

HUMBERTO PODETTI

Contrato de construcción

Formación del negocio: concurso, oferta y negociación
Guía para la redacción. Reglas de interpretación e integración
Sistemas de ejecución y financiación de obras. Riesgos
Cambios en el objeto, el plazo y el precio. Responsabilidades
Garantías. Solución de divergencias. Finalización
Modelos de contratos de uso internacional



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES
2004

ÍNDICE GENERAL

| | |
|----------------------|----|
| <i>Prólogo</i> | XI |
|----------------------|----|

INTRODUCCIÓN

CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y JURÍDICO

| | |
|---|----|
| § 1. Propósito | 1 |
| § 2. El hombre y sus obras | 1 |
| § 3. Cambio e inmutabilidad | 5 |
| § 4. Características generales del proceso de transformación | 10 |
| § 5. Internacionalización de la industria de la construcción, contratos y derecho | 17 |
| § 6. La unidad de América latina como escenario de un nuevo derecho | 22 |
| § 7. Plan del trabajo | 30 |
| § 8. El hombre, sujeto y destinatario | 36 |

CAPÍTULO PRIMERO

CARACTERES

| | |
|---|----|
| § 9. Locación de cosas, de servicios y de obra | 41 |
| § 10. Contrato de obra y contrato de construcción | 48 |
| § 11. Concepto del contrato de construcción | 51 |
| a) La construcción, la entrega y la recepción: obligaciones y derecho | 53 |
| b) La organización de los medios necesarios | 55 |

| | | |
|-------|--|----|
| | c) El resultado prometido | 55 |
| | d) La asunción del riesgo técnico | 55 |
| | e) La asunción del riesgo económico | 56 |
| | f) La ausencia de subordinación jurídica | 59 |
| | g) El precio | 61 |
| § 12. | Caracteres | 62 |
| | a) Bilateral o sinalagmático | 63 |
| | b) Oneroso | 63 |
| | c) Consensual | 64 |
| | d) Tracto sucesivo. Ejecución continuada o cumplimiento continuado | 65 |
| | e) Conmutativo | 66 |
| | f) Contrato de adhesión | 67 |
| | g) Contrato de colaboración | 68 |
| § 13. | El contrato de construcción como eje de un sistema de contratos | 68 |
| | a) Estipulaciones a favor de terceros o las obligaciones de terceros | 71 |
| | b) Carácter accesorio | 71 |
| | c) Contratos dependientes | 71 |
| | d) Acción subrogatoria | 72 |

CAPÍTULO II

LAS PARTES

| | | |
|-------|--|----|
| § 14. | Sujetos principales. Constructor y comitente | 75 |
| § 15. | Sujetos secundarios | 80 |
| | a) Empresa de ingeniería | 81 |
| | b) Proveedores de equipamiento: clave para la obra | 82 |
| | c) Subcontratistas | 84 |
| | d) Entidades financieras | 85 |
| § 16. | Sujetos principales y secundarios compuestos. Asociaciones de empresas | 85 |
| § 17. | Habilidades y competencias del constructor | 91 |
| | a) Selección de las personas adecuadas | 91 |
| | b) Organización | 92 |
| | c) La dirección | 92 |
| | d) Administración del conocimiento y la información | 93 |
| | e) Habilidades técnicas | 93 |
| § 18. | Objetivos e intereses de cada una de las partes: un nuevo enfoque para el contrato de construcción ... | 94 |

CAPÍTULO III

CONSENTIMIENTO

| | | |
|-------|--|-----|
| § 19. | El consentimiento origen de la fuerza vinculante del contrato como mandato de la ley y de la moral .. | 97 |
| § 20. | Circunstancias en que se presta el consentimiento | 103 |
| § 21. | Medios electrónicos para negociar, manifestar o declarar la voluntad | 107 |
| § 22. | La preparación del contrato | 109 |
| | a) Primeros estudios | 109 |
| | b) Selección de los oferentes | 111 |
| | c) Pedido de ofertas | 112 |
| | d) Pliegos de condiciones | 115 |
| | e) Oferta de contrato | 120 |
| | f) Aceptación o adjudicación | 124 |
| § 23. | Negociaciones precontractuales. Tratativas preliminares, minutas o borradores, cartas de intención, acuerdos parciales | 127 |

CAPÍTULO IV

CONTRATO

| | | |
|-------|---|-----|
| § 24. | Importancia del documento contractual | 131 |
|-------|---|-----|

**A) GUÍA PARA LA NEGOCIACIÓN Y REDACCIÓN
DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN**

| | | |
|-------|--|-----|
| § 25. | Objetivo general | 133 |
| § 26. | Denominación del contrato | 134 |
| § 27. | Encabezamiento. Lugar de celebración y fecha. Identificación, apoderados y domicilio de las partes | 134 |
| § 28. | Antecedentes, circunstancias o considerandos | 137 |
| § 29. | Definiciones | 138 |
| § 30. | Documentos que integrarán el contrato | 138 |
| § 31. | Objeto | 139 |
| § 32. | Precio | 140 |
| § 33. | Equivalencia entre el precio y la obra | 141 |
| § 34. | Otras obligaciones del comitente o del constructor | 141 |
| § 35. | Plazo de ejecución | 142 |

| | | |
|-------|---|-----|
| § 36. | Plazo de pago | 143 |
| § 37. | Premios y penalidades | 143 |
| § 38. | Tratamiento de los riesgos | 144 |
| § 39. | El procedimiento para cambios del contrato | 145 |
| § 40. | Régimen de responsabilidades y garantías | 145 |
| § 41. | Régimen de vinculaciones y efectos recíprocos con los restantes contratos que componen el sistema para la ejecución de la obra | 146 |
| § 42. | Sistema de solución de divergencias | 146 |
| § 43. | Regímenes de recepción provisoria y definitiva de la obra (o de recepción única) y de liquidación final de cuentas y el plazo de garantía | 147 |

B) MODELOS DE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE USO INTERNACIONAL: EL CONTRATO FIDIC

| | | |
|-------|--|-----|
| § 44. | Introducción | 148 |
| § 45. | Disposiciones generales y funcionamiento del contrato FIDIC | 152 |
| § 46. | Obligaciones del comitente, el constructor y funciones del ingeniero | 156 |
| § 47. | Subcontratistas, personal, proveedores y materiales empleados por el constructor | 159 |
| § 48. | Plazo de la obra. Inicio, demoras y suspensión de los trabajos | 160 |
| § 49. | Pruebas, recepción de la obra y reparación de fallas | 161 |
| § 50. | Variaciones del contrato y ajustes del precio. Medición, valuación y pago del precio | 161 |
| § 51. | Rescisión por el comitente y suspensión o rescisión por el constructor | 163 |
| § 52. | Riesgo y responsabilidad. Seguros. Fuerza mayor | 164 |
| § 53. | Régimen de cambios. Reclamos, controversias y arbitraje | 165 |

CAPÍTULO V

INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

A) CONSIDERACIONES GENERALES

| | | |
|-------|--|-----|
| § 54. | Concepto, alcances y trascendencia | 169 |
| § 55. | Sujetos o actores de la interpretación | 175 |

| | | |
|-------|--|-----|
| § 56. | Objeto de la interpretación: interpretación de la transacción o del negocio e interpretación del contrato | 176 |
| § 57. | Principios generales del orden jurídico que constituyen reglas básicas de la interpretación e integración de los contratos | 177 |
| | a) La búsqueda de la verdad | 177 |
| | b) Buena fe | 178 |
| | c) La igualdad entre las partes y la equivalencia de las contraprestaciones | 181 |

**B) REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN
DE LOS CONTRATOS**

| | | |
|-------|--|-----|
| § 58. | Introducción | 183 |
| § 59. | La intención común de las partes | 183 |
| § 60. | La sensatez o razonabilidad de personas de la misma condición en las mismas circunstancias | 187 |
| § 61. | Negociaciones previas a la celebración del contrato | 188 |
| § 62. | Prácticas establecidas por las partes entre sí | 188 |
| § 63. | Conducta de las partes luego de celebrado el contrato | 189 |
| § 64. | Naturaleza y finalidad del contrato | 190 |
| § 65. | El significado de las palabras es el del uso común | 191 |
| § 66. | Usos y prácticas comerciales | 193 |
| § 67. | Carácter sistémico del contrato | 194 |
| § 68. | Efecto y significación de todas las disposiciones del contrato | 195 |
| § 69. | Responsabilidad de quien impuso el contrato o la cláusula o cláusulas | 196 |
| § 70. | Preferencia del idioma original | 197 |

CAPÍTULO VI

OBJETO Y TIEMPO

| | | |
|-------|---|-----|
| § 71. | Objeto inmediato y objeto mediato | 199 |
| § 72. | Requisitos del objeto | 200 |
| § 73. | El objeto debe ser determinado o determinable ... | 201 |
| § 74. | La obra como objeto del contrato | 202 |
| § 75. | Precio | 204 |
| § 76. | Equivalencia de las obligaciones recíprocas | 208 |

| | | |
|-------|--|-----|
| § 77. | Excepción de incumplimiento. Suspensión del pago del precio, suspensión de los trabajos y de la entrega de la obra | 221 |
| | a) La excepción de obligación o contrato no cumplido | 224 |
| | b) Excepción de contrato mal cumplido | 225 |
| | c) Excepción de caducidad de plazo | 226 |
| | d) Suspensión del cumplimiento de las obligaciones propias | 226 |
| | e) Suspensión del cumplimiento de la obligación de entrega de la obra y derecho de retención .. | 229 |
| § 78. | Plazo | 231 |
| | a) Fecha de iniciación de los trabajos | 234 |
| | b) El ritmo de ejecución de los trabajos debe ser congruente con el plazo pactado para la entrega de la obra | 236 |
| | c) Resolución oportuna de las divergencias suscitadas durante la ejecución | 238 |
| § 79. | Demoras y anticipaciones. Premios y penalidades | 239 |

CAPÍTULO VII

SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE OBRAS

| | | |
|-------|--------------------|-----|
| § 80. | Introducción | 241 |
|-------|--------------------|-----|

A) SISTEMAS DE CONTRATACIÓN

| | | |
|-------|--|-----|
| § 81. | Función | 242 |
| § 82. | Sin contrato de construcción | 242 |
| § 83. | Con un contrato único | 243 |
| § 84. | Con contratos separados | 244 |
| § 85. | Con un contrato principal de organización y administración y contratos separados | 245 |

B) SISTEMA DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO

| | | |
|-------|-------------------------------|-----|
| § 86. | Caracterización | 247 |
| § 87. | Obra completa | 247 |
| § 88. | Llave en mano | 248 |
| § 89. | Rendimiento garantizado | 249 |
| § 90. | Producto en mano | 250 |

C) SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO

| | | |
|-------|---|-----|
| § 91. | Ajuste alzado o suma cerrada | 251 |
| § 92. | Precios unitarios o unidad de medida | 254 |
| § 93. | Coste y costas o costos más beneficio | 255 |

CAPÍTULO VIII

SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE OBRAS

| | | |
|-------|---|-----|
| § 94. | El contrato de construcción, cimiento de los sistemas de financiación de obras | 257 |
| § 95. | Concepto | 263 |
| § 96. | Diferentes sistemas de financiamiento de obras .. | 265 |
| | a) Financiamiento directo del proyecto | 265 |
| | b) Construcción, operación y transferencia de la obra | 267 |
| | c) Construcción, operación y adquisición en propiedad de la obra | 268 |
| | d) Emisión de títulos de deuda | 268 |
| § 97. | El contrato de préstamo | 271 |
| § 98. | Garantías | 276 |
| | a) Aplicación de las garantías ordinarias a los sistemas de financiación de obras | 277 |
| | b) Las garantías propias de los sistemas de financiamiento (“take or pay”, “throughputs”, “forward purchase” y “production payment agreements”) | 277 |
| § 99. | Los riesgos en materia de financiamiento de obras | 278 |

CAPÍTULO IX

RIESGOS

| | | |
|--------|---|-----|
| § 100. | Incertidumbre y riesgo como componentes necesarios de todo contrato | 279 |
| § 101. | Riesgos y mitigación o atenuación | 284 |
| § 102. | Concepto de riesgo | 286 |
| § 103. | Clasificación de los riesgos en el contrato de construcción | 288 |

| | | |
|--------|--|-----|
| § 104. | Riesgos de la etapa precontractual. Mitigación | 289 |
| § 105. | Riesgos de la etapa contractual hasta la terminación de la obra | 292 |
| | a) Originados en la propia conducta | 292 |
| | b) Riesgos originados en la conducta de la otra parte | 294 |
| | c) Originados en actos, hechos u omisiones de terceros | 296 |
| | 1) Terceros vinculados | 296 |
| | 2) Terceros no vinculados | 297 |
| | d) Originados en actos u omisiones de la autoridad pública | 297 |
| | e) Riesgos originados en la naturaleza | 298 |
| | 1) Clima | 298 |
| | 2) Suelos | 301 |
| | 3) Afectación del medio ambiente | 304 |
| | 4) Hecho tecnológico nuevo | 307 |
| § 106. | Riesgos de la etapa contractual posteriores a la terminación y entrega de la obra | 308 |
| § 107. | El contrato de seguro como instrumento de mitigación de riesgos en el contrato de construcción. Seguros de riesgo y seguros de caución | 309 |
| | a) Principales modalidades adoptadas de los contratos de seguros en riesgos de la industria de la construcción | 311 |
| | b) Diferentes tipos de seguros de riesgo utilizados en contratos de construcción | 312 |
| § 108. | Riesgos propios de las obras construidas mediante sistemas de financiación | 313 |
| | a) Control indebido de los negocios del constructor | 314 |
| | b) No conclusión del proyecto | 314 |
| | c) Inexistencia de suficientes interesados en el uso de la obra o en la utilización de sus productos | 315 |
| | d) Incremento de los costos de la operación | 316 |
| | e) Reducción del canon | 317 |
| | f) Incremento de las tasas de interés | 317 |
| § 109. | Efectos de la materialización de los riesgos sobre el contrato | 318 |
| § 110. | Conveniencia de pactar expresamente sobre atribución de riesgos | 318 |

CAPÍTULO X**CAMBIOS**

| | | |
|--------|---|-----|
| § 111. | Contrato, tiempo y cambios | 321 |
| | a) Variaciones en la conducta de las partes | 323 |
| | b) Cambios irrelevantes y cambios relevantes | 323 |
| § 112. | Cambios en el objeto | 324 |
| | a) Cambios no imprescindibles. Los trabajos adicionales | 326 |
| | b) Cambios imprescindibles | 333 |
| § 113. | Variaciones en las condiciones externas al contrato | 334 |
| § 114. | Manifestación de circunstancias preexistentes al contrato que sólo pudieron conocerse después de su firma | 338 |
| § 115. | Conveniencia de pactar expresamente el procedimiento para registrar los cambios. Hitos de consolidación de cambios del contrato | 339 |

CAPÍTULO XI**RESPONSABILIDADES**

| | | |
|--------|--|-----|
| § 116. | Concepto de responsabilidad. Moral, jurídica y contractual | 343 |
| § 117. | La responsabilidad en el contrato de construcción | 347 |
| § 118. | Responsabilidad precontractual | 348 |
| | a) Supuestos | 353 |
| | b) Normas legales aplicables | 354 |
| | 1) La responsabilidad extracontractual | 355 |
| | 2) Declaración unilateral de voluntad | 356 |
| § 119. | La responsabilidad contractual hasta la recepción de la obra | 359 |
| | a) Responsabilidades del constructor | 359 |
| | 1) Ejecutar correctamente la obra | 359 |
| | 2) Terminar y entregar la obra en el plazo convenido | 363 |
| | a) Causas de extensión del plazo de ejecución de la obra | 365 |

| | | |
|--------|---|-----|
| b) | Penalidades y premios en relación con el plazo | 368 |
| c) | La responsabilidad por destrucción de la obra por caso fortuito o fuerza mayor durante la ejecución | 370 |
| 1) | Destrucción de la obra en la que los materiales han sido suministrados por el constructor | 370 |
| 2) | Destrucción de la obra en la que los materiales han sido suministrados por el comitente | 371 |
| b) | Las responsabilidades del comitente | 371 |
| 1) | Pagar el precio equivalente a la obra construida en el tiempo y en la forma pactadas | 371 |
| 2) | Entregar oportunamente el emplazamiento de la obra, los permisos necesarios y demás obligaciones asumidas | 372 |
| 3) | Verificar y recibir la obra | 372 |
| 4) | Responsabilidad por destrucción de la obra por caso fortuito o fuerza mayor durante la ejecución | 373 |
| 5) | Reticencia en resolver la incorporación de los cambios en el contrato | 373 |
| § 120. | La responsabilidad posterior a la recepción de la obra | 373 |
| a) | Responsabilidad del constructor | 373 |
| 1) | Vicios o diferencias ocultos | 375 |
| 2) | Ruina o amenaza de ruina de la obra | 380 |
| b) | La responsabilidad del comitente | 386 |
| § 121. | La responsabilidad de las partes frente a terceros | 386 |

CAPÍTULO XII

GARANTÍAS

| | | |
|--------|-------------------------------------|-----|
| § 122. | Responsabilidad y garantías | 391 |
| § 123. | Concepto | 393 |
| § 124. | Garantías reales y personales | 394 |
| a) | Garantías reales | 394 |
| b) | Garantías personales | 396 |
| 1) | Fianza dependiente | 400 |

| | | |
|--------|--|-----|
| | 2) Fianza independiente | 402 |
| | 3) Fianza solidaria | 403 |
| | 4) Cartas de soporte, respaldo o “comfort” ... | 403 |
| § 125. | Garantías a primera demanda o a simple demanda | 404 |
| § 126. | Institutos originalmente destinados a otras finalidades empleados como garantías | 410 |
| | a) Seguro de caución | 411 |
| | b) Compraventa de cosa futura | 412 |
| | c) Carta de crédito “stand by” | 412 |
| | d) El fideicomiso como garantía | 413 |
| | e) Cesión de créditos o derechos en garantía | 413 |
| § 127. | Obligaciones que habitualmente se garantizan en el contrato de construcción | 414 |
| | a) Garantías requeridas al constructor | 414 |
| | 1) De oferta | 415 |
| | 2) De fiel cumplimiento del contrato | 415 |
| | 3) De restitución de anticipos | 416 |
| | 4) Fondo de reparos | 416 |
| | 5) De rendimiento o “performance” | 416 |
| | 6) De pago a trabajadores, proveedores y subcontratistas | 417 |
| | b) Garantías requeridas al comitente | 417 |
| § 128. | Garantías legales de pago del precio y de los salarios | 418 |

CAPÍTULO XIII

SOLUCIÓN DE DIVERGENCIAS

| | | |
|--------|---|-----|
| § 129. | Divergencias. Afirmación o crisis del contrato .. | 421 |
| § 130. | La ley y el contrato en la solución de las divergencias | 426 |
| § 131. | Sistemas de solución de divergencias | 428 |
| § 132. | Estructura para un sistema eficiente | 428 |
| | a) La etapa primera: funcionarios neutrales y registro de normas y documentos | 429 |
| | b) La etapa segunda: máximas autoridades y auxilios de terceros | 430 |
| | c) La etapa tercera: juicio o arbitraje | 431 |
| § 133. | El sistema de árbitro permanente | 432 |

CAPÍTULO XIV**FINALIZACIÓN DEL CONTRATO****A) FINALIZACIÓN EXITOSA**

| | | |
|--------|--|-----|
| § 134. | Entrega de la obra o el producto prometidos y pago completo del precio | 433 |
| § 135. | Verificación y aprobación de la obra | 435 |
| § 136. | Consecuencias de la desaprobación de la obra ... | 444 |
| § 137. | La entrega y recepción de la obra. Recepciones expresa o tácita, total o parcial, pura y simple o con reservas | 445 |
| § 138. | Recepción provisional y recepción definitiva | 449 |
| § 139. | El sistema de recepción única | 451 |
| § 140. | Pago total y completo del precio, solución definitiva de divergencias y liquidación final de cuentas | 454 |

B) FINALIZACIÓN MALOGRADA

| | | |
|--------|--|-----|
| § 141. | Nulidad del contrato | 457 |
| § 142. | Imposibilidad de cumplimiento | 459 |
| § 143. | Rescisión | 460 |
| § 144. | Rescisión unilateral por el comitente o por el constructor | 461 |
| § 145. | Resolución | 463 |
| § 146. | La frustración del contrato | 464 |
| | <i>Bibliografía</i> | 469 |