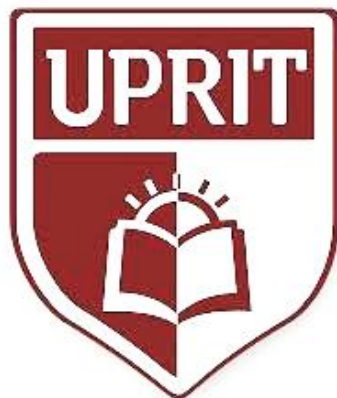


**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO**  
**CARRERA PROFESIONAL DE INGENIERIA CIVIL**



**“DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL ENTRE EL COMITENTE Y  
EL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE OBRA DE  
CONSTRUCCIÓN, LIMA. 2014-2018”.**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA  
OPTAR EL GRADO DE BACHILLER**

**AUTOR:**

CACHAY PUITIZA, FRANKLYN RENÉ  
CHAVEZ MENACHO, MARCO ANTONIO

**TRUJILLO - PERU**

**2020**



---

## **PÁGINA DE JURADO**

---

**Ing. Enrique Durand Bazán**  
**PRESIDENTE**

---

**Ing. Guido Marín Cubas**  
**SECRETARIO**

## INDICE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
ABSTRACT .....	5
I. INTRODUCCION.....	6
1.1. Realidad Problemática.....	7
1.2. Formulación del problema.....	11
1.3. Justificación.....	12
1.4. Objetivos .....	13
1.4.1. Objetivos Generales.....	13
1.4.2. Objetivo Especifico.....	14
1.5. Antecedentes .....	14
1.6. Bases teóricas.....	18
1.7. Definición de Variables .....	26
1.8. Formulación de la Hipótesis.....	27
II. MATERIALES Y METODOLOGIA.....	28
2.1. Materiales de Estudio .....	28
2.1.1. Población .....	28
2.1.2. Muestra .....	28
2.2. Técnicas, Procedimientos E Instrumentos.....	28
2.2.1. Para Recolectar Datos.....	28
2.2.2. Para Procesar Datos.....	29
2.3. Operacionalización de variables .....	30
III. RESULTADOS Y DISCUSION.....	31
IV. PROPUESTA DE APLICACIÓN PROFESIONAL.....	32
La locación de servicios.....	32
EL CONTRATO DE OBRA.....	36
EL CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN.....	41
2.2.5 Ámbitos de aplicación del contrato de obra en el Perú, en el sector Público y Privado.....	51
DERECHO COMPARADO.....	59
JURISPRUDENCIA RELEVANTE.....	61
V. CONCLUSION .....	64
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....	65



## RESUMEN

Nuestra investigación es importante porque propone una lectura actualizada de los casos genuinos en el desequilibrio contractual existente en la negociación, suscripción y ejecución de los contratos de construcción, y la búsqueda de propuestas de mejora legislativa que van a permitir que el equilibrio contractual pase de ser de un mito a una realidad. Esto conllevará inmediatamente a que la situación de los proyectos de construcción se vea menos conflictiva en el corto, mediano y largo plazo. Solo irán a Arbitraje así asuntos que realmente constituyen un conflicto entre las partes y no como es hoy en día, que cualquier situación de abuso se tiene que ver sometida a esta etapa de solución de conflictos conforme al método hetero-compositivo que se haya previsto entre las partes.

### Palabras claves:

- Legislativa
- Conflictiva
- Compositivo
- Genuinos

## ABSTRACT

Our research is important because it proposes an updated reading of the genuine cases in the existing contractual imbalance in the negotiation, subscription and execution of construction contracts, and the search for legislative improvement proposals that will allow the contractual balance to go from being from a myth to a reality. This will immediately lead to the situation of construction projects being less conflictive in the short, medium and long term. Only matters that really constitute a conflict between the parties will go to Arbitration and not as it is today, that any situation of abuse has to be subjected to this stage of conflict resolution according to the hetero-compositional method that has been foreseen between the parts.

Keywords:

- Legislative
- Conflictive
- Compositive
- Genuine

## I. INTRODUCCION

Afirmamos que hay una lesiva practica que se tiene instaurada por parte de los comitentes, quien en muchas ocasiones aprovechándose de la necesidad de trabajo y de la legislación restrictiva y obsoleta que se tiene sobre contratos de obra de construcción, abusan del contratista, imponiéndole contratos de obra de construcción que a todas luces serian lesivos en cualquier otra situación de relación contractual.

Como advierte Franco (2013) “En un contrato de obra, en el inicio del contrato no se presentan contrariedades, es en la etapa final, donde se advierte tensiones que prácticamente son inevitables. El comitente observara y estará atento a cualquier defecto o falencia que identifique, dichos defectos pueden ser nimio o de gran magnitud, y por otro lado el comitente y el contratista no quedara conforme, y lo expresara más adelante” (p, 80).

Como vemos es una problemática ya conocida, que ocurre comúnmente en la esfera de los contratos de construcción, con diferentes criterios jurisdiccionales y jurisprudenciales, pero que no se vislumbra una solución inmediata, manteniéndose la constante de perjuicio, a una de las partes del contrato. Esta realidad no se condice tampoco como lo señalado por nuestra constitución, que tutela la libertad contractual. Se desprende de esta tutela que “la libertad de contratar o contratación, que según nuestra carta magna es un derecho fundamental inserta en la parte primigenia de dicho artículo se habla del contrato con fines licitas, estos dentro de la licitud que otorga la ley” (Rubio. 1999. p, 283).

## 1.1. Realidad Problemática

Uno de los contratos más trascendentales y relevantes en la actualidad, como es el *contrato de obra de construcción*, trascendental, porque nuestro país vive actualmente el “boom de las construcciones”, es así que esta actividad, es una de las más importantes porque constituye uno de los principales agentes dinámicos de trabajo y crecimiento del país, es conocido que alrededor de dicho fenómeno se van a generar diversas actividades, que van a incidir en cambios nuestra actual situación económica. A su vez, es relevante, porque dicho contrato en su esfera tiene diversos actores (contratistas, comitentes, supervisores, sub contratistas, transportistas, certificadores, entidades regulatorias), con derechos y obligaciones diseñadas para que la obra quede terminada acorde a las estipulaciones pactadas, en el plazo, costo, calidad y seguridad.

Como nos dice Arribasplata (2016) sobre el sector construcción: “En estas últimas décadas, se ha convertido en el sector más activo de nuestra economía, recepciona las grandes sinergias corporativas, está a la vanguardia de la esfera industrial de nuestro país” (p, 10) El sector construcción que dentro de su ámbito tiene infraestructura privada y pública, esta última con una legislación especial, pero que también utiliza los parámetros del derecho sustantivo civil, no ha detenido su crecimiento a pesar de la crisis económica, los eventos políticos y los desastres naturales.

La actividad de la construcción, a diferencia de las otras actividades, es un fenómeno que se mantiene dinámico y que aporta un positivo porcentaje a nuestro PBI, que genera mano de obra, esto es trabajo e ingresos que van a dinamizar la economía del país. Esta actividad tiene un soporte jurídico fundamental como es “el contrato de obra de construcción”, dicha figura contractual, no se condice con la importancia de la relación jurídica de las partes que intervienen, esto es entre los comitentes y el contratista.

El contrato, en todo el mundo es la base y el motor de todos los negocios y es el instrumento jurídico por excelencia, puesto se relaciona con las diversas finalidades de la vida económica, que se constituir en el instrumento jurídico que va viabilizar el tráfico jurídico.

El contrato entonces tiene una finalidad trascendental en la vida económica, pues va permitir el intercambio de bienes y servicios o de derechos y obligaciones entre sus vinculados y no vinculados.

El contrato de obra de construcción, es un contrato complejo y con características diversas, como nos dice Campos (2012) “Es un contrato altamente complejo, de ejecución prolongada y muchas veces redactado a “cuatro manos” entre abogados e ingenieros, no debe sorprender a nadie que muchas de los casos que se presentan no están previsto”(p,297). Esta complejidad tiene que ser tratada con mucho cuidado para que las partes intervinientes no sean objeto de algún tipo de perjuicio. Lamentablemente nuestro análisis sobre el tema advierte una serie de situaciones lesivas a una de las partes más débiles de esta relación lega, este es el contratista. Como señala Podetti (2004) “Estamos



ante un contrato de construcción cuando el constructor, se va comprometer a construir y una vez terminado entregar a la otra, al comitente, por medio de una organización de todo lo necesario una obra inmueble ya existente asumiendo los riesgos que se presente sobre todo en el ámbito técnico, sin subordinación jurídica y la otra parte pagarle por un precio determinado o determinable” (p, 51). Estamos entonces a un profesional de la construcción, que va desplegar su conocimiento para el cumplimiento de un objetivo: la obra de construcción.

Nuestro código, en forma independiente lo denomina “contrato de obra”, lo trata en el título IX, con el título de una prestación, junto con la locación de “servicios”, y otras relaciones contractuales como el secuestro, el depósito y el mandato, precedido por una serie de disposiciones generales aplicables a todos los contratos involucrados. El Código de Bolivia también lo ha independizado del contrato de arrendamiento y lo trata como “contrato de obra”. Los Códigos de México y Venezuela le han conferido autonomía, lo denominan “contrato de obra” y concentran sus normas en el tratamiento del contrato de construcción. El Código venezolano ha recogido alguna huella del viejo criterio romano, al referirse al contrato, en su art. 1640, como “el contrato del arrendamiento de obras”.

Ahora en el ámbito de este contrato de obra de construcción, observamos una desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista, afirmación que hacemos después de hacer una lectura personal, análisis de la legislación, revisión de la literatura especializada sobre este tipo de contrato, donde observamos serias falencias en todo el contexto de dicho

instrumento legal, nos referimos a la etapa de negociación, suscripción y ejecución de los contratos, y lo más destacable, es que una de las partes que intervienen y que debe tener toda la tutela jurídica es perjudicada.

Sobre el contrato de obra nuestro derecho sustantivo, precisa en el artículo 1771°: "Es el contrato por el cual el contratista está obligado hacer una obra, y la otra parte denominada comitente que pague una retribución". La parte que se obliga a realizar la obra, se llama contratista, también conocido como "constructor", "ejecutante". La parte que tiene la obligación de pagar una retribución por la obra, es el comitente, también conocido como "cliente"; "propietario". Por eso es que a este contrato también se llama contrato de empresa.

Se desprende entonces que las partes se relacionan contractualmente para una ejecución que tiene que tener autonomía propia dentro de la dinámica de una organización de empresa, por lo que es factible que en estos contratos se realicen funciones permanentes de la actividad de la empresa, obviamente ello desnaturalizaría el contrato de obra de construcción. Nuestro código civil no explica qué es obra. Tampoco le corresponde dar definiciones, pero debe entenderse por obra el resultado final del trabajo sea este intelectual o material.

Esta problemática actual, que se viene presentando, y que ha sido el calvario de los contratistas en los últimos años, genera que se incoen demandas y procesos judiciales y arbitrales, según corresponda a cada caso, que como sabemos ingresan a una esfera de solución de controversias, con tiempo perdido para los agentes económicos que se vincularon con un objetivo único, ejecutar una obra de construcción,

desnaturalizándose su objetivo y empañetados en un tema de conflicto, lo que en la mayoría de los casos demanda para las partes un altísimo costo económico.

## 1.2. Formulación del problema

### Pregunta General

P.G. ¿Cómo se relaciona el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018?

### Preguntas Específicas

P.E.1. ¿Cuáles son los tipos de contrato de construcción que existe según el monto, objeto, cliente, forma de pago?

P.E.2. ¿Cómo se relaciona la configuración legal del contrato de obra y el estado de indefección del contratista?

P.E.3. ¿Cómo se relaciona la configuración del contrato de obra y la falta opciones para detener los excesos del comitente?

P.E.4. ¿Cuáles son las cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción para garantizar un equilibrio contractual?

### 1.3. Justificación

#### **Teórica.**

La presente tesis es una investigación que tendrá como fuentes directas un marco teórico en donde se aborde el análisis de negociación, suscripción y ejecución, del contrato de obra de construcción, en la esfera la actividad privada. Este tipo de contratos que son utilizados para los proyectos de construcción en el Perú regula las relaciones que se generan al interno entre partes como son: comitente y contratista.

#### **Metodológica.**

Nuestra investigación se justifica metodológicamente porque indaga mediante métodos científicos, situaciones que pueden ser investigadas por el método científico esto es una nueva lectura del contrato de obra de construcción, en la esfera la actividad privada, cuyo resultado podrá ser utilizado en otras tesis o investigaciones.

#### **Práctica.**

La Línea de Investigación aborda el contrato de obra de construcción, en la esfera la actividad privada a la luz de la experiencia comparado y los nuevos criterios respecto a la posición de cada uno de los sujetos intervinientes.

Tendrá la siguiente delimitación:

### **Espacial.**

Nuestra investigación se realizara en el departamento de Lima, donde se ubicara casos se han presentado sobre nuestra problemática.

### **Temporal.**

El periodo de investigación es actual, quiere decir los casos que se han presentado en los últimos especialmente desde los años 2014- 2018

### **Temática.**

Nuestra temática pertenece a la esfera del derecho civil, cuya unidad de análisis son los casos donde se han presentado las variables de nuestra problemática.

### **Social.**

Los beneficiados son toda la sociedad, y especialmente poner en orden y solucionar los problemas que se presentan por el desequilibrio contractual existente en la negociación, suscripción y ejecución de los contratos de construcción.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. Objetivos Generales**

O.P. Describir el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018.

### 1.4.2. Objetivo Especifico

- O.E.1. Identificar los tipos de contrato de construcción que existe según el monto, objeto, cliente, forma de pago.
- O.E.2. Analizar cómo se relaciona la configuración legal del contrato de obra y el estado de indefección del contratista.
- O.E.3. Evaluar cómo se relaciona la configuración del contrato de obra y la falta opciones para detener los excesos del comitente.
- O.E.4. Proponer cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción para garantizar un equilibrio contractual.

### 1.5. Antecedentes

#### Internacionales

Mosquera (2013) en la tesis titulada: “*Costo de construcción de obras públicas con el caso práctico: construcción de 3 Upc´S en la provincia del oro*” Cuenca. Ecuador. Tesis que concluye: 1. La trascendencia que tiene la actividad del sector de la construcción en el ámbito económico es

debida tanto a los elevados volúmenes de inversiones necesarias para su ejecución, que le dan protagonismo específico dentro de una economía, como a su gran variedad en el tipo de productos ofertados y su papel social y económico. Estos abarcan desde las viviendas hasta las instalaciones para servicios fundamentales en el desarrollo de la sociedad, como hospitales o universidades. 2. Pasando por grandes vías de transporte, instalaciones relaciones con ella, autopista, puentes, y en general, obras de gran magnitud. Todo ello conlleva una adecuada gestión de los contratos y obliga a una adaptación de la información requerida a tal fin, lo que implica peculiaridades contables dignas de un riguroso análisis, tal como se ha pretendido efectuar en esta tesis. En particular, uno de las actuaciones importantes, no sólo por lo que afecta a la propia empresa constructora, sino también por las implicaciones exteriores que ello conlleva es el establecer el resultado, beneficio o pérdida al fin de año coincidente con el ejercicio económico, y el cumplimiento de la Normativa Legal.

Jiménez (2003) *Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias*. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales. Departamento de Ingeniería de Construcción y Fabricación. Tesis que concluye: 1. La posibilidad de que la Administración modifique la obra según las exigencias que se van presentando parece connatural a los contratos de obras, por su larga duración, complejidad y variabilidad de sus

condicionantes, que hace difícilmente determinable a priori el objeto del contrato. Estos factores de complejidad, larga duración del proceso desde que surge la necesidad de ejecutar la obra hasta que se completa y variabilidad de los condicionantes que afectan a la construcción hacen que los contratos de obras alberguen un riesgo que escapa a la capacidad de gestión del constructor, a pesar de ser éste el agente que mejor puede controlarlo. 2. Si un determinado agente responde del resultado de una variable controlable por él, será sobre quien deba recaer el riesgo de esta variable, y tendrá un mayor incentivo por ser eficiente. Así, una empresa constructora es incapaz de conocer de manera exacta, antes de empezar la obra, el coste final de dicha obra; sin embargo, el grado de organización y de eficiencia que desarrolle tendrá una influencia básica, si la obra no se encuentra sometida a importantes incertidumbres (por ejemplo) de tipo geológico o climático, en su coste final. 3. Si el constructor asume sobre sus espaldas todo el riesgo de la construcción, está cargando con riesgos que puede controlar y con otros sobre los que no tiene capacidad de actuación. Lo más razonable sería que asumiera únicamente los riesgos que pudiera controlar ya que, de lo contrario, se vería obligado a asumir una incertidumbre que le podría llevar a perder y a quebrar, habiendo desarrollado una gestión muy buena. Sin embargo, por suerte, lo común es que una determinada empresa posea una cierta cartera de negocios que permita compensar los malos resultados de unos con los buenos resultados de otros diluyendo en su cartera el riesgo de cada uno. Por esto las compañías de mayor tamaño son capaces de asumir riesgos



mayores, mientras que las compañías más pequeñas serán mucho más sensibles a los factores que no controlan por sí mismas.

## Nacionales

Sologuren (2017) en la tesis titulada: *La desnaturalización de los contratos a suma alzada en la ley de contrataciones del estado en el caso de obras*” Lima. PUPC. Investigación que concluye: 1. El sistema de suma alzada solo aplica para aquello que está debidamente determinado (definido). Si se pretende ejecutar algo que no se encuentra en la documentación técnica entregada, esto no es parte del contrato de suma alzada y por tanto se convierte en una obra nueva. La sola deficiencia y omisión (ausencia total) en un expediente técnico determina per se la inaplicabilidad de la suma alzada. Aun cuando esta omisión puede incluso deberse por vicios ocultos o factores no imputables al proyectista. 2. Como consecuencia de la desnaturalización del contrato a suma alzada se debe reconocer y pagar a favor del contratista lo que realmente deba ser ejecutado y sea necesario para culminar con la ejecución de la obra, en base a precios unitarios, lo que en la práctica configuraría un esquema mixto de contratación. El reconocimiento de la desnaturalización de la suma alzada conllevará al reforzamiento del principio del equilibrio financiero del contrato y permitirá alcanzar una armonía en la contratación pública.

Echevarría (2013) en la tesis titulada: *“Asegurando el valor en proyectos de construcción: una guía estratégica para la selección y contratación del*

*equipo del proyecto*”. Lima PUPC. Tesis que concluye: 1. La elección del Tipo de Contrato debe ser realizada por el cliente luego de haber considerado a las partes involucradas en el proyecto (el equipo del proyecto), los recursos que posee para su manejo y el de los contratos, los objetivos del proyecto y los recursos y habilidades que se requieren para alcanzarlos, el tiempo que tardará la ejecución y la adecuada distribución de riesgos, obligaciones y responsabilidades entre las partes. De no tomar en cuenta lo anteriormente señalado, se corre el riesgo de hacer una elección desacertada, que le impida alcanzar la máxima retribución a su inversión al arriesgar el éxito del proyecto en términos del diseño y la construcción. 2. La Identificación y estudio de las Necesidades y Prioridades del proyecto permite reconocer aquellos factores preponderantes y su posible incidencia en el desarrollo del proyecto. En este sentido, se demuestra la importancia del proceso de Definición del proyecto planteado por el tesista José A. Miranda en “Asegurando el Valor en Proyectos de Construcción: Un Estudio de Técnicas y Herramientas usadas en las Etapas de Concepción y Planeamiento” (PUCP 2006, p.74). Asimismo se establece que la implementación de los Checklists propuestos en esta tesis constituye una herramienta vital para lograr una definición clara de parte del cliente.

## **1.6. Bases teóricas**

### **Importancia de las estructuras históricas**

Son construcciones que podemos ver en casi todos los países y ciudades. Elementos y símbolos tangibles, importantes de la historia de un pueblo, donde queda la huella de la serie de eventos que constituyen las memorias del nacimiento de una sociedad, que sobreviven en medio del ambiente urbano y las construcciones modernas. Esto las convierte en un gran atractivo turístico para los visitantes, un símbolo característico de cultura para el lugar y en un nuevo foco de atención para el mercado y la economía.

Dependiendo del lugar en donde se encuentren, las construcciones históricas están conformadas por distintos materiales, distinta forma de edificación y distinta configuración. Esto hace única a cada una de ellas y es por eso que su estudio requiere de una gran minuciosidad, no se puede hacer en masa, ya que cada una reacciona diferente frente a las cargas dinámicas y eventos sísmicos (Sánchez, 2013).

Todos estos edificios históricos, en el paso del tiempo, han afrontado los agentes agresivos del medio ambiente (polución, asentamientos del suelo, vibraciones por tráfico, etc.) y los eventos sísmicos. Para encontrar maneras eficaces de protegerlos y hacerlos seguros para su uso, muchos países, han comenzado, desde hace unos años, a investigar en las áreas de inspección, pruebas no destructivas, monitoreo y análisis estructural de las construcciones históricas. Europa lleva la delantera, ya que ha desarrollado una preciada experiencia en conservación y restauración, con grandes inversiones en este campo.

## **Materiales utilizados en monumentos históricos**

Piedra, adobe, morteros madera y otros

## **Sistema estructural en monumentos históricos**

Sistema estructural del adobe

Sistema estructural de la madera, entre otros.

## **Elementos estructurales básicos de los monumentos históricos**

Cimentación, muros techos, mampostería, otros.

## **Evaluación y diagnóstico de un monumento histórico**

Para una propuesta de restauración estructural de un monumento histórico, es necesario un diagnóstico del edificio para tener un conocimiento completo y detallado de su situación actual. Pero, en pocas ocasiones se puede contar con documentación o antecedentes de los monumentos históricos por sus fechas de construcciones, que son remotas y se ha perdido información parcial o total. Por ejemplo, fecha de construcción y planos ó intervenciones (reconstrucciones o reparaciones) hechas. Por ello, siempre es necesario realizar una serie de estudios de campo preliminares, para obtener los datos actuales con la finalidad de evaluar la seguridad estructural, el grado en que se encuentra actualmente el monumento y riesgo que puede representar.

Con la finalidad de evaluar la su seguridad estructural de la construcción, se toma en cuenta la edad y el tiempo total en el que fue construida, para

cuando se haya realizado en tiempos generalmente largos, y con frecuentes y prolongadas interrupciones. Esto conduce a diferencias no sólo de estilos y formas, sino de soluciones estructurales y de materiales. Además, a lo largo de los años o siglos, estos edificios han sido sometidos posiblemente a reparaciones o a modificaciones que puedan haber alterado su buen funcionamiento estructural y su estabilidad. Según (Caballero & Samayoa, 2010).

El diagnóstico toma en cuenta el registro de los daños, sus orígenes o causas que lo han producido, los materiales constructivos utilizados y su deterioro actual, respecto a la estabilidad estructural del inmueble. A través de observaciones directas, descripciones de las comprobaciones preliminares y datos previos que se asocian en observación, se estimará lo siguiente:

- Condiciones físicas del inmueble en base al registro de daños y hacer un estudio histórico para tener una concepción estructural original y la forma en que ésta fue llevada a la práctica, y cómo fue o ha sido modificada a lo largo de los años, edad cronológica.
- Condiciones actuales de deterioro de los materiales y elementos estructurales que presenta el edificio, gradualmente calificados.

- Estudio analítico del sistema o cada elemento principal, respecto a solicitaciones que actúan sobre la estructura y la capacidad de esta para resistirlas, así mismo cómo históricamente una respuesta dando aplicación del análisis estructural y el comportamiento estructural.
- Seguridad actual del edificio identificando la estabilidad del sistema estructural y la de cada elemento componente.
- Caracterización estructural del edificio.

### **Análisis estructural**

- Tipos de análisis
- Métodos de análisis
- Modelado del comportamiento mecánico de la mampostería
- Programa empleado

Seguridad sísmica

Reforzamiento estructural en muros de adobe

Reforzamiento estructural en madera

## Antecedentes históricos

Es relevante conocer la evolución y su posición en el derecho civil de este trascendental contrato. Hay que destacar que es un contrato regulado ya desde tiempos antiguos en el derecho romano. Tenemos la denominada *Locatio Conductio*, donde una de las partes llamado *locator*, era la persona de “dirigir” o llevar la “conducción” de la obra.

Caban (2013:81) señala sobre el vínculo contractual, objeto de estudio, en el derecho romano:

En el Derecho Romano el contrato de obra; se concebía como uno de carácter consensual mediante el cual una parte, *locator* o arrendador, ponía objetos de su propiedad, por ejemplo: terreno o materiales, a disposición de otra parte, llamada conductor o arrendatario, la cual se comprometía a producir un resultado, fuera construir una cosa o fabricar una joya, al aplicar su trabajo a los materiales suministrados. A cambio de lo anterior, el *locator* o arrendador pagaba un precio a la otra parte.

Dicho contrato, estaba presente en el fuero juzgo español, regulación que llegó al continente americano en el siglo XVI, con la denominada “legislación de indias”, dicha normatividad que tuvo su génesis en el derecho romano, se fusionó en España con las normas legales rectoras del imperio visigodo y formó el derecho castellano, fue en el siglo XVI, llevada a las colonias españolas, hubo un gran choque entre el derecho positivo que implantaba la legislación española y los valores preceptos de índole consuetudinario que imperaba en las sociedades prehispánicas sobre todo en la peruana, hay que destacar que en el ámbito contractual,

no se realizó ningún cambio o se adoptó algunas especificaciones respecto a la costumbre, se respetó el contenido normativo que venía de España sobre todo respecto a nuestro contrato objeto de estudio y de allí lo encontramos en todos los códigos civiles americanos.

Respecto a la naturaleza jurídica, en el antiguo Derecho romano e hispánico era considerado como de arrendamiento cuando el propietario daba la materia para llevar a cabo la obra y como de venta si la misma era aportada por el ejecutante; división que algunos cuerpos modernos de legislación aceptan. "Renombrados tratadistas franceses como Durantón y Duvergier se inclinan por la tesis de la locación, sin conceder importancia al hecho que el trabajador ponga o no la materia" (Podetti.2004.p, 52). Nuestra posición obviamente se aleja de considerarlo como un contrato de arrendamiento.

Siguiendo al mismo Podetti (2004) "Aubry y Rau sostienen que es de carácter mixto, según sea la etapa que se tome como punto de referencia; así refieren que es arrendamiento en tanto la obra no 'haya sido recibida y venta mediando la entrega; otros autores adoptan una tercera posición extrema al excluir el aspecto referente al arrendamiento declarando tratarse de contrato de compra-venta y algunos lo consideran como compra-venta de cosa futura, olvidando considerar sin razón atendible todo lo concerniente a los actos de pre entrega" (p,53).

Para Cuadros (1990) muchos teóricos encontraron dificultad en hacer una diferencia entre el vínculo contractual de servicios y el contrato de obra, cuando era contrato de arrendamiento. Pero la distinción es ahora



sumamente sencilla, cuando nos alejamos del contrato de locación-conducción.

En la antigüedad sobre las instituciones contractuales, los romanos habían reunido, bajo el género locatio, el alquiler de cosas y el de hombres, ya fuere en este último caso el aprovechamiento temporario de los servicios de los hombres “locados” o la promesa de que realizaren una obra, bajo la dirección y responsabilidad del locador. Como enseña Gamarra (1995), siguiendo a Carnelutti, el derecho romano no concebía la energía o la actividad generada por el hombre como algo distinto del hombre, por lo que el hombre mismo era el objeto del contrato (p, 249). Esos conceptos jurídicos injustificables y fundados en la existencia de la esclavitud han llegado a nuestros días, aunque no sin la condena de la doctrina jurídica. No caben dudas de que no hay parentesco jurídico entre la locación de cosas y los denominados contratos de relación laboral, de servicios y de obra, ya que estos últimos involucran el trabajo de modo directo” (Podetti.2004.p, 54),

El próximo hito significativo a alcanzar en el lento y largo camino de la dignificación humana es la exclusión total y definitiva del concepto del trabajo como “mercancía”, como algo que se vence y se compra en el mercado del mismo modo que una cosa, como algo sujeto en su valor a la oferta y la demanda. Como señala Spota (1975) “el gran principio de las constituciones modernas es sostener que el trabajo no es una mercancía” (p. 80, nota 68).

En la actualidad esto es, todavía, sólo una declaración por lo que tienen un objeto que no guarda vinculación alguna con el de la locación de cosas y, además, porque, implicando al trabajo, gozan de una dignidad particular que exige diferenciarlos. Ahora revisando la doctrina y la legislación que emite la iglesia, basada en la doctrina social sobre un instrumento fundamental donde se desenvuelve las instituciones que estamos comentando. “La relación laboral va significar todo accionar realizada por el ser humano, esto va significar todo accionar donde la persona realiza diversas actividades” (“Encíclicas de Juan Pablo II”, 1981p. 193 y 194)

Como se desprende del estudio de nuestro marco histórico esta institución contractual contiene diversas aristas e involucra diversas disciplinas jurídicas y que hoy en día sería sujetos de diversas investigaciones, porque incurre en las esferas del derecho laboral, corporativo entre otros derechos que se relacionan, debiendo tener una normativa transparente, con criterios objetivos en nuestro derecho sustantivo, la evolución del contrato de obra, nos da muchos criterios que debemos tomar en cuenta.

## **1.7. Definición de Variables**

### **Variable Única**

Posición de desequilibrio del Comitente

## 1.8. Formulación de la Hipótesis

### **Hipótesis principal.**

H.P. Existe una relación significativa entre el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018.

### **Hipótesis secundarias.**

H.E.1. Los tipos de contrato de construcción se pueden categorizar en función de dos criterios: (1) manejo de costos y riesgos y (2) alcance, que existe según el monto, objeto, cliente, forma de pago.

H.E.2. La configuración legal del contrato de obra se relaciona significativamente con el estado de indefección del contratista.

H.E.3. La configuración del contrato de obra se relaciona significativamente con la falta opciones para detener los excesos del comitente.

H.E.4. La búsqueda de un equilibrio contractual entre las partes deben estar precisadas en las cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción para garantizar un equilibrio contractual.

## II. MATERIALES Y METODOLOGIA

### 2.1. Materiales de Estudio

#### 2.1.1. Población

Según Hernández, Fernández y Baptista (2010: 235), “la población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (....) Las poblaciones deben situarse claramente en torno a sus características de contenido, de lugar y en el tiempo”.

La población está constituida por los 100 operadores de la judicatura civil y abogados conocedores del tema.

#### 2.1.2. Muestra

Según Hernández, Fernández y Baptista (2010:235), “la muestra es, en esencia, un subgrupo de la población. Digamos que es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que llamamos población (...)

**Muestra:** censal

100 operadores de la judicatura civil y abogados conocedores del tema.

### 2.2. Técnicas, Procedimientos E Instrumentos.

#### 2.2.1. Para Recolectar Datos

**Técnicas.** Se utilizara la **Encuestas:** que se va realizar a los conocedores de nuestra problemática como son los operadores de la judicatura civil y abogados conocedores del tema.

**Instrumentos.** Se utilizara el **cuestionario**, el cual nos permitirá medir el nivel de la percepción de los operadores de la judicatura civil y abogados concedores del tema.

### **Ficha Técnica de la encuesta.**

Nombre del Instrumento: Desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, Lima. 2014-2018.

Autor: Chunga Palacios

Año: 2018

Tipo de instrumento: Encuesta.

Objetivo: Evaluar la propuesta de nuestra investigación.

Población: 18 años a más.

Número de ítem: 10

Aplicación: Directa

Tiempo de administración: 15 minutos

Normas de aplicación: El ingeniero civil marcará en cada ítem de acuerdo lo que considere evaluado respecto lo observado.

Niveles o rango: Totalmente de acuerdo, De acuerdo, Indeciso, En desacuerdo, Totalmente en desacuerdo.

### **2.2.2. Para Procesar Datos**

Los datos primarios de entrada, que son evaluados y ordenados, para obtener información útil, que luego serán analizados por el

usuario final, para que pueda tomar las decisiones o realizar las acciones que estime conveniente.

Se analizaran las respuestas de nuestras interrogantes a través de cuadros estadísticos.

Se analizaran y sintetizaran las entrevistas.

### 2.3. Operacionalización de variables

#### OPERACIONALIZACIÓN DE LA VARIABLES

Hipótesis Definición Operacional	Variables	Definición conceptual
Existe una relación significativa entre el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018.	Comitente	El comitente o consignador es parte que interviene en la comisión mercantil, la cual desempeña el encargo o mandato.
	Contratista	Persona o empresa que es contratada por otra organización o particular para la construcción de un edificio, carretera, instalación o algún trabajo especial.

**Fuente:** Elaboración Propia.

### III. RESULTADOS Y DISCUSION

Otros consideran el contrato de servicios como una especie del contrato de obra. En esa orientación, el derecho sustantivo de Bolivia incluye la denominada “prestación de los servicios” en la esfera del contrato de locación de obra, en el inc. 2º de su art. 732.

El art. 732 del Cód. Civil boliviano, en la parte correspondiente al capítulo V, “Del contrato de obra”, dice. “I) Por esta relación contractual, el contratista asume personalmente bajo su tutela realizar las actividades laborales en contraprestación de un salario”.

Hay que destacar que el código boliviano a comparación del nuestro, trae una regulación específica y actualizada sobre el contrato de obra. Hacemos esta afirmación, porque dicho derecho sustantivo se ha puesto en todas las posiciones y eventualidades que tiene un complejo contrato de obra, otorga una protección equitativa a los intervinientes de dicha relación contractual, sobre todo no permite el desequilibrio contractual que si se observa en nuestra normativa civil.

#### IV. PROPUESTA DE APLICACIÓN PROFESIONAL

##### **La locación de servicios.**

Es la relación contractual, donde el denominado “locador” quien va asumir una prestación de hacer, es una relación jurídica obligatoria creada, donde se ha comprometido a un accionar que tiene como finalidad un servicio. La locación de servicios, regula la prestación de servicios donde un sujeto subordinado, llamado locador o prestador, quien a través un conocimiento de índole técnico, para lograr la satisfacción del interés del otro sujeto, esto es del acreedor. Este va valorar la calidad del servicio del prestador y locador.

Beltrán (2005) define al contrato de locación de servicios como “aquel contrato donde una persona promete realizar servicios y una contraparte cumple con el monto pecuniario pactado” (p, 326). Como se desprende del concepto del autor una persona se pone a disposición y con él su conocimiento o profesión a otra que la requiere por una determinada remuneración.

Alva (2010) respecto a las diferencias de ambos contratos, señala que la locación de servicios, este último tiene por objeto los servicios del servidor. En cambio contrato de obra tiene por objeto la obra resultante de los servicios. Se ha diferenciado claramente el contrato de servicios del (contrato de trabajo) establece una relación de dependencia, el contrato de servicios no establece ninguna dependencia del comitente. Aunque en la realidad como observaremos en los ejemplos que se da más adelante el comitente se comporta como un verdadero patrón despótico.



**TABLA Nº 1. Diferencias**

LOCACIÓN DE SERVICIOS	CONTRATO DE OBRA
Es esencialmente una obligación de medios.	Es en esencia una obligación de resultados.
La prestación del servicio no es tangible.	La prestación del servicio es tangible.
No existe obra a transferir.	Involucra una necesaria transferencia de propiedad de la obra.
No existe saneamiento por vicios ocultos.	Existe un saneamiento por vicios ocultos.
No genera Derechos de Autor.	Podría generar Derechos de Autor sobre la obra.

De acuerdo a Podetti (2004), “las normativas modernas, toman distancia de la estructura tradicional y han hecho un quiebre de la disciplina de la locación de obra, del tronco común al que estuvo tradicionalmente unido, para instaurar en un contrato autónomo y legislarla como tal” (p, 42). En la actualidad, este criterio es mayoritario.

Ahora llamar al contrato de construcción “contrato de empresa”, denominación originada en el Código Civil francés, es equívoco, porque, como destaca Wayar (2001), prácticamente la totalidad de los contratos comerciales son contratos de empresa” (p, 110). La palabra obra es imprecisa, porque refiere tanto las obras muebles como inmuebles y materiales como inmateriales (la pintura de un cuadro, la construcción de un puente o un vestido de novia). También nos parecen imprecisas o demasiado específicas otras denominaciones que se han propuesto o empleado, como las de “contrato de industria”, porque existen innumerables contratos merecedores de ese nombre; “contrato a precio alzado”, porque el “precio alzado” es sólo uno de los sistemas de determinación

del precio del contrato de construcción; “de ejecución de obra”, por incluir las diferentes especies de obra; “de arrendamiento de obra”, porque no hay arrendamiento de ninguna especie en el contrato de construcción.

Sobre el denominado contrato de edificación Podetti (2004:43), nos dice al respecto:

En cuanto a la denominación “contrato de edificación” que le diera Greca alternativamente a la de contrato de construcción, Poco más adelante señala: “denominaremos en adelante a esa forma de la locación ‘contrato de construcción’ o ‘contrato de edificación’” tiene, sin embargo, el inconveniente de que sólo refiere aquellos contratos que tienen como objeto un edificio o, a lo sumo, una obra civil, y excluye todos los restantes tipos de construcciones. Por ello nos parece más preciso llamarlo “contrato de construcción”, tal como lo han denominado Sánchez Fontáns, Lorenzetti y el citado art. 1957 del Código Civil ecuatoriano. La construcción es, indudablemente, la principal actividad involucrada en nuestro contrato.

Otros consideran el contrato de servicios como una especie del contrato de obra. En esa orientación, el derecho sustantivo de Bolivia incluye la denominada “prestación de los servicios” en la esfera del contrato de locación de obra, en el inc. 2º de su art. 732.

El art. 732 del Cód. Civil boliviano, en la parte correspondiente al capítulo V, “Del contrato de obra”, dice. “I) Por esta relación contractual, el contratista asume personalmente bajo su tutela realizar las actividades laborales en contraprestación de un salario”.

Hay que destacar que el código boliviano a comparación del nuestro, trae una regulación específica y actualizada sobre el contrato de obra. Hacemos esta afirmación, porque dicho derecho sustantivo se ha puesto en todas las posiciones y eventualidades que tiene un complejo contrato de obra, otorga una protección equitativa a los intervinientes de dicha relación contractual, sobre todo no permite el desequilibrio contractual que si se observa en nuestra normativa civil.

Si bien este criterio no es correcto, considerando el significado jurídico estricto de la palabra “servicios”, involucra dentro del contrato de construcción un grupo cada vez más importante de contratos, los contratos de operación y mantenimiento de obras de los más diversos tipos, comúnmente denominados “contratos de servicios”. Esta inclusión es correcta, por cuanto estos contratos involucran una sucesión de pequeñas o medianas intervenciones en establecimientos preexistentes, que constituyen verdaderos y completos contrato de construcción.

“Otros autores siguen la dirección inversa, incluyendo la locación de obra como una especie de la locación de servicios. “Puede decirse –señala Greca- que no hay locación de obra sin locación de servicios, pero... existen numerosas formas de servicios que se prestan sin que se configuren en una locación de obra” (Podetti.2004.p, 55).

Se trata de dos contratos nítidamente diferentes. Está claramente definido que el denominado contrato de servicios, donde se tiene que cumplir con un

determinado servicio o trabajo, que si bien tiene el objetivo de tener un resultado, este accionar es remunerable por el solo hecho de hacerlo.

Es cada vez más frecuente en este tipo de contratos vincular al menos parte de la retribución o remuneración a la obtención de resultados u objetivos preestablecidos. En los contratos de trabajo se denomina a esta parte de la retribución "remuneración variable", por oposición a la fija, que continúa solo ligada a la permanencia a disposición del empleador en un determinado horario. Sin embargo, el objetivo o resultado sólo constituye un modo de determinar parcialmente la remuneración y no la obligación del empleado o contratado, que continúa siendo la puesta a disposición de su empleador o contratante de su habilidad.

En otro contexto tenemos que el contrato de obra, que a diferencia del anterior, el salario solo se corresponde si se alcanza el objetivo tal como fue prometido. "El constructor pone toda su diligencia para alcanzar el objetivo, se debe adicionar que se debe responder por fidelidad de lo que entrega con respecto lo prometido". (Podetti.2004.p, 53)

## **EL CONTRATO DE OBRA.**

La evolución y el desarrollo tecnológico de las técnicas de ingeniería, han incidido que el contrato de obra, tengan un desarrollo más especializado, y se utilicen diversos materiales modernos y tecnología, revolucionando el contexto de este contrato y por ende las relaciones jurídicas. Respecto a nuestra legislación sobre el tema, esto es sobre la normatividad del contrato de obra,

sobre todo en la legislación peruano, encontramos serias falencias, desde nuestra lectura no está legislada de acuerdo a la verdadera naturaleza del contrato, la magnitud y los derechos que corresponde a cada una de las partes. Como señala Tovar (2015) "las normas que regulan el contrato de obra, son bastantes simples y la mayoría de ellas insuficientes para afrontar las complejidades del contrato, estamos ante una normatividad con un gran sesgo en las obras de construcción" (p, 183).

Urge una solución inmediata e imperativa al respecto, justamente estas falencias provoca que la parte más perjudicada o que crea que ha sido perjudicada incoe un proceso de naturaleza civil, esto es entrar a un vía crisis porque sabemos el alto costo social de un juicio, no solo en el ámbito económico sino económico y lo que es peor en base a una normatividad que tiene serias deficiencias. Hay que adicionar también que en relación al contrato de obra se han desarrollado diversos usos y prácticas profesionales, sobre todo en la esfera internacional, que no se encuentran regulado ni en nuestro derecho sustantivo ni la legislación especial.

Sobre los aspectos sustanciales de este contrato tenemos que Caban (2013) define al contrato de obra como "el contrato por el cual una persona que es denominada "contratista" e obliga a realizar o ejecutar un obra a favor de otra persona llamada comitente, a cambio de un precio cierto" (p, 12). Entonces en el contrato de obra, hay una obligación por parte de otra de transformar de un bien inmueble a cambio de una remuneración. Se trata de contrato bilateral oneroso. Interviene dos partes, ambas están seguras de la cantidad que pierden o ganan. Ambas partes no son neófitos en este tipo de contrato, tiene

que conocer o ser asesorados por los concedores de esta esfera, sobre todo en las grandes construcciones o las construcciones donde interviene el estado, en las contrataciones con el estado.

Son elementos de este contrato:

- A. Dos partes que pueden intervenir en el contrato por representante o apoderado.
- B. Una obra que puede ser material o intelectual. Es decir que el contrato no tiene por objeto los servicios, sino resultado de la actividad transformado que convierte el trabajo y los materiales en obra.
- C. Una remuneración de la obra que debe serlo en dinero. Es el pago correspondiente que puede pactarse diario, semanal, mensual, depende de las estipulaciones que lleguen ambas partes del contrato.

Nuestro derecho sustantivo pensando más bien en qué en el artículo 1771, dice: "Un parte se obliga a realizar una determinada obra y otra parte llamada comitente que pagara una retribución". "Es decir que da por establecida la relación jurídica entre el contratista y el comitente. Esta relación tiene un conector trascendental que es la prestación económica por el pago de obra" (Tovar.2005.p, 185).

Como señalamos al inicio entre las características de este contrato, podemos encontrar que es contrato bilateral, por constituirse entre dos personas: denominadas, la que hace la obra (contratista o empresario) y la que manda hacer la obra. (Comitente.) .

Es contrato conmutativo, porque de antemano se prevé está previsto o es previsible el monto de las prestaciones.

Es contrato sinalagmático, porque establece sendas prestaciones para las partes.

Es contrato oneroso. Obligación del contratista es realizar la obra en la que hay valores incorporados por el trabajo; obligación del comitente es pagar en dinero su precio.

La parte que se obliga a realizar a obra, se llama contratista o empresario. La parte que tiene la obligación de pagar una retribución por la obra, es el comitente. Por eso es que a este contrato también se llama contrato de empresa.

Nuestro código civil no explica qué es obra. Tampoco le corresponde dar definiciones, pero debe entenderse por obra el resultado final del trabajo sea este intelectual o material.

Sobre el plazo, nuestro Código nacional no hace mención a plazos máximos de duración (como sí lo hace para la relación contractual de la locacion). La duración del Contrato de Obra está supeditada a las necesidades y requerimientos de la obra a desarrollar, siendo ésta una de sus características esenciales.

Respecto al plazo, señala Cuadros (1990:93) manifiesta:

En sustancia este tipo de contrato puede estar atado a plazos convencionales o no, dependiendo del interés económico de los contratantes. Discrepamos de la posición del reconocido jurista colombiano, Valencia Zea , para quien el Contrato de Obra se caracteriza porque el contratista (empresario, de acuerdo a la legislación colombiana) se obliga a producir un resultado en forma aislada sin tener en cuenta el tiempo empleado. Estimamos que el Contrato de Obra puede configurarse sometiéndolo a un tiempo o plazo determinado, por ello no es ajeno que existan contratos en donde el contratista (empresario) se obliga a culminar la obra dentro de un plazo previamente acordado, careciendo de sentido señalar que en este tipo de contrato no es esencial el sometimiento a plazos fijos.

Como se desprende de lo manifestado por el autor en el caso del plazo hay flexibilidad, las partes se ponen de acuerdo al respecto, por la singularidad y características del contrato, ello no impide que las partes puedan llegar un plazo perentorio con las consecuencias que origin su incumplimiento. Un contrato de obra a diferencia de otros contratos tiene situaciones particulares que son ajenas a los que realizan la obra, por ello tendrá que demostrar para evitar posteriores acciones judiciales, las causas del hecho fortuito o material que impidió cumplir con el trabajo.



## EL CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN.

Se define contrato de construcción como aquel contrato en que una de las parte encarga a otro la construcción de una edificación en la esfera de un determinado inmueble, que está sujeto a un proyecto de índole arquitectónico, donde las estipulaciones fueron previamente definidas, pactándose con ello el pago de un precio cierto. Magallón (1987) señala que “en la locación de obras, por aplicación de los principios generales, el locatario estaba obligado cumplir con lo pactado y a falta de convención, acorde a los requisitos de la equidad y la buena fe” (,805). Agrega Podetti (2004) que respondía por su dolo, culpa o impericia y no por acciones fortuitas o casos de fuerza mayor; cesando su responsabilidad con la entrega de la obra al locador. También debía responder por los daños que causaren al locatario de los materiales que le hubiera suministrado por la construcción de la obra.

Para el sector de construcción cuando hablamos de contrato de obra de construcción, también se le puede denominar “contrato de obra inmobiliaria” o “contrato de construcción de edificios”, o también “contrato de construcción de edificios”. Como señala Podetti (2004) “Como se advierte, las modernas nociones del contrato de construcción, de *empreitada*, de empresa o de obra, según as diferentes denominaciones de nuestros código civiles, conservan los rasgos esenciales del contrato romano, aunque han recogido diversos aspectos derivados tanto de la reivindicación de la libertad y la dignidad humana, cuando de los adelantos tecnológicos” (p,53)

Habrá contrato de construcción entonces cuando uno de los actores que son parte de este contrato, se ha comprometido a realizar una construcción y al terminarlo hacer la entrega, donde el comitente utilizando los medios necesarios, asume el riesgo técnico o económico, salvo pacto en contrario, y sin subordinación jurídica y la otra parte a pagar a cambio de un determinado precio que ambas partes han concertado.

Habrá contrato de ingeniería o diseño cuando la obra prometida sea un proyecto de obra inmueble, que será contenido en archivos materiales de carácter simbólico o representativo, y tendrá como característica la de ser una obra inmaterial.

En este contrato las partes que intervienen se obligan a los siguientes presupuestos:

1. El llamado contratista se obliga mediante acuerdo con la otra parte, llamado contratante, a la ejecución de la obra acorde con el proyecto de índole arquitectónico.
2. El contratista de acuerdo a lo pactado entrega la obra de construcción en la fecha señalada, los plazos son perentorios, pero debido a la naturaleza de una obra de construcción que puede estar sujeto a eventualidades, pudiendo prorrogarse el contrato, esta flexibilidad deberá estar estipulada en el contrato.
3. El contratista verifica y comprueba rigurosamente cada una de las especificaciones, que han sido establecidas en las cláusulas del contrato,

así mismo será responsable de cualquier error en la ejecución del contrato de obra de construcción.

4. La garantía como institución que otorga mayor seguridad al cumplimiento del contrato. Sabemos cómo la garantía como mecanismo alternativo del cumplimiento de la obligación pactada se encuentra adecuadamente regulada en nuestro derecho sustantivo y demás normas de índole comercial .( Son el Fondo de Garantía, la Garantía de Fiel Cumplimiento, la Garantía de Obra, y demás garantías y fianzas otorgadas y/o entregadas por la Contratista en virtud de este Contrato.)
5. Dicha garantía se hace efectiva, por una de las partes, esto es por parte del contratante, apenas se verifique el incumplimiento del contratista, cualquiera fuere el caso o motivo podrá activar su garantía, sin necesidad de incoar un proceso civil.

Entre las **clases de contratos de construcción:**

### **CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE SUMA ALZADA.**

También conocido como contrato de obra por ajuste alzado, es el contrato por el cual las partes acuerdan realizar una obra de construcción a cambio de una prestación económica, se determina un monto por dicha actividad y que esta se realice en un determinado plazo, que también ha sido señalado por los intervinientes del contrato. Como señala Palacios (2015) “Se precisa un monto

tope en el cual se debe incluir todo aquello que se indica en el expediente técnico y sus bases" (p, 2). En este caso el contratista que es el especialista encargado, de efectuar una obra en construcción, pudiendo este ser total o parcial.

## **LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN.**

Este es un contrato especial, donde una de las partes llamado contratista va asumir de forma exclusiva el valor agregado que va corresponder a los servicios de la obra de construcción. Notas distintivas en este tipo de contrato es el profesionalismo y la experiencia de los profesionales o maestros, operarios que intervienen en el contrato de obra en construcción.

Sobre la entrega de la obra o la de producto es el objetivo perseguido por el comité, la razón por la que ha celebrado el contrato y, por ende, el comienzo – como pro-mesa- y el fin –como acto material- del contrato de construcción. De acuerdo a Wayar (2001) "El constructor se ha obligado a construir la obra, personalmente o por medio de terceros, y no sólo a poner los medios necesarios para ello, porque ha asumido una obligación de resultado. Su culminación es la entrega de la obra terminada, o de lo que la nación produce, al comitente" (p, 111). Como observamos en este tipo de contratos se puede delegar responsabilidades, obviamente asumiendo las consecuencias en caso de incumplimiento o alguna contrariedad de los subordinados.

## PRECIO UNITARIOS.

Nos encontramos ante un contrato de un metrado que es variable, pero que va tener precio unitario, es lo que señala Palacios (2015) “Este tipo de contrato va funcionar cuando no se tenga en la obra partidas muy complejas y las cantidades sean difíciles de estimar” (p, 3) En este caso nos referimos a las denominadas obras lineales, como el caso de las carreteras, donde muchas veces las condiciones del suelo, reconocidas no coinciden con el estudio de los suelos.

Como modelo de este tipo de contrato, que es el contrato que más usualmente se utiliza en nuestra realidad tenemos el contrato con Minera Ares, parte del grupo Rothschild Xining PLC:

Por el presente documento, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1771° y demás pertinentes del Código Civil, Ares contrata a la Contratista para que ésta se encargue de ejecutar la Obra de conformidad con el Alcance de la Obra descrito en el **Anexo 5**, el Cronograma adjunto como **Anexo 6**, las Especificaciones Técnicas y de Calidad detalladas en el **Anexo 7**, así como las Buenas Prácticas de la Industria, a satisfacción de Ares. Debiendo ser en todo caso Ares quien solvente a totalidad los gastos de comprobación o de peritaje para corroborar la entrega a satisfacción a la que se hace referencia. Por su parte, Ares se obliga a pagar a la Contratista la Retribución, de acuerdo a los Precios Unitarios establecidos en el **Anexo 8** y al procedimiento de Valorización establecido en este Contrato.

En ningún caso la Contratista podrá modificar las Especificaciones Técnicas y de Calidad, así como tampoco el tipo, naturaleza, componente y demás características de los insumos, productos, Equipos y demás recursos materiales y humanos utilizados, salvo que cuente con la autorización previa, expresa y por escrito de Ares. Por tanto, la contratista se exime de responsabilidad total y plena en lo que concierne al tipo, naturaleza, componente y demás características de los insumos, productos, Equipos y demás recursos materiales y humanos utilizados para la ejecución del proyecto. Incluso en el supuesto de que Ares haya aprobado una modificación, la Contratista se obliga a dejarla sin efecto de inmediato en caso que Ares le informe que ha habido insatisfacción respecto de dicha modificación.

Cualquier solicitud de modificación y/o de anulación de la modificación aprobada, debe de ser comunicada por Ares en un plazo no menor de (07) días calendarios a La Contratista, excepcionalmente este plazo delimitado podrá ser inferior, siempre que medie comunicación escrita por ambas partes de tal acuerdo.

Entonces tenemos que la organización empresarial o corporación se compromete a pagar a la Contratista la Retribución, de acuerdo a los Precios Unitarios establecidos en el **Anexo del contrato** y al procedimiento de Valorización establecido en este Contrato.

La modalidad de contratación prevista es la de Precios Unitarios, de acuerdo con los Precios detallados en el **Anexo correspondiente**. En este sentido, la empresa pagará a la Contratista una Retribución mensual de acuerdo a los avances reales ejecutados en el mes finalizado y los Precios Unitarios. La

Retribución Total Estimada asciende al monto pactado, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.

La Retribución Total Estimada incluye, de manera enunciativa pero no limitativa, los siguientes conceptos:

- Mano de obra calificada
- Equipos
- Suministros
- Movilización y desmovilización de Equipos
- Suministros y Colaboradores al Lugar de la Obra y, específicamente, a cada uno de los frentes de trabajo
- Alimentación y alojamiento de los Colaboradores; entregados a los Colaboradores; Seguros; y,
- Cualquier otro costo y/o gasto directo de la Contratista.

En el denominado contrato de Ares que hemos seleccionado podemos observar un desequilibrio entre las partes por lo siguiente:

- A.** La Contratista declara contar con todos los recursos materiales, económicos, logísticos y humanos capacitados requeridos para la óptima ejecución de la Obra, **así como con todas las autorizaciones, permisos y/o licencias exigidos por las Leyes Aplicables para la realización de sus actividades.**

En este caso se recomienda que las autorizaciones, permisos y/o licencias sean tramitados por el propietario. Este es un tema inherente a la propia minera.

B. La Contratista declara conocer y haber **inspeccionado** el Proyecto y, en especial, **los lugares de contrato de obra**. Igualmente, declara conocer las condiciones locales y geográficas (altitud, clima, distancia, entre otras), facilidades de transporte, estado de carreteras y accesos, disponibilidad de mano de obra e insumos adecuados, logística y, en general, todas aquellas condiciones que podrían influir en la ejecución de la Obra y su costo, todo lo cual ha sido considerado en la planificación de la misma y la estructura de costos para fijar [*los Precios Unitarios /la Retribución*]. En este sentido, no se aceptará una revisión de los Precios Unitarios o incremento basados en dichas consideraciones. Con relación al clima, la Contratista reconoce que prestará sus servicios también durante **Temporada de Lluvias** y que ha tenido en cuenta tal circunstancia para efectuar su Propuesta, por lo tanto, renuncia a efectuar reclamos relacionados con ineficiencias, paralizaciones o sobrecostos producto de lluvias, ya que se trata de eventos que suceden todos los años y, por ende, son previsibles.

Sobre lo que hemos subrayado como **inspeccionado**: La declaración de conocer y haber inspeccionado el Proyecto involucra un potencial riesgo en la calidad del suelo donde se va a ejecutar el proyecto.

Sobre los **lugares del contrato de obra**, se hacen las siguientes consultas internas:



- (1) ¿El propietario nos ha permitido el acceso al lugar donde se ejecutara el proyecto?
- (2) ¿El propietario cuenta con un análisis de suelo, ensayos de compactación, análisis granulométricos?

Sobre el factor tiempo esto es como el caso de **temporada de lluvias, en nuestro caso**. Riesgo identificado, advertido y traslado a IMECON por parte del propietario. Tenerlo presente.

C. El presente Contrato se celebra dentro del marco de la legislación vigente y las políticas aplicadas por Ares en sus Unidades Mineras y Proyectos, en particular las referidas a la Seguridad y Salud e Higiene en el Trabajo, así como el respeto al Medio Ambiente, bajo el principio de "tolerancia cero", en particular (sin que se restrinjan a ellas) a las Normas de SSH y MA detalladas en el **Anexo 2**. La Contratista reconoce la importancia de las Normas de SSH y MA y las consecuencias de su incumplimiento para la salud e integridad del personal que labora en las Unidades Mineras y Proyectos y la continuidad de las operaciones de Ares, por lo que declara que ejecutará la Obra de manera profesional y diligente, de **acuerdo con los más altos estándares y con estricta sujeción a las Normas de SSH y MA**

Se recomienda variar la redacción de los más altos estándares a las normas de SSH y MA dispuestas por el ordenamiento jurídico vigente.

Sobre la CLÁUSULA 13°: Fiscalización y Sanciones de la Autoridad Competente, encontramos lo siguiente:

1. En caso de una inspección y/o fiscalización por parte de una Autoridad Competente en los frentes de trabajo donde la Contratista ejecuta la Obra, la Contratista deberá brindar todas las facilidades a dichas autoridades para la realización de sus labores. Asimismo, deberá dar aviso inmediato al Representante de Ares sobre la presencia de una Autoridad Competente. Igualmente, la Contratista deberá contar en la(s) Unidad(es) Minera(s) con todos los documentos que usualmente son requeridos por la Autoridad Competente en materia de seguridad, medio ambiente, salud e higiene, de naturaleza tributaria, así como en materia laboral y beneficios sociales, incluida una copia de este Contrato.
2. Si cualquier Autoridad Competente inicia un procedimiento sancionador en contra de la Contratista y/o Ares (en forma solidaria o individual), relacionado con las actividades de la Contratista, todo descargo o recurso que vaya a presentar la Contratista deberá ser previamente coordinado con Ares con una anticipación no menor a cinco (5) Días de la fecha de vencimiento del plazo para su presentación.

**Los comentarios y/o sugerencias de Ares respecto del contenido o sustento del descargo o recurso, deberá podrán ser incorporados por la Contratista, bajo su cuenta y RESPONSABILIDAD.**

Los plazos de respuesta ante eventuales descargos o apelaciones son sumamente cortos. Ceñirnos a un plazo de coordinación de 05 días dificulta la elaboración del documento por parte de IMECON. Proponemos dos días como un plazo prudencial para tales efectos.

Respecto a la responsabilidad (resaltado con Mayúscula) IMECON debe de ejercer sus derechos de defensa de manera plena, sin restricciones y conforme a los actos que en efecto hayan podido constituir un procedimiento de investigación contra IMECON.

Se tendrá la mejor voluntad para efectuar las acciones de coordinación conjunta, sin que ello involucre la renuncia a nuestras acciones legales inherentes como IMECON.

2.2.5 Ámbitos de aplicación del contrato de obra en el Perú, en el sector Público y Privado.

Para nuestro derecho civil, el contrato de construcción es denominado “contrato de obra” hemos visto el concepto y las características de dicho contrato. Así mismo en este contrato, encontramos lo siguiente: En referencia al denominado Subcontrato de Obra, nuestro derecho sustantivo lo regula en el artículo 1772, donde se prohíbe al contratista el subcontrato íntegro de la obra salvo haya la existencia de una autorización previa del comitente, pudiendo ser esta autorización escrita concomitante al momento de la celebración del contrato de Obra o en plena ejecución del mismo. Así también el contrato de obra debe realizarse con materiales proporcionado por el comitente. Si el contratista pusiese también los materiales, hemos dicho que habría una compraventa y no un contrato de obra.

Por su parte Mesenguer (2004) señala que conforme con el Artículo 1773° del Código vigente, el material pertinente que se va utilizar para realizar la ejecución de obra, tiene que se proporcionada por el sujeto denominado comitente, salvo costumbre o pacto distinto. Hoy en día, sin embargo, ha

variado este criterio al considerar que la entrega de los materiales necesarios para la obra (usualmente para obras físicas como inmuebles o máquinas, no así para cosas inmateriales como una composición musical o un poema), no recibe el tratamiento de una venta, sino que constituyen condiciones o elementos necesarios para el resultado final.

La calidad de los materiales puede así también incidir sobre el pago, de ello puede derivar un doble orden de consecuencias, que sea mala o se pierda por destrucción.

Teniendo, como se expresará, el locador la responsabilidad del trabajo y de su resultado, tiene obligación de advertir al locatario, en tanto lo considere inapropiado o de mala calidad el material, que le sea entregado para quedar exento de responsabilidad y si no lo hiciera, pierde su derecho a la percepción del estipendio; en su totalidad o en proporción de la parte afectada, tal sería el caso de encargar y pretender la confección de una obra de arte —un cuadro, por ejemplo — con pinturas de inferior calidad y burda tela, en forma tal que la des- merezcan.

Sobre las obligaciones del contratista, según el artículo 1774 del código civil de 1984 el contratista está obligado:

1. Cumplir con el contrato en la forma y el plazo convenido.
2. A comunicar al comitente previo informe los defectos que encuentre en el suelo, o la mala calidad de los materiales que han sido proporcionados, dicho aviso conlleva a la responsabilidad del contratista porque este aviso tiene que hacerse antes de iniciar la obra no durante la obra, cuando ya la situación es irremediable. (Informes de la Contratista: Son todos los reportes que deberá

entregar periódicamente la Contratista al Cliente durante la ejecución del Contrato, incluidos el Informe Diario de Avance, Informe Semanal de Avance, Informe Mensual de Avance, y cualquier otro informe o reporte a cargo de la Contratista según Contrato o solicitado durante su ejecución)

3. Al resarcimiento por la negligencia o impericia que incurriere por los materiales que puedan ser estropeados y no puedan ser utilizados en la obra de construcción.

Obligación fundamental del contratista es hacer la obra. En su ejecución tendrá que someterse a la forma y condiciones planteadas y aceptadas. No podrá hacer modificaciones en los presupuestos ya convenidos, sin aprobación escrita del comitente.

El artículo 1775, señala una prohibición o limitación porque no permite la introducción de cambios en las características que se han convenido en la obra, sin aprobación escrita del comitente". Esto es que cada autorización del comitente será una parte del contrato y no podrá avanzarse con éste haciéndole modificaciones no autorizadas.

Si se ha hecho un contrato por suma alzada, solamente el caso que obligue que un mayor trabajo o a un aumento en el costo de obra.

En el ejemplo dado anteriormente entre el contrato firmado con la empresa Ares, observamos, lo siguiente:

## **PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA - DURACIÓN DEL CONTRATO.**

2.1 Plazo de Ejecución: La Contratista ejecutará la Obra dentro del plazo establecido en el Cronograma, debiendo iniciar la ejecución de la Obra el [\*] y quedar ésta terminada y entregada, a satisfacción de Ares, a más tardar el [\*] (“Fecha Comprometida de Entrega”). Para tal efecto, la Contratista se obliga a iniciar la movilización de sus Colaboradores y Equipos al Lugar de la Obra el día [\*], siendo que Ares para dicha fecha facilitara el acceso a La Contratista de todas las áreas necesarias y concernientes para la ejecución del proyecto. Lo que incluye además el área para instalación y hospedaje del personal. Sin tales facilidades de acceso, el plazo de ejecución de obra no podrá darse por iniciado.

2.2 Modificación del Cronograma: Sólo los hechos siguientes darán lugar a modificar el Cronograma:

2.2.1 Acuerdo expreso y escrito entre las Partes.

2.2.2 Paralización de la Obra por Eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, conforme lo dispuesto en el artículo 1315° del Código Civil, siempre que se cumpla el procedimiento de la Cláusula 14°.

2.2.3 Órdenes de Cambio según se establece en la Cláusula 6°.

Toda modificación del Cronograma implicará necesariamente la modificación de cualquier otra Cláusula o documento relacionado con la vigencia de este Contrato.

En caso se produzca un retraso en el cumplimiento del Cronograma que afecte la ruta crítica contemplada en él, Ares podrá requerir a la Contratista que

provea, a su costo, los recursos adicionales que resulten necesarios hasta que se retorne al calendario normal de avance de obra de acuerdo al Cronograma.

El contratista, debe permitir que el comitente visite la obra para inspeccionar como se va realizando. Si en el transcurso de su inspección el comitente observara que no se está realizando lo convenido, perse entonces se fijara fijará un plazo para que el contratista se ajuste a las reglas. Transcurrido el plazo, si el contratista persiste en no aceptar las reglas puede solicitar el fenecimiento del contrato, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios.

Es interesante destacar que el código no trata de las obligaciones del comitente, en artículo expreso por mucho que ellas estén en la norma, del mismo modo como el Art. 1774, señaló las obligaciones del contratista.

Los derechos y obligaciones del comitente son:

1. El comitente tiene la obligación de entregar al contratista los materiales y el suelo, si el contrato fue para la construcción de una casa. En todos los casos, se trate de la construcción de una obra mueble o inmueble el comitente deberá entregar los materiales con que ha de construirse la obra salvo costumbre o pacto diverso. Los denominados materiales en el rubro de la construcción son considerados materia prima justamente para dicha labor, son los componentes de los elementos arquitectónicos o estructura de ingeniería civil o construcción.

2. Si está de acuerdo con las diversidades introducidas en la obra, tiene la obligación de autorizar al contratista por escrito de fecha cierta. Tiene que existir una formalidad del acuerdo adoptado.
3. Poner en conocimiento al contratista de los variados complejidades o vicios que se presentan en la obra, dentro de sesenta días de recibida. Es una obligación por parte del comitente, las falencias o contrariedades que puedan darse desde el inicio y durante la realización o ejecución de la obra.
4. Retirarse del vínculo contractual, aun cuando la obra esté en ejecución, se haya iniciado o este en un determinado avance, realizara una indemnización o resarcimiento al denominado contratista, por todo aquello que está en la esfera de una construcción de obra (gastos, materiales y la conclusión de una obra, supuesto si hubiere terminada).
5. Cuando el vínculo contractual, fenece por el fallecimiento del contratista se debe cumplir con hacer el pago a sus herederos lo correspondiere hasta el límite en que fueron útiles las obras realizadas. (Art. 1787).
6. En el supuesto caso que la obra de construcción se perdiere dónde las partes no han tendido culpa alguna, ósea que las partes nada tiene que ver, el contrato se resuelve de pleno derecho.
7. En el caso que hubiere perdida cuando el material utilizado sea otorgado por el comitente, y esto es sin culpa de las partes, en este caso el denominado “contratista” tendrá que devolver los materiales que hayan sido recibidos y que no se han perdido.



La aplicación de los artículos 1407 y 1408 exige que las partes no hayan limitado la intervención de tercero, a su apreciación arbitral; entonces el tercero deberá hacer ù apreciación de carácter equitativo.

En la obra que se hace a satisfacción del comitente, no se considerará entregada o recibida, si al ser entregada no se ha hecho reparo alguno, tal como lo señala el artículo 1779 del código civil. Para considerarse que se ha hecho la obra a satisfacción, tendrá que haber una expresión de satisfacción que conste según documento.

Mientras no se haya expresado la satisfacción del comitente, la obra no se considerará entregada. Entonces y cuando falta la conformidad se entenderá reservada la aceptación a la pericia correspondiente. Esto es, que deberá realizarse necesariamente una pericia, siendo nulo todo pacto distinto ¿por qué el código cierra todas las posibilidades de evitar conflictos?

Las partes podían seguramente llegar a un acuerdo, aun habiendo observaciones. Es decir que las partes podían llegar a acuerdo, con compensaciones por ejemplo:

A se compromete a realizar una obra a satisfacción de B.

Vencido el plazo A. entrega la obra y por falta de tiempo para observarla B. le pide unos días de plazo. (Este convenio ya sería nulo según el código) se vence el plazo a la obra examinada, merece la conformidad del comitente que se la da según el código, todos los actos posteriores a la entrega serian nulos. Por qué "todo pacto distinto es nulo".

Podemos seguir ejemplificando el caso. Supongamos que la obra objeto de la relación es construcción de muebles de la sala según modelo. Resulta que todo el trabajo en madera se ajusta al modelo, pero el tapiz es totalmente desagradable.

Las partes pueden llegar al acuerdo de que cambiándose el tapiz los muebles satisfacerían los deseos del comitente. Las partes acuerdan cambiar el tapiz y efectivamente el comitente otorga su conformidad. Todo pacto distinto es nulo, reza la ley según nuestro código civil, todo lo actuado por las partes, posterior a la entrega, sería nulo. Es decir que el código impide que las partes puedan transigir.

En el caso de que la persona que debe dar un juicio de valor a la obra y dar su aceptación, deberá hacer una apreciación equitativa, si del trato resulta que las partes no quisieron remitirse a su mero arbitrio. (Art. 1407). Y en el caso de que la tercera persona haya sido escogida para dar solamente su mero arbitrio, este (el árbitro) no podrá ser impugnado sino probándose la mala fe (Art. 1408).

Si la obra está contratada por pieza o medida, el constructor tiene derecho a la comprobación por partes y al pago en proporción a la obra realizada. El pago de una parte de la obra hace presumir la aceptación de la obra realizada (Art. 1781 c.c.) El código tiene cuidado en no considerarse como pago el desembolso de simples cantidades a cuenta.

Cabe indicar que en la actualidad, además de las normas de nuestro derecho sustantivo, existen las normas que regulan el contrato de obra recogidas en la ley de contrataciones del estado, donde hay que resaltar que esta normatividad

en forma constante viene siendo modificándose y adaptándose a los nuevas instituciones respecto a la contratación.

### **DERECHO COMPARADO.**

Las diferentes legislaciones americanas han recepcionado los lineamientos estándar del derecho positivo español e italiano en torno al contrato de obra, donde si bien otorgan derechos y deberes a las partes del contrato en forma equitativa, algunos artículos presentan desequilibrios al momento de la toma de decisiones o supervisión o prerrogativas dentro del contrato por parte del comitente, esta posición lo fortifica en relación al contratista.

La legislación Argentina ha tratado de darle un equilibrio acertado en dicha relación, pero permite una supervisión y una exigencia sin límites, nos damos con la sorpresa que un ordenamiento jurídico que esboza una normatividad de igualdad de condiciones y sobre todo con especificaciones en los diversos casos complejos que tiene un contrato de obra en construcción es la legislación sustantiva civil boliviana.

En **España**, el contrato objeto de estudio se encuentra regulado en el derecho sustantivo de dicho país con el título de “arrendamiento de obras”, donde están señaladas las obligaciones en el ámbito contractual con el título denominado “servicio de los trabajadores asalariados y los servicios de criados”. Así mismo regula las formas del contrato que señala la doctrina como el contrato de alzada.

Se destaca la legislación italiana, que ha tenido incidencia en nuestra legislación respecto a la variación en el curso de la obra de construcción, en el código civil encontramos que en el artículo 1661, inciso 2, señala:

No se podrá incluir dentro de las variaciones, aquellas que tengan una incidencia trascendental o destacable en la naturaleza de la obra, así como por razones de nivel interpretativo aquellas que efectúan un ordinario desenvolvimiento de las acciones instrumentales de su realización.

En **Argentina**, está regulado por el código Civil y Comercial, que establecen claramente la responsabilidad de los intervinientes, se destaca en dicha legislación algunos temas relevantes:

Es locador de obra el arquitecto tanto cuando su trabajo consiste en preparar los planos de la obra como cuando además se obligue a participar en la dirección de su construcción (Cám. Civ.2\* Cap) *J.A.*,t.4, págs.353 -43.

"Para establecer el grado perfección de la obra debe tenerse en cuenta, a falta de planos o convenio, el precio fijado"(Cám.Nac.Com.) *L.L.*, t.86, pág.126.

"Constituye una locación de obra el trabajo intelectual contratado en atención a sus resultados, como es el pactado con un abogado o un médico que se obligan a atender un pleito o a realizar una cura hasta su terminación"(Cám.Civ.I: í Cap.).*J.A.* t.I, págs.115-42.

"Si se convino que el trabajo debía hacerse a, satisfacción del locatario y del informe pericial resulta la inutilidad de la obra para les fines convenidos,

corresponde condenar al locador a la devolución de los recibido e intereses"(C. Com.Nac.).J.A., t.29, pág.806.

"La norma del art.1633 del Cód. civ. No a aplicable al caso en que el aumento del costo es imputable al locatario" (Cám.Civ.2 « Cap.).G.t.1M, pág.321."Existe negligencia del locador si emplea materiales de construcción que no eran indicados o si comete serias transgresiones"(Cám.Civ.2a Cap.).J.A., t.28, pág.102.

"Es responsable el empresario por los vicios de construcción, aun después de la recepción provisoria de la obra" (Cám.Civ.1 Cap.), t.76, pág.478."La cláusula de que el locador únicamente podría cobrar los trabajos adicionales autorizados por escrito, no es de interpretación restrictiva, bastando un principio de prueba por escrito de la misma"(Cám. Nac, Civ.).J.A., t.4, págs.6-58.

"Si la obra fue ejecutada sin deficiencia imputable al empresario, el demandado no puede negarse al pago del precio" (Cám. Com. Cap.), t.2, pág.816."No obstante el abandono por parte del empresario de la obra, debe pagarse el valor de los trabajos cumplidos"(Cám. Civ.2 «).J-A., t.2, págs. 518-42.

### **JURISPRUDENCIA RELEVANTE.**

La Corte Suprema así como el máximo intérprete de nuestra constitución en aras de la tutela de los derechos fundamentales, como en este caso es la libertad de contratar se ha pronunciado en reiteradas veces cuando el objeto de litis ha sido el contrato de obra, sobre todo en la esfera de la relación de las partes que interviene en dicho contrato. Han delimitado acertadamente acorde con la doctrina nacional y comparada cuales son las obligaciones y los límites

de los actores en dicho contrato, como a continuación ponemos algunos ejemplos:

En la **CAS 4186-2006**. CAJAMARCA Indemnización por Daños y Perjuicios, sobre la responsabilidad en el contrato de obra de construcción ”han estimado que la obra ha sido ejecutada de modo tardío, han omitido pronunciarse sobre la repercusión de dicha demora en relación a las responsabilidades que correspondía al mencionado ex alcalde como funcionario público, confundidos, probablemente, por el criterio asumido de que la empresa constructora no está obligada al pago de daños y perjuicios debido a que la obra final tiene un valor superior a lo pactado en el contrato; empero, tal consideración no puede ser extensiva al referido ex alcalde, toda vez que ella está en función a la actuación como parte contratante de la empresa Constructora PPM INGECOM Empresa Individual de Responsabilidad Limitada lo que no sucede con el referido ex alcalde toda vez que la responsabilidad que se le atribuye está en función al rol que debió ejercer como representante legal del Municipio contratante de velar por el fiel cumplimiento de las leyes de la materia y del contrato suscrito”.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 10 del **expediente N° 10777-2006-PA/TC**, sobre contratos por obra o servicio específico:

“El contrato de obra o el denominado contrato de obra de construcción no será utilizada en las labores o quehaceres que tengan una naturaleza estable que pueda ser realizado por un trabajador en la calidad de estable, sino que se trata de una modalidad contractual que va permitir que el empleador le dé cobertura a las acciones temporales de trabajo o

aquellas que no estén dentro de la esfera de las acciones laborales de la sociedad empresarial y que exigen un determinado plazo".

La **casación N° 1082-2001-Lima** de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, publicada el 20 de febrero de 2003, realiza una precisión sobre los alcances de la definición y características del contrato de obra:

“Este tipo de contrato, tiene una particularidad especial y es que está supeditada o bajo la premisa de un determinado plazo, que tiene un tiempo determinado. Este plazo puede ser ampliado previo acuerdo de las partes, existen así mismo casos dónde el contrato de obra de construcción tenga por alguna razón acorde a esta actividad adecuarse al tiempo de la obra que se viene realizando. El contrato de obra de construcción es un contrato complejo que por su misma naturaleza está sujeto a una serie de contrariedades que pueden impedir el cumplimiento en la fecha acordada, para ellos acorde con el artículo 74 de la ley de productividad (D.S. N°003-97-TR), donde se precisa que se podrá celebrar relaciones contractuales que tengan un periodo o menores pero que adicionados no excedan dichos límites. Así mismo en los casos que corresponda, acorde a ley se realizaran en forma sucesiva con el mismo trabajador, no solo uno sino diversos contratos, bajo las diferentes modalidades en el centro de trabajo, en relación a las necesidades de la empresa o de la organización corporativa, siempre y cuando no superen la duración que es de su años como máximo plazo.

En este sentido, el plazo del contrato de obra no podrá exceder de 5 años de duración (sea un solo contrato o la sumatoria de las renovaciones). En consecuencia, se determina que ante el incumplimiento de esta disposición existirá una relación laboral de duración indefinida.

## V. CONCLUSION

Es la relación contractual, donde el denominado “locador” quien va asumir una prestación de hacer, es una relación jurídica obligatoria creada, donde se ha comprometido a un accionar que tiene como finalidad un servicio. La locación de servicios, regula la prestación de servicios donde un sujeto subordinado, llamado locador o prestador, quien a través un conocimiento de índole técnico, para lograr la satisfacción del interés del otro sujeto, esto es del acreedor. Este va valorar la calidad del servicio del prestador y locador.

Beltrán (2005) define al contrato de locación de servicios como “aquel contrato donde una persona promete realizar servicios y una contraparte cumple con el monto pecuniario pactado” (p, 326). Como se desprende del concepto del autor una persona se pone a disposición y con él su conocimiento o profesión a otra que la requiere por una determinada remuneración.



## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alva, M. (2010) *Las clases del contrato de construcción y su afectación al IGV*. Artículo recuperado el 24 de setiembre del 2017.
- Arribasplata, A. (2017) en la tesis titulada "La Gestión y la calidad de la administración educadora de Sencico. 2015- 2016" Lima. Universidad Federico Villareal.
- Beltrán J. (2005) *Comentarios al Código Civil* Lima Gaceta Jurídica.
- Bullard C. (2011) *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje.
- Cantuarias, F. (2008) *La nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Salto a la Modernidad*, Revista Peruana de Arbitraje N° 7.
- Caivano, R. (2006) *Arbitraje y grupo de sociedades*. Extensión de los efectos de un acuerdo a quien no ha sido signatario, Lima Arbitration N° 1.
- Conejero, C. (2013) "La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado". Lima. Arbitration N° 5 - 2012/2013.
- Caban, P. (2013) *Aspectos generales de la regulación del contrato de obra en el Código Civil y su evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa cuando su objeto es la edificación*. San José Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Carbonell, M. (2008) *Neo constitucionalismo y Sociedad*. Madrid. Serie Justicia y Derechos Humanos.
- Campos, A. (2012) *El Contrato de obra pública: Lo que no dice la ley de contrataciones y adquisiciones del estado pero debería decir*. Lima Círculo de Derecho Administrativo. PUPC.
- Cuadros, F. (1990) *Contratos*. Lima Editorial Fecat.

Del Arco, M. (2002) *Derecho de la Construcción*. Granada: Editorial Comares.

De la puente, M. (1999) *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Gaceta Jurídica Editores, Lima.

De la Puente, M. (1983) *Estudios Del Contrato Privado*. T. 1. Lima Cultural Cuzco S.A.

Diez-Picazo, G (1989) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Barcelona Editorial Bosch. Vol. 1.

"Encíclicas de Juan Pablo II" (1981), Juan Pablo II, Carta encíclica *Laborem exercens*.

Flume, W. (1998) *EL Negocio Jurídico. Parte General. Derecho Civil TII*. Fundación Cultural del notariado, Madrid.

Franco, E. (2013) *Aceptación y rechazo de obras de construcción: ¿rechazo por defectos menores?* Lima. Ius, Revista N° 88.

Gamarra, J (1995), *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo. Fondo de cultura universitaria.

Heras A. (2009) *El contrato de trabajo para la realización de obra o servicio determinados*. Valencia. Ediciones Revista General de Derecho.

Lorenzetti, R. (1997) *La economía de servicios y los contratos*, "Revista de Derecho Privado y Comunitario" N° 3, p. 297.

Mesenguer, F. (2004) *Manual de contratos Comentado* Lima: Estudio Caballero Bustamante.

Mosquera, F. (2013) en la tesis titulada: "*Costo de construcción de obras públicas con el caso práctico: construcción de 3 Upc´S en la provincia del oro*" Cuenca. Ecuador.

Northcote, E. (2011) *Elementos característicos del contrato de obra*. Actualidad Empresarial, N° 229 – Segunda Quincena de Abril 2011



- Ortega J. (2007) *El Contrato de Obra en la Jurisprudencia*. Madrid: UCM.
- Palacios, C. (2015) *Tipos de Contrato de Obra*. Lima. Revista Sinergia e Innovación.
- Podetti, H. (2004) *Contrato de Construcción*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- San, M. (2001) *La recepción en el contrato de obra*. Valencia: CISS.
- Rubio, M. (1999) *Estudio de la Constitución de 1993*. Lima PUPC.
- Tantaleán, R. (2016) *Tipología de las Investigaciones Jurídicas*. México. Revista Cambio Social.
- Tovar, M. (2015) *Comentarios al Código Civil*. Lima Gaceta Jurídica.



# ANEXOS

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	Indicadores	POBLACIÓN	METODOLOGÍA
<p><b>Problema principal.</b></p> <p>P.G. ¿Cómo se relaciona el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018?</p> <p><b>Problemas secundarios.</b></p> <p>P.E.1. ¿Cuáles son los tipos de contrato de construcción que existe según el monto, objeto, cliente, forma de pago?</p> <p>P.E.2. ¿Cómo se relaciona la configuración legal del contrato de obra y el estado de indefección del contratista?</p> <p>P.E.3. ¿Cómo se relaciona la configuración del contrato de obra y la falta opciones para detener los excesos del comitente?</p>	<p><b>Objetivo principal.</b></p> <p>O.P. Describir el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018.</p> <p><b>Objetivos secundarios.</b></p> <p>O.E.1. Identificar los tipos de contrato de construcción que existe según el monto, objeto, cliente, forma de pago.</p> <p>O.E.2. Analizar cómo se relaciona la configuración legal del contrato de obra y el estado de indefección del contratista.</p> <p>O.E.3. Evaluar cómo se relaciona la</p>	<p>Hipótesis principal.</p> <p>H.P. Existe una relación significativa entre el desequilibrio contractual entre el comitente y el contratista en los contratos de obra de construcción, en la ciudad de Lima en el periodo 2014-2018.</p> <p><b>Hipótesis secundarias.</b></p> <p>H.E.1. Los tipos de contrato de construcción se pueden categorizar en función de dos criterios: (1) manejo de costos y riesgos y (2) alcance, que existe según el monto, objeto, cliente, forma de pago.</p> <p>H.E.2. La configuración legal del contrato de obra se relaciona significativamente con el estado de indefección del contratista.</p> <p>H.E.3. La configuración del contrato de obra se</p>	<p><b>Variable independiente</b> e. Posición de desequilibrio del Comitente</p> <p><b>Variable dependiente.</b> Vulneración de derechos del Contratista</p>	<p>X.1. Tipos de contrato de construcción X.2. Configuración legal del contrato de obra X.3. Configuración insuficiente del contrato de obra. X.4. Cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción</p> <p>Y.1 En el monto, objeto, cliente, forma de pago.</p> <p>Y.2. Estado de indefección del contratista.</p> <p>Y.3. Falta opciones para detener los excesos del comitente.</p> <p>Y.4. Garantizar un equilibrio contractual</p>	<p><b>POBLACIÓN</b> La población está conformada por 100 operadores de la judicatura civil y abogados conocedores del tema.</p> <p><b>MUESTRA</b> La muestra es de tipo no probabilístico, de carácter inducido con un total de 100 operadores de la judicatura civil y abogados conocedores del tema.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block; margin-top: 10px;">N= n</div>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> El tipo de investigación es Aplicada</p> <p><b>NIVEL DE INVESTIGACIÓN</b> El presente estudio de investigación es de nivel Descriptivo-Explicativo.</p> <p><b>DISEÑO</b> El presente estudio es descriptivo correlacional</p> <p><b>TÉCNICAS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Encuesta</li> <li>-Entrevista.</li> </ul>

<p>P.E.4. ¿Cuáles son las cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción para garantizar un equilibrio contractual?</p>	<p>configuración del contrato de obra y la falta opciones para detener los excesos del comitente. O.E.4. Proponer cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción para garantizar un equilibrio contractual.</p>	<p>relaciona significativamente con la falta opciones para detener los excesos del comitente. H.E.4. La búsqueda de un equilibrio contractual entre las partes deben estar precisadas en las cláusulas indispensables o criterios que no deben faltar en un contrato de construcción para garantizar un equilibrio contractual.</p>				
--	--	---	--	--	--	--