en virtud de dicho incumplimiento que procede la aplicación del cobro revertido. Para el Reino Unido también es lo más importante la acreditación del incumplimiento y la prueba de que el costo incurrido por el comitente existe y corresponde al incumplimiento señalado.

Al respecto, el autor considera que la posición del Tribunal de Apelaciones de California y del Tribunal del Reino Unido no es la más adecuada, pues la fuente más importante de conflictos contractuales en los back charges surge precisamente por la dificultad de determinar cuándo estamos ante un incumplimiento del contratista que sea suficiente para activar válidamente el mecanismo del cobro revertido. En ese sentido, "acreditar indubitadamente el incumplimiento" no es una solución óptima, puesto que a la hora de pagar, el contratista siempre va a tener una tendencia a alegar la improcedencia del back charge porque no se considera haber incumplido el contrato, mientras que el comitente siempre partirá de la posición contraria, y en los contratos de construcción es muy complejo determinar los incumplimientos contractuales; por ejemplo: si el contratista se atrasa en un 10% en su cronograma contractual con respecto al cronograma real ¿ya habrá incumplimiento contractual? ¿Qué faculta al comitente a interpretar que el contratista no se puede recuperar de este atraso a través

---

<sup>6</sup> Notas: "El silencio frente a la advertencia de que los subcontratistas serían evaluados con este tipo de cobros revertidos no equivale a una renuncia al derecho contractual que vincula su responsabilidad de pago cuando esté probada su conducta. Por lo tanto, el Tribunal de Apelaciones anuló la adjudicación del tribunal de primera instancia de estos costos de limpieza".

de una aceleración y cumplir con el cronograma contractual a tiempo? ¿Por qué 10% y por qué no 12% ó 15%? ¿Qué faculta al comitente a interpretar que dicho atraso es absolutamente imputable al contratista y no obedece a su propia responsabilidad o a factores de caso fortuito o fuerza mayor?

Por estas razones, consideramos que la posición de la Corte de Alberta es la correcta, y que por lo tanto el *back charge* sólo puede proceder cuando hay acuerdo entre las partes, ya sea porque el contrato estableció claramente cuándo se debe entender que hay incumplimiento que faculte su aplicación (hay contratos de construcción que establecen el porcentaje de atraso que resulta intolerable para el comitente), o porque en el transcurso de la ejecución contractual las partes se ponen de acuerdo en que existe un atraso (incumplimiento) irrecuperable por el contratista y que por lo tanto es necesaria la intervención de una tercera empresa o del propio comitente para apoyar en la ejecución del contrato. Por último, este acuerdo puede ser expreso o tácito.

En ese sentido opinó la American Subcontractors Association, a través de un artículo denominado "Backcharges". (Dailyreporter, 2006) Dicha asociación genera anualmente modelos de contratos de construcción a los que denomina adendas y que recomienda sean implementadas por los contratista o subcontratistas en sus respectivos contratos, advirtiendo los riesgos de no hacerlo. En el *ASA Addendum to Subcontract (2005)* se propuso la siguiente cláusula modelo: *"Back charge claims. No back charge or claim of customer for services shall be valid except by an agreement in writing by subcontractor before the work is executed, except in the case of subcontractor's failure to meet any requirement of the subcontract. In such event, customer shall notify subcontractor of such default, in writing, and allow subcontractor reasonable time to correct any deficiency before incurring any costs chargeable to subcontractor. No back charge shall be valid unless billing is rendered no later than the 15th day of the month following the charge being incurred. Furthermore, any payments withheld under a claim of subcontractor default shall be reasonably calculated to cover the anticipated liability and all remaining payment amounts not in dispute shall be promptly paid"*(<sup>7</sup>).

---

<sup>7</sup> Nota: "Back Charges.- Ningún *back charge* o reclamo de reintegro de costos del cliente será válido salvo que exista un acuerdo escrito con el subcontratista antes de que se ejecute el trabajo, excepto cuando el incumplimiento del subcontratista esté previsto en el subcontrato. En tal caso, el cliente notificará al subcontratista de dicho incumplimiento, por escrito, y le otorgará un tiempo razonable para corregir cualquier deficiencia antes de incurrir en cualquier costo que luego sea cargado al subcontratista. Ningún *back charge* será válido a menos que la facturación se entregue a más tardar el día 15 del mes siguiente al costo incurrido. Además, cualquier pago retenido por un reclamo de incumplimiento del subcontratista



Esta es precisamente la cláusula que el autor propone que se implemente también en nuestros contratos de construcción. De este modo se evitarían muchos conflictos contractuales dado que la determinación del incumplimiento que faculte a la aplicación de un *back charge* ya no quedaría al arbitrio del comitente, sino que necesariamente debe existir un pacto previo a que el comitente incurra en el costo. Asimismo, tal pacto puede ser expreso o tácito, pues si a pesar de la comunicación el contratista o subcontratista no responde adecuadamente corrigiendo sus deficiencias, estará facultando con su actuación a que el comitente pueda intervenir la obra y por lo tanto aplicar más adelante los *back charges* que correspondan.

Ahora bien, en los contratos de construcción privados no es posible aplicar ni siquiera de manera supletoria las normas del sector público. Pero no podemos dejar de mencionar en este punto que el artículo 174° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula la intervención económica del siguiente modo: “La Entidad puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar a resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista. Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato es resuelto por incumplimiento. Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia”.

Como se puede apreciar, en la regulación del contrato de obra aplicable para el sector público sí está regulada la figura de la intervención económica del contrato, la cual es similar en muchos aspectos al *back charge* que se aplica en el sector privado. Para esta intervención contractual del sector público, se exige para su aplicación que el contratista esté de acuerdo con la medida, algo similar a lo que ocurre con la propuesta que hago para el sector privado.

---

deberá calcularse razonablemente para cubrir el pasivo previsto, pero todos los montos de pago que no estén en disputa se pagarán puntualmente”.

## **12. ¿CUÁL ES EL LÍMITE ECONÓMICO DE AFECTACIÓN AL CONTRATISTA A TRAVÉS DE UN BACK CHARGE?**

Una vez verificada la procedencia de un back charge por incumplimiento del contratista, ¿tiene el comitente algún límite de gasto considerando que será trasladado y asumido por el contratista? ¿puede cargar a la cuenta del contratista no solamente los costos directos sino también los gastos generales y utilidades que demande realizar el trabajo no realizado por el contratista?

Todo trabajo que va a realizar el contratista cuenta con un presupuesto que determina el límite de los costos que está dispuesto a asumir. Pero si la obra es intervenida y el comitente hace ingresar a un nuevo contratista, este último no necesariamente tendrá el mismo límite económico que el contratista original, de hecho, es normal que el nuevo contratista tenga un límite más elevado para poder afrontar la obra en menor tiempo. Entonces, esta situación conlleva muchos conflictos contractuales y abusos por parte del comitente, pues a sabiendas que la cuenta la va a pagar el contratista original trasladándosela a través de un back charge, el comitente tiene muchos incentivos para adoptar medida onerosas, como por ejemplo contratar a contratistas con un alto costo o que van a emplear recursos con presupuestos muy por encima del presupuesto del contratista original.

BENARROCHE describe el problema del siguiente modo: “This is the ultimate problem for subs: the potential for abuse of back charges in construction. Since back charges are solely governed by the contract terms, there is a fair amount of potential for abuse (...) Anyway, abuse can occur when a top of chain party has arbitrarily allocated anticipated project costs to the subs without regard to their use of a particular service. Even worse, the back charges could be accruing throughout the entire project, all the while without notifying the sub until completion. This scenario is particularly painful. At the end of the project the sub has lost most of its leverage. They have already paid their suppliers and laborers and are expected (since it is final payment) a substantial check. The best way to protect yourself? Communication and documentation!”<sup>(8)</sup>. Para BENARROCHE la

---

<sup>8</sup> Notas: “Este es el problema fundamental para los subcontratistas: el potencial de abuso de los back charges en la construcción. Como los back charges se rigen únicamente por los términos del contrato, existe una gran cantidad de posibles abusos (...). De todos modos, el abuso puede ocurrir cuando una parte superior de la cadena ha asignado arbitrariamente los costos anticipados del proyecto a los subcontratistas sin importar el uso de un servicio en particular. Peor aún, los back charges podrían acumularse a lo largo de todo el proyecto, todo el tiempo sin notificar al subcontratista hasta su finalización. Este escenario es particularmente doloroso. Al final del proyecto, el subcontratista ha perdido la mayor parte de su apalancamiento. Ya han pagado a sus proveedores y trabajadores y se espera (dado

asignación arbitraria de costos, la ausencia de comunicación al contratista sobre dichos costos, y la aplicación del back charge al final de un proyecto, es un problema fundamental que califica como una actitud abusiva por parte del comitente.

Una opinión nos brinda FULLERTON, entrevistado por Christopher HILL, quien señala que con frecuencia, el contrato dictará o modificará los costos que se pueden imputar al subcontratista que no cumple con su contrato. Pero en los casos en los que el contrato no tenga una regulación al respecto y se limite a señalar que el contratista que incumple será "responsable de todos los costos", entonces los "costos" sólo incluirán el costo directo más la utilidad, pero no los gastos generales (Hill, 2015). Para dicho autor, el propietario o contratista general debe prever este problema con cláusulas contractuales que establezcan que el contratista es responsable de todos los costos directos, más un veinte por ciento (20%) de gastos generales y utilidades.

En efecto, algunos contratos de construcción suelen prever la composición del monto económico que comprenderá el *back charge*. Por ejemplo en el Caso 3 propuesto se establece que además del costo directo, el contratista deberá pagar el 60% del costo directo por concepto de gastos administrativos. Obviamente me parece un exceso, pero en la medida que procede de un acuerdo contractual, consideramos que es inevitable su aplicación y además no es materia de este trabajo abordar las cláusulas leoninas de este tipo de contratos.

Lo que en cambio sí nos preocupa es lo que ocurre en aquellos casos en los cuales el contrato no prevé qué costos y gastos son recuperables por el comitente a través de un back charge y hasta qué límite.

Lamentablemente la literatura es escasa al respecto, pues por lo general se restringen a señalar que el costo debe ser *razonable*, término que resulta muy subjetivo y por ende desprovisto de cualquier solución a la problemática planteada. Asimismo, Benarroche nos informa que existe una tendencia de los tribunales norteamericanos a sólo conceder al comitente aplicar el costo contemplado en el contrato para el alcance del contratista: "As a general rule, when courts analyze back charges, they look to see if the incurred fees fall "within the scope of the contract." This is a very broad interpretation, and not always a bright line rule"<sup>9</sup>. Comparto la opinión de Benarroche, pues muchas

---

que es el pago final) un cheque sustancial. La mejor forma de protegerte? Comunicación y documentación!".

<sup>9</sup> Nota: "Como regla general, cuando los tribunales analizan los back charges, buscan ver si las tarifas incurridas caen "dentro del alcance del contrato". Esta es una interpretación muy amplia, y no siempre una regla de línea brillante".

veces los costos en los que debe incurrir el comitente realmente superan los costos previstos en el presupuesto por el contratista para el mismo trabajo, pues debemos considerar que el nuevo contratista además deberá incurrir en nuevos costos de movilización y desmovilización, y probablemente deberá ejecutar su labor en un tiempo más reducido que el que se otorgó al contratista original y ello es más costoso, entre otras causas. Entonces, ¿cuál es el límite del costo por back charge que debe asumir el contratista? ¿hasta qué monto se considera una deducción de este tipo como adecuada?

En el Reino Unido, GOGARTY nos explica que “durante algún tiempo ha habido debate e incertidumbre sobre qué constituye una deducción adecuada en el Reino Unido. En el caso reciente de *Oksana Mul v Hutton Construction Ltd.*, Akenhead J explicó que "deducción apropiada" significa lo que es apropiado en todas las circunstancias. Esto parece no ser demasiado útil en una primera lectura, pero el juez pasó a explicar que una deducción adecuada se puede calcular por referencia a uno o más de los siguientes factores”: i) los precios del contrato o del cronograma valorizado del contrato; ii) el costo en que incurriría el contratista para remediar el defecto (incluyendo los costos de contratación de subcontratistas ajenos al contratista); iii) el costo razonable en que incurrió el comitente para contratar a otro contratista para que solucione el defecto; iv) opinión experta sobre cada caso particular (Gogarty 2016).

En mi opinión, la jurisprudencia del Reino Unido nos muestra una forma de solucionar el problema cuando ya ha ocurrido el oportunismo del comitente y el conflicto ha tenido que ser derivado a un tribunal arbitral. Me parece muy acertado el aporte efectuado en dicha jurisprudencia. Sin embargo, en este trabajo pretendo ir más allá, pues lo que busco es un mecanismo contractual que permita al contratista tener el control del gasto del comitente que pretende aplicar un back charge, y de este modo evitar que al final del proyecto sea trasladada al contratista una suma de la cual no tenía noticia previa.

En este sentido, la ya citada cláusula modelo propuesta por la *ASA Addendum to Subcontract (2005)*, nos brinda también un mecanismo de control para que el contratista no se *empobrezca* con la aplicación de este tipo de cobros. Recordemos que la última parte de la cláusula propuesta reza así: “(...) No back charge shall be valid unless billing is rendered no later than the 15th day of the month following the charge being incurred. Furthermore, any payments withheld under a claim of subcontractor default shall be reasonably calculated to cover the anticipated liability and all remaining payment

amounts not in dispute shall be promptly paid “<sup>10</sup>). En efecto, uno de los grandes problemas en este tipo de cobros se presenta cuando el comitente, al final de la obra, remite al contratista o subcontratista una *cuenta* que resulta excesiva o impagable. Implementar, ya sea normativamente o a través de esta cláusula modelo un mecanismo de control a favor del contratista, de modo tal que esté enterado periódicamente del costo que le será descontado de su pago final, ayudaría mucho a evitar futuros conflictos contractuales.



---

<sup>10</sup> Nota: “(...) Ningún *back charge* será válido a menos que la facturación se entregue a más tardar el día 15 del mes siguiente al costo incurrido. Además, cualquier pago retenido por un reclamo de incumplimiento del subcontratista deberá calcularse razonablemente para cubrir el pasivo previsto, pero todos los montos de pago que no estén en disputa se pagarán puntualmente”.

### **III.- DISCUSIÓN**

La problemática más significativa en el campo del Derecho de la Construcción en el Perú, es su escasa regulación normativa. Sólo los artículos del Código Civil referidos al contrato de obra y algunos otros contemplados en los libros de obligaciones y contratos, resultan aplicables a los negocios empresariales de la construcción.

En consecuencia, a las partes no les queda mayor remedio que recurrir a la autorregulación de sus obligaciones a través de contratos de construcción, para el desarrollo de los grandes proyectos y megaproyectos constructivos. Estos contratos, bastantes complejos, muestran como su mayor debilidad el hecho que son contratos por adhesión. Quiere decir que a los grandes propietarios entre los cuales se cuentan las empresas mineras, petroleras, metalúrgicas e industriales, entre otras, no les interesa mucho negociar cláusulas con los contratistas, razón por la cual recurren usualmente a la imposición de sus condiciones.

Este escenario, deviene en múltiples conflictos contractuales, los cuales finalmente van a ser resueltos a través de los mecanismos de solución de controversias establecidos en los contratos o a través de arbitrajes nacionales o internacionales. Uno de los conflictos habituales deviene en la imposición de cláusulas de back charge abiertas, como las que han sido ofrecidas en calidad de ejemplos en este trabajo.

Estas cláusulas, que son muy frecuentes en los contratos de construcción en el Perú, dejan al arbitrio del comitente no solo la calificación del incumplimiento del contratista, sino también la selección de los recursos que van a ser suministrados y el costo de los mismos. Es decir, la sola apreciación subjetiva del comitente, propietario de la obra, es suficiente para que éste intervenga el contrato, cese en su obligación de “dejar hacer”, y suministre recursos de forma indiscriminada en la obra, para luego aplicar los back charge correspondientes sin que para ello se requiera la mínima intervención del contratista, salvo a la hora de reembolsar los costos.

Esta situación ventajosa para el comitente es usada muchas veces por éste de manera indiscriminada y oportunista, desnaturalizando el real uso que se le debe dar al back charge, con la finalidad de obtener un beneficio, ya sea para compensar deudas impagas al contratista, o para reducir los costos de ejecución de la obra trasladándoselos a la parte más débil de la relación contractual.

Ante esta situación de desventaja, el contratista usualmente no posee muchas posibilidades de defensa, pues por una parte ha sido privado de participar en la etapa de negociación del contrato por tratarse de uno de adhesión, y por otra, no existe en la

legislación vigente una adecuada regulación del back charge que impida al comitente a actuar de manera oportunista. Como consecuencia, el comitente tiene carta abierta para intervenir en el proyecto en cualquier momento y no tiene un límite económico para aplicar el back charge. El autor ha sido testigo de muchas empresas contratistas que acuden en desesperadas demandas arbitrales por back charges que le aplican los propietarios sin su consentimiento, sin reconocer haber incurrido en incumplimientos y por sumas millonarias que los colocan en riesgo de quiebra.

En tal sentido, el presente trabajo busca encontrar en la jurisprudencia extranjera algunas herramientas que resulten aplicables para paliar este desorden generado muchas veces por la conducta oportunista de los comitentes a través de las cláusulas back charge abiertas.

### **13. PROPUESTA DE SOLUCIÓN.**

La propuesta de solución del autor a la problemática del back charge implica que los tribunales arbitrales deben exigir como requisito para la procedencia de dicho fenómeno jurídico, que se consigne y se respete en los contratos la cláusula tipo desarrollada por la *ASA Addendum to Subcontract (2005)*, o al menos sus postulados más importantes que son los siguientes: i) para la procedencia de un back charge se requiere que la situación de incumplimiento del contratista esté descrito detalladamente en el contrato de construcción; ii) en su defecto, solo procederá el back charge si existe acuerdo expreso o tácito de las partes antes de que el comitente incurra en los costos; iii) ningún back charge será válido a menos que la facturación de descuento se entregue a más tardar el día 15 del mes siguiente al costo incurrido.

Si al reformarse el Código Civil peruano, se decide elevar al contrato de construcción a la categoría de contrato típico, el autor sugiere el siguiente artículo con la finalidad de evitar una serie de disputas contractuales: “En los contratos de construcción, para la procedencia de un cobro revertido, el contrato debe prever con detalle los supuestos de incumplimiento del contratista o en su defecto, las partes deben estar de acuerdo de manera expresa o tácita sobre la aplicación de dicho cobro antes de que el comitente incurra en el costo. Ningún cobro revertido será válido a menos que la facturación de descuento se entregue al contratista a más tardar el día 15 del mes siguiente al costo incurrido”.

En este sentido, para resolver la primera problemática planteada (¿cuándo estamos ante un incumplimiento parcial del contratista que faculte la aplicación de un back charge?) la regulación que hemos propuesto, consiste en que los back charge no sean procedentes a menos que esté claramente pactado en el contrato los supuestos de incumplimiento contractual, haciendo especial énfasis en los incumplimientos del plazo del contrato, de tal manera que se establezcan porcentajes de incumplimiento que resulten intolerables para el comitente y que lo faculten a aplicar contractualmente los back charge. En defecto de ello, también puede proceder el *back charge* cuando durante la ejecución de la obra exista la manifestación expresa o tácita del contratista para su aplicación.

De otro lado, para la segunda problemática planteada (¿cuál es el límite económico de un back charge?) la propuesta del autor también incluye mecanismos de control de costos periódicos de los back charge que finalmente serán asumidos por el contratista, de manera tal que ésta pueda tener un adecuado control permanente y no se sobredimensione por parte del comitente su aplicación.

Esta regulación puede venir por parte de la legislación a futuro, pero creemos que la medida más próxima sería que lo implementen los tribunales arbitrales de manera uniforme, dejando sin efecto las cláusulas de back charge abiertas. Creemos que si los tribunales arbitrales nacionales adoptan de forma unánime esta postura, pues entonces estaríamos avanzando en la eliminación de las cláusulas back charge abiertas.

Los hallazgos que se han aportado en este trabajo de investigación son algunos laudos arbitrales adoptados de jurisprudencia norteamericana y del Reino Unido. Esta jurisprudencia, brinda algunos aportes respecto a la forma como se viene resolviendo en países regidos por el Common Law la problemática del back charge que hemos planteado en este trabajo. Asimismo, hemos citado una cláusula modelo elaborada por la *ASA Addendum to Subcontract*, que de implementarse obligatoriamente en nuestros contratos de construcción del sector privado, solucionarían sustancialmente todos los problemas de back charge que surgen en la ejecución de tales contratos.

Finalmente, el autor está en la capacidad de aportar las conclusiones de este trabajo:

1. La industria de la construcción es una de las que tienen mayor importancia para la economía nacional. Las empresas que interactúan en esta industria son empresas de bastante solvencia económica puesto que el rubro del negocio lo requiere, dado que los contratos de construcción normalmente involucran sumas millonarias y por lo tanto los costos de financiamiento y los riesgos son bastante elevados.



2. La forma como se interrelacionan estas grandes empresas es a través de los contratos de construcción, los cuales, a pesar que por el orden de importancia ya descrito deberían estar inmediatamente después de los contratos de compraventa, no cuentan en nuestra legislación nacional privada con una propia regulación normativa. El contrato de obra previsto en el Código Civil, comprende también los contratos de construcción, pero conjuntamente con muchos otros tipos de contratos de obra, que van desde la elaboración de un tercio hasta los megaproyectos de construcción. Asimismo, el contrato de prestación de servicios, que engloba a su vez a los contratos de obra, ni siquiera comparte muchas características con el contrato de construcción, sino que en algunos casos su naturaleza jurídica es incluso opuesta.
3. A su vez, si bien la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento regulan bastante mejor el contrato de construcción en el ámbito público, sus dispositivos no pueden ser aplicados en el ámbito privado ni siquiera de manera supletoria, puesto que los principios que gobiernan la contratación pública y la privada no son compatibles.
4. Esta ausencia de regulación normativa trae como consecuencia que las empresas que intervienen en los proyectos de construcción tengan que autorregular gran parte de las reglas que gobernarán la ejecución de tales obras. Sin embargo, una de las características fundamentales en los contratos de construcción es que se trata de contratos de adhesión, pues existe una parte fuerte de la relación contractual que es el comitente (normalmente mineras, petroleras, grandes empresas industriales, entre otras), que imponen las cláusulas de los contratos, las cuales muy rara vez pueden ser modificadas por los contratistas en la etapa de negociación.
5. Como consecuencia de esta autorregulación y esta tendencia a que los contratos de construcción tiendan a favorecer los intereses del comitente, surge una serie de conflictos contractuales que en su gran mayoría van a parar a los tribunales arbitrales que es uno de los mecanismos de solución de controversias de uso común en estos casos. Pero en los últimos años se ha notado un gran incremento de estos conflictos contractuales, lo cual perjudica la industria de la construcción y por ende la economía nacional.
6. Uno de los problemas comunes que van a parar a los tribunales arbitrales es el conflicto que surge de la indebida aplicación de las intervenciones contractuales por parte del comitente, las cuales se dan bajo las modalidades de los *back charges* y el retiro de partidas.

Ambas modalidades de intervención contractual resultan ser excepciones al principio del *pacta sunt servanda*, puesto que implican una autorización legal para que el comitente “incumpla” su deber de “dejar hacer”, el cual es implícito en todo contrato de construcción.

7. En tal sentido, en la medida que la intervención contractual resulta ser una medida excepcional, las condiciones para su aplicación deberían estar claramente establecidas en la norma o a nivel jurisprudencial. Pero en nuestra realidad existe un gran déficit al respecto, en especial en cuanto a la regulación normativa de ambas modalidades de intervención. Si bien podemos asimilar tanto el *back charge* como el retiro de partidas a figuras ya establecidas en el Código Civil, su regulación resulta insuficiente puesto que tales normas fueron creadas para otros supuestos que no se concentran necesariamente en el contrato de construcción.
8. Específicamente, en el caso del *back charge*, resulta cada vez más necesario establecer los límites legales para su aplicación, los cuáles deben regular especialmente cuándo estamos ante un incumplimiento contractual que faculte al comitente a aplicar este remedio contractual, y cuál es el límite económico para poder afectar al contratista con su imposición.
9. La importancia de abordar ambas materias, radica en el incremento significativo de los arbitrajes nacionales en los últimos años en materia de conflictos derivados de contratos de construcción, de los cuales los denominados *back charges* suelen ser bastante comunes.
10. En cuanto al incumplimiento contractual que faculta al comitente a aplicar este tipo de medidas, la doctrina nacional, al abordar los artículos 1150° inciso 2 y 1219° inciso 2 del Código Civil, sólo ha logrado tener un acercamiento muy genérico, señalando que en estos casos es necesaria la intervención judicial para autorizar la intervención contractual del comitente a través de un *back charge*. Sin embargo, esta no es una solución adecuada dada nuestra realidad nacional, en la cual conocemos que el Poder Judicial no responde oportunamente a la solución de los conflictos, y menos aún podría hacerlo en este tipo de contratos de construcción que se manejan con mucha celeridad.
11. Consecuentemente, la jurisprudencia internacional norteamericana ha establecido que el *back charge* sólo se posible cuando contractualmente se ha definido con mucha claridad cuándo estamos ante un incumplimiento contractual parcial. Excepcionalmente, procederá cuando durante la ejecución del contrato las partes se ponen de acuerdo en su aplicación ya sea de forma expresa o de manera tácita.
12. Asimismo, la American Subcontractors Association, a través de un artículo denominado "Backcharges", ha establecido un modelo de cláusula en el cual se exige para la procedencia de un *back charge* que haya un acuerdo expreso o tácito entre el comitente y el contratista para su ejecución, salvo en aquellos casos en los que el contrato es claro en determinar cuándo hay incumplimiento por parte del contratista. Asimismo, dicho modelo de cláusula establece que debe otorgarse al contratista un plazo para poder subsanar el incumplimiento, pues de lo contrario tampoco resulta aplicable el *back charge*.

Es posible afirmar, por lo tanto, que la aplicación de esta cláusula modelo, la cual ha sido citada en la discusión de este trabajo, resulta fundamental para evitar los conflictos contractuales más comunes que surgen de la indebida aplicación de los *back charges* en los contratos de construcción en el Perú.

Su implementación podría darse a través de una modificación de la norma civil. Pero hasta que ello ocurra, debería ser un criterio establecido en los tribunales arbitrales nacionales.

13. En cuanto al límite económico, el criterio de razonabilidad resulta muy subjetivo y no representa ninguna garantía que nos ayude a evitar los conflictos contractuales que se derivan de un *back charge* y que surgen mayormente porque el comitente carga montos económicos sobrevalorados, o porque gastó de forma desmesurada a sabiendas que la cuenta finalmente la pagará el contratista.
14. Al respecto, la propia American Subcontractors Association, a través de su artículo denominado “Backcharges”, ha propuesto, como alternativa de solución, que las facturaciones por *back charges* deben emitirse cada quince (15) días después del costo incurrido bajo sanción de que el *back charge* no sea válido.

El autor considera que la implementación de esta medida, a nivel legislativo o como criterio de los tribunales arbitrales, debería ser implementado, pues de este modo el contratista podría tener un mejor control del costo que finalmente tendrá que asumir, y no se verá expuesto a tener conocimiento de dicho monto solo al final del proyecto, que es lo que ocurre comúnmente y que termina con graves perjuicios económicos para el contratista, cuando no con la quiebra económica de estas empresas.

Al tener un adecuado control, el contratista podría tener la posibilidad de tomar mejores decisiones, como podría ser la solicitud de la otra medida de intervención contractual, que es el retiro de partidas, la resolución contractual, o cualquier otra salida legal que incluye la figura de la excesiva onerosidad de la prestación. Pero condenar al contratista a asumir grandes sumas económicas en calidad de *back charge* sin haberle transmitido periódicamente a cuánto va ascendiendo su cuenta, debería ser una práctica vedada por injusta y excesiva.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Alston & Bird LLP. (2016) What proof is necessary to validate a subcontractor back charge? Recuperado de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e498ba3b-89e9-4e3c-b135-799119399f2d>.
- Barchi, L. (2008) Algunas consideraciones sobre el receso en el código civil peruano, a propósito del artículo 1786. *Advocatus* 119.
- Benarroche, A (2018). ¿What Are “Back Charges” in Construction? Recuperado de <https://blog.zlien.com/construction-payment/back-charges-construction/>
- Buendía De Los Santos, E. (2017). La Renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos negocios en el contrato de obra: Una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada. *Themis* 70, Revista de Derecho.
- Cortijo, C (2015). Contrataciones del estado. Conceptos reducción y deductivo. Recuperado de [de.cesarcortijo.blogspot.pe/2015/05/800x600-v-bahaviorurldefaultvml.html?m=1](http://de.cesarcortijo.blogspot.pe/2015/05/800x600-v-bahaviorurldefaultvml.html?m=1)
- Dailyreporter (2006) Recuperado de <https://dailyreporter.com/2006/03/06/watch-your-back-charges/>
- Diario Gestión (2017) ¿Cuáles son los retos del sector construcción para el próximo año? (2017). Recuperado de <https://gestion.pe/panelg/cuales-son-retos-sector-construccion-proximos-anos-2205513>
- [Díaz, J. \(2010\) El contrato de ejecución de obra pública y su distinción con el contrato de servicios de consultoría de obra. Actualidad Jurídica 202, Gaceta Jurídica.](#)
- [Franco, E. \(2015\) Arbitraje de Construcción: aspectos principales de las distintas modalidades de contratos de construcción. Young Arbitration Review. Edición 2.](#)
- [Ghestin, J. \(2015\) La fuerza obligatoria del contrato. Ius Et Veritas 50.](#)
- Gogarty, P. (2016) Contra Charges. Recuperado de <https://www.driver-group.com/europe/news/contra-charges>
- Hill, C (2015) Termination, Warranty Claims and Back Charges. Recuperado de <https://constructionlawva.com/termination-warranty-claims-back-charges/>

- Jones, D. (2014) Navegando a través de los sistemas de entrega de proyectos: alternativas y factores a considerer en la asignación de los riesgos en proyectos de construcción. Sociedad de Derecho de la Construcción.
- Morón U, Juan Carlos. (2016) La Contratación Estatal. Gaceta Jurídica.
- Northcote, C. (2011). Elementos característicos del contrato de obra. Actualidad Empresarial.
- Olson, L., y MACKAY J. (2018) Refresher On Extras And Back Charges: Impact Painting Ltd v Man-Shield (Alta) Construction Inc. Recuperado de <http://vlex.com/vid/refresher-on-extras-and-703937685>
- Osterling, F. (1967). ¿Cómo opera la compensación en el derecho civil comparado?. Themis Revista de Derecho. Primera Época, Año 3, N° 5.
- Osterling, F y Castillo F, Mario. (2005) Tratado de las obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Osterling, F y Castillo F, Mario (2013). Principales Aspectos de la Compensación. Revista Iures Omnes, 2013.
- Palomino, J., y Hennings, J., y Echevarría, V. (2017). Análisis macroeconómico del sector construcción en el Perú. Quipukamayoc. Vol. 25, N° 47.
- Paredes, G. y Gray J. (2008) Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción. Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo. Año 3, Número 4.
- Pino, A. (2014). Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. Revista Chilena de Derecho Privado N° 22.
- Podetti, H. (2004). Contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Prado, A. (2014). El contrato General de Construcción y en Especial la Modalidad EPC y sus Principales Características. Revista Chilena de Derecho. Vol. 41, N° 2.
- Radovic, M. (2011). Dispute Resolution Boards: Prevención y Resolución Experta de Conflictos en la Industria de la Construcción. Revista de Derecho Administrativo N° 5.
- Revoredo, D (1985). Código civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo VI. Okura. Lima.
- Stark & Stark Attorneys At Law. *Documenting back charges in construction projects*. Recuperado de <https://www.njlawblog.com/2013/05/articles/litigation/documenting-back-charges-in-construction-projects/>
- [Tovar, M. y Ferrero, V \(2013\). Código Civil Comentado. Contratos Nominados Tomo IX. Lima.](#)

Vásquez, W. (2017) Los Contratos de Construcción. La Figura del Contratista y su Relación con el Riesgo. Revista de Actualidad Mercantil. N° 5.

Wilkinson, A. (2018) Claims For Extra Work And Back Charges: A Tale Of Two Trades. Recuperado de <http://vlex.com/vid/claims-for-extra-work-702925865>.

