



Contratos de Construcción

¿Es posible la estandarización?

Contrato de Construcción

Acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones.

Es un convenio entre el especialista que construye, denominado “*contratista*”, y el mandante o dueño de la obra, quien financia y fija los objetivos de acuerdo a sus necesidades y posibilidades.

Aquella **pauta de comportamiento** que regula relaciones relativas a una determinada finalidad.



Naturaleza compleja

Varios factores hacen un contrato de construcción diferente a otro tipo de contratos.

Nuestra legislación no tiene un set de normas especiales que regule detalladamente las relaciones de las partes en un contrato de construcción.

Le son aplicables las reglas generales del ordenamiento jurídico. **Esto es muy importante.** Sobre todo cuando hablamos de la **aplicación de modelos internacionales** (*copy paste*).



Equivalencia de las prestaciones

Contrato de construcción es *bilateral, oneroso y conmutativo*.

Mandante y contratista quedan sujetos a **obligaciones recíprocas**, que se miran como **equivalentes**, las que se supone permanecerán así durante la ejecución del contrato.

Ejecución del contrato presupone la **igualdad o equivalencia** de los derechos y obligaciones de ambas partes.



Tipos de contrato de construcción

Múltiples modalidades contractuales:

Más comunes: Suma Alzada, Precios Unitarios, Administración Delegada, EPC.

Otras: EPCC; EPCM; DB; BOT; BOOT; DBFO; DBOT; DCMF.

Cada una de las modalidades de contrato tiene sus **ventajas y desventajas**. Si no se elige bien el tipo de contrato y se aplica uno que no se acomoda a los antecedentes de la obra, pueden esperarse muchas reclamaciones durante su ejecución.



Obligaciones de medio y resultado

El contratista no asegura un resultado sino un **método**, es decir, la implementación de medios necesarios y adecuados para cumplir un objetivo en un precio y plazo determinado, según un **modelo de conducta**.

Lo común es que se exija al contratista la **ejecución diligente y correcta** de las obras descritas en los planos y especificaciones técnicas del proyecto (alcance).

Es muy importante tener en mente que la construcción de un edificio no es como los procesos productivos de una fábrica. El tamaño del proyecto, las condiciones del sitio, el uso de diferentes materiales y el empleo de distintos tipos de especialistas hace virtualmente imposible lograr el mismo grado de perfección que puede lograr un fabricante.



Asignación de Riesgos

Los riesgos en proyectos de construcción son múltiples pero estándares:

- Condiciones subterráneas
- Condiciones climáticas
- Escases de materiales
- Escases de mano de obra calificada
- Accidentes / Disrupciones
- Diseños o materiales innovadores que aumentan la dificultad de la construcción
- La duración del proyecto

*La alteración de la equilibrada correlación entre **costo, tiempo y calidad** es muy importante.*



¿Por qué modelos estandarizados?

En los últimos años ha habido una proliferación de formatos estandarizados en la industria de la construcción.

Diferentes organizaciones y/o países han promovido y desarrollado modelos de contratos que amarren y garanticen el cumplimiento de los objetivos del proyecto y la obligaciones del contratista (financiamiento c/ garantía propio proyecto).

Hay una serie de ventajas en el desarrollo y uso de modelos de contratos estandarizados.



Ventajas de la estandarización

1. Los modelos estandarizados son usualmente negociados entre los diferentes cuerpos y gremios que componen la industria. Como resultado los riesgos son asignados en forma equitativa.
2. El uso de modelos estandarizados ahorra el costo y tiempo de una negociación individual antes de cada contrato/proyecto.
3. Las evaluaciones de las ofertas en una licitación son más fáciles, pues el riesgo fue asignado igual por cada proponente. Se asume que las partes entienden los riesgos y su asignación, por lo que los precios ofertados son directamente comparables.



Desventajas de la estandarización

1. Los formatos son muchas veces incómodos, complejos y difíciles de entender o aplicar a un proyecto en particular.
2. Como los modelos son el resultado de un largo trabajo de negociación entre los distintos actores de la industria y cuentan con su compromiso, son muy difíciles de actualizar y cambiar.
3. Los cambios a los modelos toman mucho tiempo en implementarse.



Modelos Internacionales

Abordan los problemas más comunes y asignan la mayoría de los riesgos.

No existe un modelo perfecto ni *one size fits all*.



Inglaterra:

ICE7 - Institution of Civil Engineers

JCT /IFC /MW98 – Joint Contracts Tribunal

NEC3 – New Engineering Contract

Japon:

ENNA Model Form-International

Suiza:

FIDIC – Federación Internacional de Ingenieros Consultores



Ley Aplicable

La ley aplicable es de gran importancia.

La característica de la ley aplicable es un factor clave. Estas características varían según sus orígenes: **common law** *vs* **derecho civil/continental**.

Los modelos más utilizados en proyectos internacionales a menudo se basan en el *common law*. Sin embargo, nuestro ordenamiento es de *derecho civil*.



Common law *vs* derecho continental

Hay una serie de diferencias clave entre el sistema anglosajón del *common law* y el *derecho civil europeo*.

Diferencias tienden a ocurrir en las siguientes áreas:

- Daños por retraso (Liquidated damages *vs* pena contractual)
- Concepto de entrega de la obra
- Naturaleza vinculante de las resoluciones del DAB
- Limitación de Responsabilidad
- Caducidad por notificación tardía
- Responsabilidad legal por defectos
- Responsabilidad de desempeño: Estándar de Ejecución, Garantía de Calidad y Garantía de Idoneidad.
- *Fuerza Mayor*
- *Imprevisión*



Liquidated damages vs multas

De conformidad con los principios del *common law*, los *LDs* no serán exigibles si están diseñados para castigar en lugar de compensar.

LDs son el único remedio (*derecho a rescindir*)

En derecho civil puede aplicarse evaluación anticipada de perjuicios (multa moratoria), pero siempre esta el derecho del art. 1543.



Entrega de la obra

Diferencias en cuanto a si las obras están terminadas o si están en condiciones de usarse para el propósito que están destinadas, y la figura de la recepción tácita.

FIDIC (1999, 1st Edition)

Sub-Clause 10.1:

The contractor may apply by notice to the engineer for a taking-over certificate not earlier than 14 days before the works will, in the contractor's opinion, be complete and ready for taking over. If the works are divided into sections, the contractor may similarly apply for a taking-over certificate for each section. The engineer shall, within 28 days after receiving the contractor's application: (a) issue the taking-over certificate to the contractor, stating the date on which the works or section were completed in accordance with the contract, except for any minor outstanding work and defects which will not substantially affect the use of the works or section for their intended purpose (either until or whilst this work is completed and these defects are remedied); or (b) reject the application, giving reasons and specifying the work required to be done by the contractor to enable the taking-over certificate to be issued. The contractor shall then complete this work before issuing a further notice under this Sub-Clause. If the engineer fails either to issue the taking-over certificate or to reject the contractor's application with the period of 28 days, and if the works or section (as the case may be) are substantially in accordance with the contract, the taking-over certificate shall be deemed to have been issued on the last day of that period.

Sub-Clause 11.9:

Performance of the contractor's obligations shall not be considered to have been completed until the engineer has issued the performance certificate to the contractor, stating the date on which the contractor completed his obligations under the contract. The engineer shall issue the performance certificate within 28 days after the latest of the expiry dates of the defects Notification Periods, or as soon thereafter as the contractor has supplied all the contractor's documents and completed and tested all the works, including remedying any defects. A copy of the performance certificate shall be issued to the employer. Only the performance certificate shall be deemed to constitute acceptance of the works.



Resoluciones del *DAB*

La resolución de disputas en proyectos de construcción requiere rapidez, un enfoque informal y experiencia (28 días).

En nuestro ordenamiento las decisiones dictadas por los DAB pueden ser de naturaleza persuasiva pero no vinculantes o exigibles.

En las jurisdicciones de *common law*, por otro lado, la decisión suele ser definitiva y vinculante si las partes no la apelan dentro del período de tiempo acordado contractualmente.



Limite de responsabilidad

Principio de autonomía de la voluntad.

En el *common law* se puede limitar previamente la responsabilidad sin limitación, salvo *Unfair Contract Terms Act (1977)*.

La condonación del dolo futuro no vale (art. 1465).



Notificación tardía

Los modelos internacionales generalmente contienen disposiciones que establecen el deber de notificar un reclamo por pago adicional o aumento de plazo.

Si el reclamo no es notificado en ese plazo, caduca el derecho a reclamo.

Nuestros tribunales han declarado la supremacía del derecho a la acción, y pasado por alto este tipo de caducidades contractuales.



Principio de buena fe

De acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, *todos los contratos deben ejecutarse de buena fe.*

El principio de buena fe aporta un contenido de naturaleza ética a las relaciones de los particulares entre sí.

El principio de la buena fe incluye además un conjunto de deberes, entre los cuales se encuentra el deber de información, el de colaboración y *el deber de revisión del contrato.*



Reflexiones finales

Acordar un contrato balanceado para evitar que los desequilibrios resulten en una disputa con sus contrapartes.

La cantidad de antecedentes y documentos con los que cuenta el proyecto, previo a la celebración de un contrato, son un factor fundamental para anticiparse a los riesgos que asumirán las partes.

Un contrato excesivamente sesgado a favor de una parte en desmedro de la otra, se traduce en una mayor probabilidad de disputa; y, por tanto, es una invitación a una reclamación.



Reflexiones finales (..)

Los contratos, deben ser **coherentes con la información** que existe al momento de su redacción.

Se deben establecer claramente los riesgos esperados, debe ser redactado de manera **simple y precisa**, sin cláusulas ambiguas o poco claras.

Se debe considerar que la **flexibilidad** en los contratos no es sinónimo de ambigüedad. El contrato debe considerar procedimientos claros y eficientes para presentar y resolver las solicitudes de ajuste, realizar dichos ajustes dentro de parámetros razonables



Reflexiones finales (...)

“Un jurista que ignora por completo la aplicación práctica de la materia que estudia equivale a un artístico reloj que no está diseñado para dar la hora”

(R.V. Ihering, *Scherz un Erns in der Jurisprudenz*)

Si tus palabras no son las correctas, tu negocio no tendrá éxito

(K'ung Ch'iu [Confucius] 551-479 AC).



SEMINARIO

"UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS RELACIONES CONTRACTUALES EN LA EDIFICACIÓN"

COMITÉ DE MODERNIZACIÓN DE MARCOS CONTRACTUALES

ORGANIZAN



AUSPICIAN

HALPERN I DE LA FUENTE



PATROCINAN

