

DERECHO INTERNACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN

Volumen 122 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Derecho Internacional
de la Construcción**

Yuri Vega Mere
Sergio García Long
Editores

Prólogo de David Mosey CBE FICE

John Uff CBE QC
Sam Moss
Stavros Brekoulakis
Ahmed El Far
Bernardo M. Cremades
Tomasz Darowski
Sergio García Long

Julian Bailey
Stephen A. Hess
Thomas Richards
Yuri Vega Mere
Christopher Seppälä
Sharon Grados Huamán
Eugenio Zoppis

DERECHO INTERNACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, junio 2025
Tiraje: 350 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2025-05877

ISBN: 978-612-4400-74-2
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	9
Prólogo	
¿Cuál es el futuro del derecho de la construcción? <i>Profesor David Mosey CBE FICE</i>	11
Prefacio	21
¿El sector de la construcción se agita o se ahoga? <i>John Uff CBE QC</i>	27
El derecho suizo versus el inglés en la interpretación de los contratos: ¿se adapta mejor la ley suiza a las realidades de los contratos internacionales de construcción? <i>Sam Moss</i>	47
Subcontratos y arbitraje multiparte en conflictos de construcción <i>Stavros Brekoulakis</i> <i>Ahmed El Far</i>	81
Cláusulas escalonadas de resolución de conflictos <i>Bernando M. Cremades</i>	111
Cláusulas <i>rebus sic stantibus</i> en reciente jurisprudencia polaca <i>Tomasz Darowski</i>	135

- ¿Es necesaria la buena fe en los contratos internacionales de construcción? Lecciones desde el derecho inglés 145
Sergio García Long
- Daños por demora y condiciones de la obra: contrastes entre el derecho inglés y el americano 201
Julian Bailey
Stephen A. Hess
- ¿Tenga cuidado, constructor?
¿La preocupación internacional por la norma contra las garantías implícitas de edificabilidad justifica un cambio de enfoque en Nueva Zelanda? 249
Thomas Richards
- La disrupción y el atraso en los contratos de construcción. (La mirada de un *civil lawyer*) 273
Yuri Vega Mere
- Reclamos fuera del contrato contra entidades estatales en el *civil law* 315
Christopher Seppälä
- Controversias derivadas de Reclamos Globales (*Global Claims*) en contratos de ingeniería y construcción 335
Sharon Grados Huamán
- El riesgo de suelo e informes de línea de base geotécnica 403
Eugenio Zoppis

NOTA DEL EDITOR

La *Biblioteca de Arbitraje* tiene el honor de publicar esta obra, que constituye el volumen 122 de nuestra colección, titulada *Derecho Internacional de la Construcción*, libro colectivo que reúne trabajos de catorce autores, bajo la muy cuidada dirección de los profesores Yuri Vega Mere y Sergio García Long.

El doctor Vega Mere es Profesor en la Universidad de Lima y Miembro de la Society of Construction Law; en tanto que el doctor García Long es Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico, además de Miembro del European Law Institute y de la Society of European Contract Law.

Esta obra cuenta con el aporte de catorce autores de las más diversas latitudes, todos ellos expertos en Derecho de la Construcción, una especialidad que ha cobrado mucha importancia en las últimas décadas y que en nuestro país se ha instalado con fuerza a raíz del incremento en el desarrollo de obras de infraestructura y del empleo de diversos mecanismos contractuales de carácter universal, más allá de los tradicionales que han sido moneda corriente en las obras públicas y privadas.

El avance teórico y práctico del Derecho de la Construcción trae nuevos retos en la cotidianeidad de su desarrollo y esta obra constituye un valioso aporte al respecto. Se trata, por lo demás, del primer título de nuestra colección dedicado, por completo, al Derecho de la Construcción, lo que nos complace sobremanera.

La *Biblioteca de Arbitraje* agradece la confianza que los editores de la obra, los profesores Vega Mere y García Long, han depositado en nuestra colección, al igual que lo ha hecho tan calificado grupo de autores

que los acompaña en este valioso libro que, como siempre, ponemos a disposición de nuestros lectores.

Lima, abril de 2025
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho; Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje, Biblioteca de Derecho y Biblioteca de Arbitraje - Serie Digital de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa www.castillofreyre.com

PRÓLOGO

¿CUÁL ES EL FUTURO DEL DERECHO DE LA CONSTRUCCIÓN?

Están surgiendo cambios importantes en la forma en que el sector de la construcción y sus clientes son atendidos por la ley, y estos cambios crean nuevas funciones y responsabilidades para los abogados de la construcción. La dirección futura del derecho de la construcción está marcada por los recientes avances en:

- La integración de los procesos de contratación de la construcción y los sistemas contractuales.
- La creación de contratos de colaboración a largo plazo para mejorar los resultados de los proyectos.
- El uso de la gestión conjunta de riesgos para conseguir emisiones netas de carbono cero.
- El papel y el potencial crecientes de los *dispute boards*.

El derecho de la construcción puede ofrecer un apoyo de 360 grados a la industria y a sus clientes, proporcionando no solo una experiencia reactiva cuando los proyectos van mal, sino también un asesoramiento proactivo sobre lo que ayudará a los equipos de proyecto a tener éxito. Los contratos de construcción modernos pueden diseñarse no solo para asignar riesgos y resolver litigios, sino también para ayudar a los equipos de proyecto a ofrecer un mayor valor económico, social y medioambiental.

Los contratos de construcción deben describir nuevas formas de abordar los principales problemas que afectan a las comunidades, las naciones y el planeta en una época en la que el dinero escasea, la tecnología avanza rápidamente y la construcción y el sector inmobiliario contribuyen al 38 % de todas las emisiones de carbono. Por ejemplo, los abogados pueden crear contratos integrados que apoyen la adquisición de proyectos “*whole-life*”, pueden crear contratos multi-partitos que conecten licencias mutuas de propiedad intelectual y permitan la gestión digital de la información, y pueden crear contratos multi-proyecto a largo plazo que atraigan la inversión de la industria en la construcción y la fabricación fuera de la obra.

Un enfoque moderno del derecho de la construcción también debería centrarse en un planteamiento holístico de los proyectos, vinculando las formas en que los clientes identifican y aplican las “cuatro íes” de:

- Intención, expresada en la estrategia del cliente.
- Información, expresada en las instrucciones del cliente y en las propuestas del adjudicatario.
- Integración, conectando el pliego de condiciones del cliente con las propuestas aceptadas del adjudicatario y alineando los diferentes intereses comerciales de las partes.
- Incentivación, mediante sistemas de gestión contractual que generen confianza, recompensen el rendimiento y reduzcan el riesgo de litigios¹.

¹ Estas cuatro etapas se describen detalladamente en https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b9cb41e90e07043e8ff5cc/Constructing_The_Gold_Standard_Final.pdf

Este enfoque holístico puede crear relaciones de colaboración sólidas y ofrecer soluciones prácticas que van más allá de un concepto vago de colaboración como la “buena fe”. En relación con la colaboración y la buena fe, el juez británico sir Rupert Jackson dijo: “Un ejercicio de contratación o un proyecto de construcción exitoso es aquel en el que todos los participantes trabajan juntos en colaboración para lograr un fin común. Esto no es fácil de conseguir porque cada uno de los participantes tiene sus propios intereses comerciales y reputaciones que proteger. Hace tiempo que creo que la mera inclusión de perogrulladas como que «las partes trabajarán juntas de buena fe» añade poco al término implícito de cooperación, y una serie de casos recientes han demostrado que esa redacción rara vez sirve a las partes cuando surge una disputa”².

Entre los compromisos más específicos que sustentan el éxito de los proyectos de construcción figuran los siguientes:

- Criterios de evaluación equilibrados en un proceso de licitación que no se centre solo en el precio, sino que también obtenga propuestas de los licitadores para mejorar la eficiencia, el diseño, el coste, el riesgo y la gestión del tiempo.
- Nombramiento anticipado del contratista de nivel 1 en virtud de un contrato condicional que cree el tiempo y los procesos acordados necesarios para poner a prueba las propuestas de licitación del contratista de nivel 1, obtener nuevas propuestas de los subcontratistas y proveedores de nivel 2, y alinearlas con los requisitos del cliente y el consultor antes del inicio de las obras.
- Relaciones contractuales multi-partitas que creen transparencia entre los miembros del equipo, que creen compromisos mutuos

² Sir Rupert Jackson en David Mosey, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, Wiley 2019.

directos para reducir la vigilancia por parte del cliente o del director del proyecto de las reclamaciones conflictivas, que creen compromisos compartidos con respecto a las interfaces y los plazos, y que creen un sistema para la toma de decisiones con respecto a las propuestas de mejora y las propuestas de gestión de riesgos.

Estos sistemas funcionan conjuntamente para evitar la “carrera hacia el abismo” de las licitaciones de precio mínimo en una sola fase y superar el “*Groundhog Day*” del aprendizaje perdido cuando las innovaciones y eficiencias no se comparten entre distintos proyectos. Una serie de casos prácticos de “proyectos de prueba” muestra cómo este planteamiento puede suponer un ahorro medio del 18,5 %, además de mejoras significativas en calidad, seguridad, valor social y valor medioambiental, así como la prevención de litigios gracias a la gestión conjunta de riesgos³. La designación temprana y condicional de los contratistas para que trabajen junto a los consultores durante la fase previa a la construcción es ahora un mandato del Gobierno del Reino Unido sobre la base de “*comply or explain*” y cuenta con el apoyo de 50 importantes organismos del sector⁴.

El sector de la construcción es de alto riesgo, y sir Michael Latham, gurú de la construcción en el Reino Unido, comentó que “el riesgo puede gestionarse, minimizarse, compartirse, transferirse o aceptarse. No se puede ignorar”⁵. Sin embargo, sin un sistema contractual conjunto de gestión de riesgos, las evaluaciones de riesgos realizadas por un cliente y sus consultores antes de seleccionar al contratista de primer nivel no pueden revisarse ni discutirse con el contratista seleccionado. Solo un nombramiento temprano condicional del contratista permite al

³ Estos casos prácticos se examinan en detalle en Mosey, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*. Ob. cit.

⁴ | https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6312222de90e07588092-3330/14.116_CO_Construction_Playbook_Web.pdf

⁵ | <https://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Constructing-the-team-The-Latham-Report.pdf>

cliente, a los consultores y al contratista de nivel 1 seleccionado llevar a cabo juntos la diligencia debida antes del inicio de las obras, cuestionar las hipótesis de riesgo de cada uno y reducir esos riesgos y cualquier fijación arbitraria de precios de riesgo.

Por ejemplo, en el proyecto de la Academia de Bermondsey, en Londres⁶, el cliente seleccionó al contratista en una fase temprana sobre la base de criterios de evaluación cualitativa combinados con un presupuesto establecido y límites precordados de beneficios y gastos generales. A continuación, utilizó la designación anticipada del contratista y los sistemas conjuntos de gestión de riesgos en el marco del formulario contractual PPC2000⁷ para examinar los riesgos graves durante la fase previa a la construcción, como resultado de lo cual:

- Se identificaron los riesgos y sus posibles efectos adversos sobre los costes y los plazos, y el equipo acordó medidas y plazos para reducirlos y reducir sus costes.
- Las medidas de gestión de riesgos acordadas abordaron los riesgos de acceso limitado al emplazamiento, el descubrimiento de contaminación *in situ* y la necesidad de última hora de cambiar el emplazamiento de una escuela provisional necesaria.
- La pronta designación del contratista y el incentivo del ahorro compartido permitieron acordar diseños innovadores y soluciones de riesgo pragmáticas dentro del presupuesto fijo precordado.
- Las innovaciones acordadas incluyeron ventajas medioambientales premiadas, como un 90 % de iluminación y ventilación naturales.

⁶ <http://ppc2000.wiserhosting.com/wp-content/uploads/2016/12/10-Year-Anniversary-PPC-and-5-Year-TPC.pdf>

⁷ <http://ppc2000.co.uk/>

Las ventajas de seleccionar pronto a los contratistas con criterios equilibrados de coste y calidad pueden aumentar considerablemente si los proyectos se agrupan en un marco a largo plazo para compartir nuevas ideas, medir las mejoras y motivar los compromisos de colaboración. El informe británico *Constructing the Gold Standard*⁸, ampliamente respaldado por el Gobierno británico y el sector de la construcción, muestra cómo los marcos pueden crear “una sala de máquinas para realizar proyectos mejores, más seguros, más rápidos y más ecológicos”:

- Los componentes de un estándar oro con el que medir los marcos y los contratos marco.
- Las cláusulas contractuales estándar que respaldan el nuevo estándar oro.

Los estudios de casos del Gold Standard muestran lo que se puede conseguir cuando los nombramientos tempranos de contratistas se combinan con marcos de colaboración a largo plazo. Por ejemplo, un proyecto de 157 millones de libras de una prisión del Reino Unido se apoyó en un contrato marco de colaboración y en el nombramiento anticipado del contratista de nivel 1 y del subcontratista mecánico y eléctrico de nivel 2, que aplicaron un diseño conjunto y la gestión de riesgos en el marco de un contrato de proyecto PPC2000⁹. Los resultados fueron los siguientes:

- Se acordó un ahorro del 26 % antes del inicio de las obras con respecto a las estimaciones de costes del cliente, a pesar de la subida del mercado.

⁸ https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b9cb41e90e-07043e8ff5cc/Constructing_The_Gold_Standard_Final.pdf

⁹ http://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2015/12/Trial-Projects-North-Wales-Prison-Case-Study_Final.pdf

- Innovaciones propuestas por el contratista de primer nivel Lend Lease y sus subcontratistas gracias a la experiencia adquirida en proyectos marco anteriores, como la mejora de la iluminación, nuevas huellas de construcción y mejoras medioambientales esenciales.
- Planificación conjunta con múltiples proveedores en distintas jurisdicciones europeas para gestionar el riesgo causado por la escasez de prefabricados.
- Reducción de los riesgos para la comunidad y ahorro acordado de 4 millones de libras gracias a la mitigación del amianto *in situ* mediante un subcontratista local especializado.
- Reprogramación acordada de la construcción para mitigar el riesgo de retraso en el inicio de las obras.
- Gestión de las objeciones locales garantizando que el 77 % de las personas que trabajan en la obra sean locales y creando una “academia de habilidades” *in situ* que apoye nuevos aprendizajes.

Este estudio de caso y otros similares condujeron a la creación del publicado FAC-1 Framework Alliance Contract, un innovador contrato marco multipartito que conecta, integra y rige las actividades compartidas, el aprendizaje compartido y la mejora del rendimiento¹⁰. FAC-1 proporciona un integrador contractual para los múltiples contratos FIDIC, NEC o PPC2000 cuando son adjudicados por uno o más clientes a uno o más consultores/contratistas/otros proveedores en relación con:

- Un programa de proyectos relacionados o no.
- Los componentes o fases de un proyecto complejo.

¹⁰ <https://allianceforms.co.uk/fac-1/>

- La integración de las contribuciones de los miembros del equipo a la gestión digital de la información.
- Acelerar la adopción de planes de acción cero neto¹¹.

El FAC-1 se ha utilizado en proyectos y programas de trabajo por valor de más de 100,000 millones de libras esterlinas. Se ha adaptado y traducido al español para su uso en Perú, Chile y otras jurisdicciones latinoamericanas¹², y se ha adaptado y traducido al portugués para su uso en Brasil, donde se ha probado con éxito en un proyecto de parque eólico¹³. En 2024, el FAC-1 fue aprobado como integrador de proyectos complejos en las directrices publicadas por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo¹⁴, y ese mismo año también fue aprobado en las directrices publicadas por NEC¹⁵.

Algunos tipos de contrato intentan evitar disputas exigiendo un enfoque “*no blame*”, por ejemplo, el NEC4 “Alliance Contract”, que establece que “cualquier incumplimiento por parte de un miembro de la Alianza de sus obligaciones establecidas en estas condiciones de contrato no dará lugar a ningún derecho u obligación exigible ante la ley, excepto aquellos que sean el resultado de una acción u omisión intencionada”¹⁶. Sin embargo, esta redacción es demasiado general para tener un impacto comercial y puede dar lugar a disputas involuntarias sobre el significado de “intencional”. Parece una admisión de derrota que un

¹¹ Se incluyen estudios de casos y notas prácticas en relación con los diferentes usos del FAC-1 en David Mosey, *The FAC-1 Framework Alliance Contract: A Handbook*, LPP 2023.

¹² Led by Eric Franco in Peru. See <http://allianceforms.co.uk/>

¹³ Led by Leonardo Toledo da Silva in Brazil. See <http://allianceforms.co.uk/>

¹⁴ <https://www.ebrd.com/documents/procurement/use-of-framework-alliance-contract-model-in-complex-projects.pdf>

¹⁵ https://www.neccontract.com/getmedia/927fb0b0-eab4-406d-895e-7e3f14b4627a/NEC4_FAC-1-Guidance-Notes.pdf?ext=.pdf&srsId=AfmBOooQcGqSIWnu4xIJ0XaZZ4m37Y2w_SQdc_CUOdKv8-QFIYJT3vkH

¹⁶ https://www.neccontract.com/products/contracts/nec4/alliance-contract?srsId=AfmBOopvU7n19CQLxRmW93KVtEl5cgQJaVEx_CkwKcEctahWr-9aarvr

contrato excluya los derechos comerciales habituales en caso de problemas en lugar de centrarse en nuevas relaciones y sistemas diseñados para evitar que surjan esos problemas.

Un enfoque más eficaz para la resolución no contenciosa de litigios es el papel emergente de los *dispute boards*, introducidos por primera vez en los contratos FIDIC y ahora también incluidos en los contratos NEC y FAC-1. Un reciente estudio internacional del King's College London analizaba las características de los *dispute boards* y las opiniones de los usuarios¹⁷, y mostraba que existe potencial para que los *dispute boards* desempeñen un papel cada vez más proactivo en la gestión de riesgos y la prevención de litigios, así como en la resolución de conflictos.

En conclusión, sobre la base de pruebas convincentes e impulsado por la necesidad de ofrecer resultados de construcción más seguros, más ecológicos y más eficientes es probable que el futuro del derecho de la construcción incluya un cambio hacia contratos más colaborativos tanto a nivel de proyecto como a nivel marco. Esto requiere que los abogados de la construcción dirijan sus esfuerzos cada vez más hacia los mejores medios para captar y describir los compromisos, relaciones y procesos probados que aumentan las oportunidades de añadir valor y que reducen los riesgos para los clientes y el sector.

Profesor David Mosey CBE FICE

Centre of Construction Law & Dispute Resolution
King's College London

¹⁷ <https://www.kcl.ac.uk/law/assets/kcl-dpsl-2024-dispute-boards-international-survey-report-digital-aw.pdf>

PREFACIO

El Derecho Internacional de la Construcción es un área que mezcla diversas materias jurídicas y no jurídicas. Entre las primeras destaca el derecho contractual y el arbitraje, mientras que en la segunda la ingeniería. Este es un núcleo duro, sin perjuicio de otras consideraciones relevantes entre derecho privado y público, derecho nacional e internacional, teoría y práctica contractual (que a veces echa mano a las fuentes o instrumentos de *soft law*), entre otros.

Acá queremos resaltar la relevancia del derecho contractual y del arbitraje en el Derecho Internacional de la Construcción. Su estudio es de especial interés para los interesados en el derecho comparado e internacional, que no se limita a los académicos y comentaristas, sino también —y con mayor relevancia— a los abogados en ejercicio que se dedican a redactar contratos y aquellos que se dedican al arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos en materia de construcción.

Al respecto, queremos destacar tres puntos fundamentales para entender la dinámica del Derecho Internacional de la Construcción:

- En la negociación de contratos internacionales intervienen abogados del *civil law* y del *common law*.
- Los contratos internacionales de construcción se alejan del derecho nacional y se someten a estándares internacionales, muchas veces sobre la base de las estructuras propuestas por instituciones prestigiosas que reúnen profesionales de distintas especialidades, pero unidos por su vínculo con el mundo de la construcción e infraestructura.

- Los contratos internacionales de construcción suelen someterse por pacto al derecho inglés, aun cuando a veces los derechos locales pueden tener un rol subsidiario (pero no por ello menos decisor) cuando se ha recurrido a los esquemas estandarizados internacionalmente.

En primer lugar, el abogado civilista que ejerce en el sector construcción no puede limitarse a solo conocer su Código Civil y derecho nacional. Ello es insuficiente, incluso frente a contratos domésticos. Los contratos de construcción suelen estar influenciados por estándares internacionales o por técnicas de redacción de otras jurisdicciones, sobre todo del *common law*. Además, por la misma internacionalización, la negociación de los contratos de construcción reúne a abogados de diversas familias jurídicas. Lo mismo ocurre en el arbitraje, que permite a las partes nombrar al árbitro de su preferencia, que no tiene que ser de la misma familia jurídica de los abogados litigantes o de la ley nacional que rige el contrato. En otras palabras, un abogado francés y otro inglés pueden negociar un contrato, así como un tribunal arbitral puede estar compuesto por un francés, un inglés y un chino.

Lo anterior plantea diversos desafíos para los abogados civilistas, en específico, cuando un abogado latinoamericano debe negociar un contrato con un abogado alemán, o uno inglés, o debe plantear la tesis de su caso ante un tribunal arbitral internacional. Si el latinoamericano debe negociar con un abogado alemán o inglés, lo más probable es que deba comunicarse en inglés. Si el abogado no maneja el idioma inglés, está perdido. Y si maneja el inglés, de poco le servirá comunicarse si no se puede hacer entender, lo cual suele ocurrir cuando no maneja el derecho del otro o no tiene conocimiento del derecho comparado y las prácticas internacionales.

Lo anterior es relevante porque, usualmente, el mismo concepto legal puede denominarse a través de diversos términos equivalentes como “buena fe” y “equidad”, o puede generar el mismo resultado como “bue-

na fe precontractual” y “*estoppel*”. Ello es relevante al momento de redactar las cláusulas del contrato y para exponer la tesis del caso frente a un tribunal arbitral internacional que puede estar familiarizado con un lenguaje legal distinto, usualmente desvinculado de nociones domésticas y acostumbrado a un léxico de derecho internacional. Por ejemplo, se prefiere “*force majeure*” y “*hardship*” en lugar de “caso fortuito o fuerza mayor” y “excesiva onerosidad”.

Entender la diversidad terminológica en el derecho comparado e internacional es relevante para definir la estrategia legal. Por ejemplo, es común que los abogados civilistas tengan que negociar cláusulas que excluyen la responsabilidad por “*consequential, indirect, and punitive damages*”. Ello suele llamar la atención de los civilistas, ya que son nociones ajenas al *civil law*, que provienen de *common law*. Aun así, tal cláusula está presente en los contratos sujetos a un Código Civil por las fuerzas del mercado, la internacionalización de la contratación, las compañías transnacionales, la fuerza negociadora, entre otros. ¿Cómo debería reaccionar un abogado civilista? ¿Cuál debería ser su estrategia? Por un lado, el abogado podría insistir en eliminar la cláusula si el derecho nacional no reconoce tales nociones de daño, podría proponer una modificación a la cláusula para cambiar los términos anglosajones por términos familiares al *civil law* como “daño emergente”, “lucro cesante” y “daño moral”, o simplemente podría quedarse callado y dejar la cláusula como está, ya que sería una cláusula de estilo sin valor ante la falta de reconocimiento de tales nociones de daño bajo la ley aplicable. Estas alternativas demuestran que el abogado tendría varios caminos para seguir y que el camino que elija será el que mejor se acomode a su caso, pero, sobre todo, conocerá de las opciones y elegirá bien con base en su conocimiento del derecho comparado e internacional.

Lo anterior es relevante tanto para operaciones nacionales como internacionales. Muchas compañías transnacionales tienen la política que usar el mismo modelo de contratos para todas las empresas de su grupo, independientemente de la ley aplicable. A veces se solicita a los abogados

locales “domesticar” o “customizar” el modelo corporativo; sin embargo, lo común es que no se permitan muchas desviaciones del modelo ya aprobado por los altos directivos del grupo. Entonces, si la empresa es americana, será irrelevante si el contrato se somete al derecho peruano, por ejemplo. Los abogados locales tendrán que negociar con base en un modelo anglosajón, incluso redactado en inglés y no en español. Con mayor razón, los contratos internacionales se redactan al margen de cualquier derecho doméstico y en inglés.

En segundo lugar, los contratos de construcción siguen estándares internacionales, tanto para operaciones domesticas como —evidentemente— internacionales. Diversas instituciones y grupos de trabajo que promueven la internacionalización y armonización han dado lugar a los modelos FIDIC, NEC, JCT, PPC, entre otros. Estos modelos buscan formar un marco contractual de referencia para transaccionales internacionales, lo cual es urgente en un contexto de negociación que reúne abogados de diversas familias jurídicas. Pero también es relevante para controversias nacionales, ya que los modelos internacionales, a pesar de tener disposiciones que se diferencian de las nociones domésticas, siempre parten de un estudio de derecho comparado para identificar deficiencias y, en consecuencia, proponen mejoras que influyen en futuras reformas de las leyes nacionales.

Para empezar, los típicos contratos de servicio y obra quedan cortos frente a las demandas del sector de la construcción. La sola aplicación del Código Civil es insuficiente. Ante ello, la práctica contractual suele derogar las disposiciones del Código Civil para incluir una solución más apropiada para el contrato. Con el tiempo, estos usos y prácticas se estandarizan y se convierten en el derecho vivo que se sobrepone a la teórica y forma la base de los estándares internacionales.

Además, los modelos internacionales buscan un consenso entre diferentes sistemas jurídicos, principalmente el *civil law* y el *common law*. Por ejemplo, ¿cómo se concilian las diferentes perspectivas sobre la buena

fe entre un abogado alemán y un inglés al redactar una cláusula sobre la buena fe? Una forma de seguir con las negociaciones y no llegar a un punto de *deal breaker* sería incluir la redacción “*trust and co-operation*”, como ocurre bajo el modelo NEC. De esta manera, si el abogado francés conoce y entiende la perspectiva inglesa y que el abogado inglés no aceptará la inclusión de “*good faith*” en el contrato, podría sentirse cómodo con la alternativa “*trust and co-operation*”, o incluso considerar “*reasonableness*”. Si el fondo es lo mismo, la forma es prescindible. El abogado francés seguirá delante de manera exitosa por su conocimiento de derecho comparado e internacional.

En tercer lugar, el derecho inglés suele ser pactado como ley aplicable en contratos internacionales, entre ellos los de construcción. Hay varias características del derecho inglés que son bien vistas por el comercio internacional y las transacciones transfronterizas, como la preferencia por la certeza y seguridad jurídica, el *pacta sunt servanda*, el sistema del precedente y los medios efectivos de solución de conflictos, que se contraponen a la experiencia en otras jurisdicciones en las que los jueces pueden intervenir en los contratos para terminarlo o adaptarlo, la ley local tiene conceptos generales y ambiguos como la buena fe, renegociación, cooperación y similares, la falta de consistencia en los fallos judiciales, problemas de corrupción e inexperiencia de cortes, entre otros.

Por ello, en el marco de los contratos de construcción, es esencial el conocimiento del derecho inglés y, por ello, es común que muchos abogados de *civil law* estudien en el Reino Unido, destacando King’s College London y su Centre of Construction Law & Dispute Resolution, por ejemplo. Este dato es muestra de que los expertos en derecho de la construcción, aunque vengan de una jurisdicción del *civil law*, estudian al derecho inglés para ejercer con éxito o ser académicos destacables.

Debido a la influencia del *common law*, en la práctica contractual se observa la estandarización de diversas cláusulas de origen anglosajón que usualmente son estudiadas contraponiendo el enfoque inglés y el

americano. Por ejemplo, destacan las cláusulas “*no damages for delay*”, “*continued performance*”, “*back-to-back*”, “*pay if paid*”, “*differing site conditions*”, entre otras. Si estamos ante una operación internacional o sujeta al derecho inglés, tales cláusulas serán interpretadas según el *common law*. Ante ello, el abogado civilista debe conocer el derecho inglés y americano; por otro lado, si se diera el caso de que el contrato sigue la técnica de redacción anglosajona, pero el contrato es sometido a una ley del *civil law*, con mayor razón el abogado civilista deberá conocer el derecho inglés para analizarlo bajo la ley civilista y revisar su compatibilidad. ¿Se trata de una cláusula válida? ¿Es una cláusula que deroga alguna disposición de la ley nacional? ¿El pacto se rige solo por su texto o aplica alguna disposición supletoria de la ley nacional? Ciertamente, esta tendencia genera desafíos adicionales. Para superarlos, es esencial el conocimiento del derecho comparado e internacional.

El presente libro es una materialización de las preocupaciones anunciadas. Contiene diversos trabajos de expertos en el sector de la construcción internacional que comparan diversas perspectivas entre jurisdicciones mismas del *civil law*, entre el derecho inglés o el americano, y entre jurisdicciones del *civil law* y *common law*, sobre diversos temas aplicados a la construcción desde los contratos y arbitraje como cláusulas escalonadas, la buena fe, cambio de circunstancias, riesgo de suelo, garantías implícitas, tipos de reclamos, entre otros. Esperamos que este libro marque un comienzo para el estudio serio del Derecho Internacional de la Construcción desde el derecho comparado e internacional en jurisdicciones de habla hispana.

Yuri Vega Mere

Profesor de la Universidad de Lima

Miembro de la Society of Construction Law

Sergio García Long

Profesor de la Universidad del Pacífico y PUCP

Miembro de la European Law Institute y la Society of European Contract Law

¿EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN SE AGITA O SE AHOGA? *

*John Uff CBE QC***

* Traducción del inglés al español cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester). Conferencia Anual Sweet & Maxwell pronunciada el 11 de mayo de 2017 con motivo del 20 aniversario de la fundación de la Asociación de Derecho de la Construcción del King's College London, que es la organización de antiguos alumnos del Centro de Derecho de la Construcción.

En su análisis de la situación del sector de la construcción en el Reino Unido desde la creación del Centro de Derecho de la Construcción en 1997, John Uff se plantea dos preguntas: ¿por qué debería preocuparse el Centro por el sector de la construcción? y ¿qué le pasa al sector de la construcción? Para responder a la segunda pregunta, examina la serie de comisiones e investigaciones que han analizado las dificultades a las que se enfrenta el sector y ha intentado encontrar soluciones. Para responder a la primera pregunta, examina el papel que el Centro ha desempeñado, y sigue desempeñando, en la investigación y la redacción de modelos de contrato.

** Profesor emérito y antiguo Director del Centro de Derecho de la Construcción del King's College London. John Uff se formó originalmente como ingeniero civil, especializándose en geotecnia, pero tras cinco años de práctica se trasladó al Colegio de Abogados y se convirtió en el último alumno de Donald Keating. Al tiempo que desarrollaba una amplia práctica en todos los ámbitos de la ingeniería y la construcción, ha mantenido un gran interés por la escritura, la docencia y el mundo académico. En 1987 fue nombrado Director fundador del Centro de Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos del King's College de Londres, y en 1992 ocupó la Cátedra Nash de Derecho de la Ingeniería de la Universidad de Londres. Desde 2003 es catedrático emérito de Derecho de la Ingeniería en el King's College. La reputación nacional e internacional de John Uff le ha valido numerosos nombramientos como árbitro en importantes litigios en la mayor parte del mundo, así como su designación para presidir investigaciones públicas en el Reino Unido y en el extranjero. Ha mantenido un estrecho contacto con el mundo de la ingeniería a través del ICE y la Real Academia de Ingeniería. En las dos últimas décadas, John Uff ha participado estrechamente en numerosos avances del sector de la construcción, a través de comités y publicaciones, y más recientemente ha encabezado la campaña de la profesión de ingeniero para establecer un nuevo código deontológico en la profesión. En 1996 presidió una investigación pública sobre el agua en Yorkshire. En 1998-2001 presidió dos investigaciones públicas sobre accidentes ferroviarios: en primer lugar, la de Southall y, en segundo lugar, junto con Lord Cullen, la de los sistemas de seguridad ferroviaria tras el accidente de Paddington. Más recientemente, fue invitado a presidir un grupo de comisionarios encargados de investigar las actividades del sector de la construcción pública en Trinidad y Tobago. Su informe, que recibió amplia publicidad en todo el Caribe, fue entregado al Presidente en marzo de 2010. Entre sus actividades profesionales cabe destacar su participación en la Corte y su nombramiento como Vicepresidente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, así como su labor como Presidente de la Sociedad de Árbitros de la Construcción y Maestro de la Worshipful Company of Arbitrators.

1. ¿Por qué debería preocuparse el Centro de Derecho de la Construcción por la industria de la construcción? ¿Y qué tiene de malo el sector de la construcción?

2. Para responder a la segunda pregunta, el sector de la construcción ha padecido dificultades perennes durante muchas décadas que han sido expuestas periódicamente a través de una serie de comisiones e investigaciones. Los informes se han vuelto cada vez más alarmantes a medida que la industria de la construcción del Reino Unido se ha enfrentado a una competencia cada vez más feroz, primero en los mercados extranjeros, pero ahora cada vez más en nuestro propio patio trasero, donde los contratistas con sede en el extranjero se sienten atraídos por nuestro mercado nacional de infraestructuras. Por supuesto, las normas de contratación de la UE les otorgan un perfecto derecho a licitar, a menudo con éxito, frente a las empresas nacionales.

3. En una de las últimas revisiones que he tenido el honor de dirigir en nombre de las tres mayores instituciones profesionales de ingeniería del Reino Unido¹ uno de los colaboradores, el director general de un gran contratista del Reino Unido², también muy conocido en el mundo del Derecho de la Construcción, comentó una larga lista de reformas atrasadas que la industria necesitaba y añadió:

Además, en el sector de la construcción del Reino Unido tenemos que encontrar la manera de adoptar una auténtica innovación y nuevas soluciones. La clase dirigente actual celebra los pequeños cambios graduales en lugar de retarnos a hacer mucho más. Adoptamos una postura muy conservadora y reacia al riesgo. La consecuencia es que nuestro sector de la construcción es probablemente el más atrasado del mundo desarrollado y, desde luego, el más improductivo.

¹ Institutions of Civil Engineers (ICE), Mechanical Engineers (I Mech E) y Engineering and Technology (IET).

² BAM Nuttall.

4. En caso de que se piense que esta observación es un caso atípico que oculta el verdadero estado de las cosas, considérese también la siguiente cita de otro conocido comentarista³ que considera:

Ante todo, es la disfuncionalidad estructural de la industria la que obstaculiza la innovación, desperdicia recursos (especialmente nuestros recursos de cualificación) y reduce nuestra productividad. En consecuencia, los costos de la construcción en el Reino Unido siguen siendo los más elevados de Europa.

Debemos preguntarnos cómo puede haberse llegado a esta situación cuando los conocimientos y la tecnología del que dispone el sector de la construcción, por no hablar del sector de la resolución de litigios, son mundialmente reconocidos.

5. Se han propuesto y probado numerosos enfoques nuevos. Peter Hansford, antiguo presidente de la ICE, fue nombrado en 2015/16 asesor jefe de construcción del Gobierno británico y elaboró un programa estratégico de construcción con objetivos clave de reducción del 33 % de los costos iniciales de construcción y de los costos a lo largo de toda la vida útil, reducción del 50 % de los plazos de entrega, reducción del 50 % de las emisiones de gases de efecto invernadero y reducción del 50 % de la brecha comercial de los materiales de construcción. A finales de 2016, Hansford fue despedido y se suprimió la función de CCA. No se han registrado avances en ninguno de estos objetivos.

6. Veamos algunos de los intentos anteriores de encontrar una solución a los altos costos y la baja productividad en el sector de la construcción. Durante algún tiempo, la supuesta solución se ha basado en la teoría de que los males de la industria de la construcción del Reino Unido podían achacarse a su naturaleza “contenciosa” y que la solución era ser menos contencioso y evitar los conflictos formales. Con esta mentalidad se puso de moda la “asociación” y surgieron una serie de nuevas formas de

³ Rudi Klein, CEO Specialist Sub-contractors Association, en *Building Magazine* 25.11.2016.

contrato con nombres como “carta de asociación”. Por lo general, se redactaron como declaraciones de intenciones no vinculantes con el objetivo declarado de trabajar juntos de “buena fe” y de “forma abierta y confiada”, con la promesa de actuar “de forma leal con los demás”⁴. La falta de fuerza contractual queda demostrada por la ausencia de casos legales. Lamentablemente, pero no por ello menos sorprendente, la asociación parece haber pasado de moda y se ha convertido en lo que el difunto y gran Ian Duncan Wallace QC denominó “otra moda fracasada”.

7. La búsqueda de una solución para evitar los litigios parece seguir viva y sigue considerándose un objetivo loable. Pero si su éxito ha de juzgarse por el boyante estado de la industria de la ejecución de adjudicaciones, no parece estar teniendo éxito. Aunque se podría afirmar que ahora hay muchas menos acciones del TCC, esto puede deberse, en gran parte, al aumento de las tasas judiciales y al protocolo previo a la acción, además del impacto de la adjudicación. Merece la pena señalar que el TCC sigue empleando a seis jueces a tiempo completo, en contraste con la situación en la que yo me encontraba cuando empecé a ejercer la abogacía, en la que había dos⁵, número que ha ido aumentando progresivamente a lo largo de los años y que, de hecho, alcanzó un máximo considerablemente mayor durante los días previos al caso Murphy de acciones por negligencia universales⁶.

8. Así, pues, la prevención de litigios nunca ha sido una respuesta viable a los problemas del sector de la construcción, como tampoco lo han sido las diversas invocaciones a actuar con equidad y comportarse correctamente. Entonces, ¿cuál puede ser la respuesta y por qué debería alguien suponer que el Centro de Derecho de la Construcción debería desempeñar algún papel en la búsqueda de la respuesta?

⁴ Véase JCT Partnering Charter.

⁵ HH Judge Sir Walker Carter QC y HH Judge Sir Norman Richards QC.

⁶ Véase *Murphy v Brentwood* [1991] 1 AC 398.

9. En una conferencia pronunciada ante los estudiantes del Centro de Derecho de la Construcción poco después de que este abriera sus puertas, Donald Keating QC planteó la siguiente pregunta: “¿Cuál es la diferencia entre un contratista y otro cuando el primero finaliza el contrato con éxito y el segundo no?”. Observó que, dado que existía una mano de obra común, así como un equipo común de profesionales que trabajarían para todos o cualquiera de los contratistas establecidos, la diferencia no podía residir en el personal que realizaba el trabajo. Concluyó que la diferencia debía residir en la gestión.

10. En la primera conferencia anual organizada por el Centro de Derecho de la Construcción en septiembre de 1988, al año siguiente de su creación, Donald Keating amplió este tema en una ponencia sobre “El control de la calidad”, publicada posteriormente en las actas recopiladas de dicha conferencia con el título “Política contractual en la construcción: mejora de los procedimientos y las prácticas”⁷. En su ponencia, Keating citaba la publicación especial 50 de la CIRIA⁸, en cuyo apartado 2.2 se establecía lo siguiente:

Los acuerdos contractuales como tales tienen poco efecto en la calidad alcanzada, pero las estructuras de gestión tienen una influencia considerable.

A continuación, Keating comentó lo siguiente:

El autor está muy de acuerdo con esta cita. Ilustra el acierto de quienes fundaron este departamento al incluir la gestión con el derecho. Sin embargo, ambos no pueden separarse. Un marco jurídico es esencial para una buena gestión. En última instancia, establece sanciones para la mala construcción y, dado que los seres humanos son falibles y no están totalmente motivados por el deseo desinteresado del bien, se ha descubierto que la sanción del mal es necesaria en la mayoría de los aspectos de la vida, incluida la construcción.

⁷ Editores John Uff y Phillip Capper.

⁸ Actas del Foro Nacional de Garantía de Calidad en la Construcción.

11. La referencia a la inclusión de la gestión con el derecho remite al título original adoptado, que era el de “Centro de Derecho y Gestión de la Construcción”. Hubo varias razones para esta elección, entre ellas el hecho de que la resolución de litigios, en 1987, apenas era un tema por derecho propio y que “gestión” expresaba convenientemente a qué se pretendía dirigir este Centro, además del tema puramente jurídico.

12. No es casualidad que, al mismo tiempo, el Dr. Martin Barnes, al frente de un equipo de redacción de la Institution of Civil Engineers, estuviera trabajando en la publicación de lo que entonces se denominaba un “nuevo contrato de estilo”. Martin Barnes también contribuyó con una ponencia a la Primera Conferencia Anual del Centro⁹ en la que se introducía el tema en los siguientes términos:

Los gestores de proyectos adoptan a menudo la actitud ejemplificada por la política de guardar el contrato en el cajón, solo para sacarlo si las relaciones de cooperación se rompen y hay que hacer frente a la perspectiva de litigios importantes. La opinión contraria, cada vez más extendida, es que un contrato de construcción moderno puede ser en sí mismo una fuerza que estimule las buenas relaciones, la gestión eficaz y la reducción de la incidencia de los conflictos. En lugar de guardarse en el cajón, podría ser el núcleo de los procedimientos de gestión utilizados en el proyecto, aplicado cada vez que haya que tomar una decisión importante que influya en la gestión de la obra y que implique a más de una de las partes.

13. El documento esboza a continuación el contenido y el objetivo del “nuevo contrato de estilo”, que pronto se convertiría en el nuevo contrato de ingeniería. El NEC cuenta ya con cuatro ediciones y es uno de los principales contendientes en el mercado de los nuevos contratos, incluido el mercado de los proyectos en el extranjero. La versión original del NEC recibió un impulso considerable a raíz de la Investigación Latham y sus informes, y se consideró entonces el epítome de las buenas prácticas y, de hecho, el camino a seguir para el sector de la construcción

⁹ El papel de los contratos en la gestión.

en el Reino Unido. Tal era la confianza del ICE, como generador del nuevo estilo de contrato, que en 2011 el ICE decidió romper sus vínculos con el más tradicional Formulario ICE de Contrato en el que era copatrocinador con la CECA¹⁰ y la ACE¹¹.

14. Los patrocinadores restantes no se conformaron con dejar morir el formulario ICE, ya que muchos de sus clientes consideraban que representaba la forma adecuada de procedimiento y equilibrio de riesgos para los grandes proyectos de infraestructuras. El formulario ha seguido siendo demandado y recientemente se ha vuelto a publicar en una forma totalmente revisada, ahora conocida como Condiciones del Contrato de Infraestructura¹². En abril de 2017 se publicó un formulario de subcontrato adjunto y el trabajo sobre una versión de costo objetivo se encuentra en una fase avanzada. Curiosamente, uno de los principales clientes de este tipo de contrato es Network Rail, que representa a uno de los principales usuarios de servicios de construcción e infraestructuras del Reino Unido.

15. Por lo que se refiere al sector de la construcción, el Tribunal de Contratos Conjuntos ha seguido produciendo a lo largo del periodo examinado nuevas ediciones y revisiones periódicas de su formulario normalizado, que contienen una redacción cada vez más refinada y procedimientos operativos mejorados. El objetivo de las nuevas versiones, como ocurre con todos los modelos de contrato, es promover una mayor eficacia en el proceso de construcción. De hecho, la producción de nuevos formularios de contrato publicados no ha cesado, y cada vez son más las instituciones y organismos de redacción que producen no solo un formulario, sino toda una “serie” de documentos que abarcan todas las formas posibles de contratación y toda la gama de obras de construcción. ¿Cómo es posible, entonces, que el sector de la construcción en el Reino Unido siga siendo “probablemente el más atrasado del mundo

¹⁰ Civil Engineering Contractors Association.

¹¹ Ahora la Association for Consultancy and Engineering.

¹² Con la versión Quantities de noviembre de 2014.

desarrollado y sin duda el más improductivo”? Esta pregunta exige sin duda una respuesta.

16. Entre los numerosos consejos que surgieron de la Investigación Latham, y que se incorporaron a los formularios estándar, figuraba la idea de que los proyectos de construcción se desarrollarían con mayor fluidez y se evitarían los litigios mediante la adopción de un procedimiento de “alerta temprana”. Esto motivaría a las partes a resolver los problemas y evitar los conflictos antes de que se formalizaran. Tal era la convicción de que este era el camino a seguir, que los redactores del nuevo Formulario de Contrato de la ICC fueron advertidos de que no había ninguna posibilidad de que el gobierno apoyara un contrato que no previera la alerta temprana y la colaboración para evitar posibles litigios. Merece la pena citar la cláusula que se incluyó en la edición de noviembre de 2014 del formulario de la ICC, ya que pretende encapsular el nuevo espíritu de evitar problemas:

6.1 El Contratista, el Empleador y el Ingeniero en su nombre colaborarán en la ejecución del contrato con espíritu de confianza y apoyo mutuo en interés de la terminación oportuna, económica y satisfactoria de las obras. En particular, el Contratista y el Ingeniero se notificarán mutuamente tan pronto como tengan conocimiento de cualquier asunto que pueda afectar al diseño de las obras o causar demoras o costos adicionales, independientemente de que se alegue que el asunto da lugar a alguna reparación en virtud del contrato. Tras la notificación [...]

17. El preámbulo anterior va seguido de un procedimiento por el cual el Ingeniero debe convocar una reunión de personas debidamente autorizadas para estudiar medidas destinadas a evitar o mitigar retrasos o costos adicionales, incluida la resolución de posibles litigios y, en caso de que no pueda llegarse a un acuerdo, para que el ingeniero dicte las instrucciones necesarias para el avance de las obras. No obstante, hay que señalar que aunque estas cláusulas parecen atractivas a primera vista y los procedimientos, si se siguen deberían poder evitar un litigio formal y las ineficiencias que este puede generar, no hay pruebas fehacientes de

que tales cláusulas se traduzcan en un trabajo más eficaz o en una reducción de los costos o los retrasos. Y estas cláusulas han estado en circulación durante un periodo cercano a la vida útil del Centro de Derecho de la Construcción.

18. Resulta interesante que en los últimos 25 años, desde que el NEC ocupó su lugar en el panteón de las principales formas de construcción, se ha desarrollado una cultura de promoción comercial de las formas de contrato, que incluye conferencias de formación en las que se cobra a los delegados sumas nada despreciables para que se les “enseñe” a manejar las Formas Estándar de Contrato. Esta promoción ha ido acompañada, especialmente en el caso del NEC, de afirmaciones sobre su propensión a lograr un resultado satisfactorio para el proyecto en cuestión. El NEC, como es bien sabido, se publicita ahora ampliamente a través del correo electrónico. En una de esas promociones se citaba lo siguiente bajo el título “Lo que dicen nuestros clientes”:

Es justo decir que el conjunto de contratos NEC3 ha sido uno de los elementos clave que han permitido ahorrar más de 600 millones de libras de dinero público sin perder ni una sola fecha clave de finalización y entrega. NEC3 no es solo un contrato, es una forma de gestionar un proyecto completo como este¹³.

19. Este no es el enfoque que cabe esperar de un organismo profesional. Sir Michael Latham al menos intentó ofrecer un apoyo razonado al NEC, pero la mejor manera de describirlo es como una exageración sin sentido. No cabe duda de que algunos contratos han tenido resultados favorables utilizando el NEC, pero otros no; y lo mismo puede decirse de cualquier formulario estándar. Lo importante es saber si, como se afirma, el NEC promueve o genera una mejor gestión y, por tanto, mejores resultados en los proyectos en los que se ha utilizado. Pero eso solo se sabría mediante una investigación sistemática de los resultados de los contratos, de la que carecemos por completo. Se ha atribuido mucho

¹³ Ken Owen, Commercial Director CLM.

mérito al uso del NEC en el proyecto de construcción de los Juegos Olímpicos de 2010 a 2012, que se afirma que se terminó en plazo y presupuesto y sin disputas. Las pruebas anecdóticas sugieren que ninguna de estas afirmaciones es objetivamente correcta, pero no se ha llevado a cabo ningún análisis sistemático del proyecto, o al menos no se ha publicado ninguno, por lo que estas afirmaciones permanecen en la misma esfera que la cita anunciada anteriormente.

20. Existen dificultades obvias para llevar a cabo un análisis sistemático de los resultados del contrato, que incluyen la extrema variabilidad de las circunstancias en las que se redactan y ejecutan los contratos, así como cuestiones de confidencialidad y la simple viabilidad de obtener acceso a todos los datos necesarios. No obstante, se han llevado a cabo análisis, incluida una tesis de maestría en derecho de la construcción realizada en agosto de 2014 por un estudiante de la Universidad Metropolitana de Leeds, que vio la luz solo porque obtuvo el premio de la Sociedad de Derecho de la Construcción. La tesis se titulaba “NEC: Adecuación para el Propósito” e incluía en el resumen de conclusiones lo siguiente:

Los principales resultados de esta disertación son que existe una falta de consenso en cuanto al significado del “espíritu de confianza mutua y cooperación” y las obligaciones que conlleva; hay desacuerdo sobre la responsabilidad de diseño que NEC3 tiene; y, por último, que la aplicación práctica de NEC3 es a la vez onerosa y consume mucho tiempo. Las conclusiones de esta disertación son que el NEC3 no es adecuado para su propósito como forma estándar primaria de contrato en la industria de la construcción del Reino Unido hoy en día; sin embargo, cuando se utiliza adecuadamente es un contrato muy eficaz para proyectos de gran envergadura.

21. La investigación sobre el rendimiento y los resultados de los contratos se ha llevado a cabo en varios centros académicos del Reino Unido, como la Bartlett School of Architecture del University College de Londres y la School of Construction Management and Engineering de la

Universidad de Reading. En el Centro de Derecho de la Construcción del King's College se llevó a cabo entre 1996 y 2001 un proyecto de investigación sobre el análisis económico de los contratos tipo de construcción, que incluía datos sobre los resultados de una serie de proyectos seleccionados¹⁴. El examen de los datos incluía las numerosas propuestas presentadas hasta entonces para aumentar la eficacia y reducir el costo de la construcción, todas las cuales se consideraron insuficientes en términos de análisis serio y datos concretos. Entre las observaciones finales del autor figuraban las siguientes:

Esta tesis utilizó los principios objetivos de la economía para analizar la eficacia de los contratos de construcción. Se presentaron dos hipótesis y se llegó al resultado de que el costo de transacción para determinar el precio final era elevado y ello era consecuencia de la distribución de la responsabilidad contenida en las cláusulas contractuales. A partir de este análisis fue posible predecir el contenido de las cláusulas contractuales más eficientes. También parece que unas cláusulas más eficaces reducirían el costo de determinar el precio del producto de construcción.

22. La tesis examinó los datos de 23 proyectos con el fin de determinar la gama de costos de transacción en términos de porcentaje del precio de licitación que tanto para los proyectos de ingeniería civil como para los de construcción se situaba generalmente entre el 8 % y el 13.5 %. Además, no parece haber relación entre el tamaño del proyecto y el porcentaje del precio de licitación que representan los costos de transacción generados al establecer el precio final de las obras.

23. Esta investigación particular concluyó en 2001 y no fue objeto de ninguna otra investigación o seguimiento en el Centro de Derecho de la Construcción, que a partir de ese momento centró su atención en lo que podría considerarse el tema más fácil y ciertamente más gratificante desde el punto de vista financiero de la resolución de litigios.

¹⁴ Edmund Ryan Ph D thesis: *An economic analysis of standard construction contracts*; y véase también J Uff and E C Ryan, "The economic realities of construction", publicado en las actas de la conferencia anual del CCLM de 1998: *Nuevos horizontes en la Construcción*.

24. A lo largo de los 30 años de vida del Centro de Derecho de la Construcción, mientras que los formularios estándar han evolucionado de forma gradual y progresiva, la forma en que opera la industria de la construcción en el Reino Unido ha cambiado drásticamente y aparentemente con poca o ninguna dirección o planificación. En la década de 1980, el sector de la construcción en el Reino Unido contaba con una serie de importantes empresas contratistas principales en los sectores de las infraestructuras civiles y la construcción, cada una de las cuales empleaba a un gran número de ingenieros y profesionales de la construcción, así como a una mano de obra considerable. Progresivamente, pero de forma casi inadvertida, cada vez más trabajo físico ha pasado a ser objeto de subcontratación y se ha producido un movimiento general hacia lo que en círculos contables se conoce como “externalización”. En el sector de la construcción, el fenómeno se denomina ahora “cadena de suministro”, que representa un enorme número de subcontratistas, sub-subcontratistas, etc., tanto para el trabajo como para los materiales, a los que pueden añadirse, cada vez más, los servicios de diseño. En la actualidad, se considera que la cadena de suministro abarca alrededor del 80 % de la actividad física del sector de la construcción, por lo que una fuente autorizada afirma que el mayor potencial de innovación en el sector de la construcción reside actualmente en la cadena de suministro, “que es responsable de aportar la mayor parte del valor añadido del sector”. Así, pues, se afirma que la innovación debe aprovecharse a través de un compromiso temprano con la cadena de suministro¹⁵.

25. El fenómeno de la “externalización”, que es lo mismo con otro nombre, fue perseguido con celo implacable por el recién instalado consejo de administración de Railtrack tras la privatización de la industria ferroviaria a principios de la década de 1990. El 17 de octubre de 2000, las consecuencias de la externalización se pusieron dramáticamente de manifiesto cuando un tren de la línea principal de la Costa Este en dirección norte descarriló cerca de Hatfield, matando a 4 personas e hiriendo a

¹⁵ Rudi Klein, *Building Magazine*, 25.11.2016.

más de 70 como consecuencia de la desintegración de la cabeza del raíl debido a un fenómeno conocido como “grietas en las esquinas del gálibo”. Con solo 4 víctimas mortales y la investigación ferroviaria de Paddington aún en curso, el Gobierno pudo evitar una investigación pública. Sin embargo, la limitada pero exhaustiva investigación llevada a cabo por la División de Seguridad Ferroviaria del HSE reveló graves deficiencias en los procedimientos de seguridad adoptados por Railtrack y sus contratistas, que habían asumido la responsabilidad de la seguridad. Al externalizar todas las actividades principales de Railtrack, gran parte de los conocimientos esenciales de ingeniería acumulados en la industria ferroviaria durante décadas se habían dispersado y perdido.

26. Un aspecto particular de la catástrofe fue que las inspecciones que tradicionalmente habían sido realizadas por inspectores que recorrían la línea con regularidad se habían cambiado, para comodidad de los subcontratistas, por inspecciones realizadas desde el borde de la línea. Desde este punto, los signos de fatiga y agrietamiento de la cabeza del carril no se habían detectado, aunque los inspectores subcontratados supieran lo que buscaban. Además, debido a la forma en que se registraban los datos, Railtrack no disponía de un “registro de activos” que pudiera indicarles qué otros lugares eran potencialmente vulnerables dentro de la red de 22,000 millas de raíles. En consecuencia, se impuso un límite de velocidad de 80 km/h en toda la red, con el consiguiente caos y confusión, y sin duda muchas más muertes a causa de cirujanos que no podían llegar a sus hospitales y desventuras similares.

27. No hubo investigación pública y, por tanto, no hubo oportunidad de investigar la causa del accidente; sin embargo, la ira pública se apaciguó con la dimisión del presidente y la liquidación de Railtrack, ante la controversia política. Railtrack fue sustituida inteligentemente por la empresa sin ánimo de lucro Network Rail. Y lo que es más importante, John Armitt asumió el cargo de Consejero Delegado y procedió inmediatamente a reincorporar al personal, preservar la experiencia y conso-

lidar la cultura de seguridad que se había perdido. A la luz de esta experiencia, merece la pena debatir seriamente si la “cadena de suministro” de la industria de la construcción no genera el mismo nivel de riesgo en términos de pérdida de experiencia y conocimiento corporativo que en el caso de Railtrack.

28. La reciente oleada de defectos de construcción aparentemente inexplicables, como la “pérdida” de paneles de mampostería de 17 escuelas de Edimburgo construidas con el sistema PFI en 2016, es indicativa de una pérdida similar de conocimientos elementales en el sector de la construcción¹⁶. La cadena de suministro también fue responsable del alquiler de un paquete de diseño de M&E crucial para el proyecto PFI del National Physical Laboratory a consultores que o bien carecían de la experiencia necesaria, o simplemente optaron por ignorar la especificación de alto rendimiento. El colapso del proyecto en 2004 provocó pérdidas de 100 millones de libras en el sector privado y la quiebra de uno de los principales contratistas del Reino Unido¹⁷. La cadena de suministro es, sin duda, un caso serio que requiere un análisis y una revisión independientes.

29. Afortunadamente, el Centro de Derecho de la Construcción del King’s College dedica actualmente una parte de su energía a cuestiones que puede considerarse que contribuyen a la gestión y organización adecuadas de las obras de construcción. El primer ámbito es el desarrollo y la aplicación de los modelos de información para la construcción (*Building Information Modelling*), sobre los que el Centro organizó una importante conferencia internacional en 2016. El tema no está exento de polémica y, como toda innovación, promete tanto importantes recompensas como problemas en su aplicación. Se dice que las recompensas ofrecen una mayor eficiencia en términos de funcionamiento de la cadena de suministros. Los problemas incluyen la creciente complejidad de las

¹⁶ Véase el informe de la Investigación Independiente sobre la construcción de las escuelas de Edimburgo, febrero de 2017.

¹⁷ Informe de la Oficina Nacional de Auditoría de mayo de 2006.

cuestiones de propiedad intelectual a medida que la información se intercambia entre un número cada vez mayor de participantes. Al igual que internet, el BIM tiene el potencial de transformar las relaciones y, por tanto, potencialmente, los acuerdos contractuales con el objetivo de aumentar la eficiencia y reducir el costo del proceso de construcción. Sin duda, se trata de una rama de la gestión que merece la pena y que el King's Centre está totalmente capacitado para liderar.

30. El segundo ámbito se refiere a la organización y gestión de proyectos de construcción mediante el Framework Alliance Contract (FAC), del que también se dice que fomenta la colaboración en la cadena de suministro. El concepto de “alianzas marco” abarca en primer lugar una estructura “marco” entre todas las partes pertinentes de un proyecto de construcción que engloba un gran número de posibles contratos bipartitos destinados a ser adjudicados y que permite la coordinación de los procesos previos a la fase de contratación y el establecimiento de relaciones de cooperación antes de la formalización de los contratos. El elemento de “alianzas” se refiere al aspecto a largo plazo del acuerdo, que puede extenderse a más de un proyecto y permitir a las partes beneficiarse de los conocimientos adquiridos y la experiencia desarrollada en el curso del proyecto. Hasta ahora, los contratos marco de alianzas se han establecido con éxito para una serie de proyectos públicos notables en los que se han registrado importantes ahorros de costos. Los alentadores resultados obtenidos hasta ahora justifican, sin duda, el gasto continuado de tiempo y energía y el fomento tanto de la enseñanza como de la investigación en este aspecto de la gestión¹⁸. El Centro de Derecho de la Construcción del King's College y la Asociación de Arquitectos Consultores han desarrollado contratos marco de alianza, que fueron objeto de una conferencia pública en el King's College en 2017.

¹⁸ Véase www.allianceforms.co.uk y los artículos que publicará el profesor David Mosey.

Conclusiones

31. Los notorios costos elevados y la baja eficiencia que han sido endémicos en la construcción británica durante muchas décadas han resultado aparentemente inmunes a los esfuerzos de numerosas investigaciones e informes. Entre ellos cabe destacar la exhaustiva Investigación Latham y los informes de la década de 1990 y los enormes cambios introducidos en las prácticas de construcción del Reino Unido a raíz del informe final¹⁹. Estos cambios incluyeron la creación de un nuevo nivel de administración financiado con fondos privados a través del Consejo de la Industria de la Construcción (CIB), encargado inicialmente de la aplicación del Informe Latham a través de muchos nuevos órganos subsidiarios. Entre ellos figuran el Consejo de la Industria de la Construcción, el Consejo de Empresarios de la Industria de la Construcción, el Grupo de Enlace de la Construcción, el Foro de Clientes de la Construcción y la Alianza de Proveedores de Productos de Construcción. El Informe Latham condujo, a través de un nuevo ejercicio de consulta del DOE, a la Ley de Subvenciones a la Vivienda, etc. La Ley de 1996 y su más reciente legislación de modificación, que introdujo, además de la adjudicación en el grifo, nuevos derechos y obligaciones legales en relación con los pagos en virtud de contratos de construcción que ahora forman la tarifa básica de la mayoría de los cursos de Derecho de la Construcción, incluido el del King's Centre. Después de 20 años, es razonable concluir que ninguno de estos cambios ha tenido ningún efecto material sobre los altos costos endémicos de la industria y su baja eficiencia.

32. Después de Latham se han elaborado otros informes bajo la dirección de la CIB sobre una amplia gama de temas, incluidos los códigos de prácticas para la selección de subcontratistas y consultores y para la educación y la formación. Han seguido apareciendo otros informes, como el de Sir John Egan: "Re-Pensar la Construcción"²⁰ y la Estrategia

¹⁹ *Constructing the Team: Joint review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry.*

²⁰ Reporte del Construction Task Force, 1998.

de Construcción del Gobierno, lanzada en 2011 con el objetivo de garantizar una reducción del 15-20 % en el costo de los proyectos de construcción del Gobierno. En julio de 2012 se publicó otro informe sobre la aplicación de la Estrategia de Construcción²¹. Ya se han mencionado los esfuerzos posteriores del propio Asesor Jefe de Construcción del Gobierno. Si bien toda esta actividad puede haber aportado beneficios, como mejoras en la diversidad, hasta ahora no han logrado abordar el problema central del alto costo y la ineficiencia en comparación con nuestros rivales más cercanos en Europa, donde los salarios y otros costos básicos deberían estar en niveles directamente comparables a los nuestros.

33. Las diversas causas del malestar de la construcción en el Reino Unido que han sido diagnosticadas por los expertos se han revisado en el debate anterior. Entre ellas se incluye la naturaleza conflictiva de la construcción, para la que la cura propuesta ha sido el establecimiento de la confianza y la buena voluntad, como se ejemplifica en los principios de la Asociación. Cabe recordar que una de las propuestas de Sir Michael Latham era el desarrollo de un contrato de construcción “justo”, que llegó a la fase de documento de consulta. Las respuestas recibidas de los profesionales del derecho, en particular, pronto llevaron a abandonar la idea en favor de la adopción del formulario NEC. Entre las características elogiadas del NEC figuraba la introducción de procedimientos de alerta temprana y otros dispositivos que, según se decía, contribuían a evitar que las disputas se convirtieran en reclamaciones formales reales. Este enfoque se ha ampliado para abarcar la prevención general de litigios en los contratos de construcción.

34. A pesar de todos estos intentos, que han supuesto enormes cantidades de tiempo no remunerado por parte de los miembros de innumerables comités, el problema de los elevados costos y la escasa eficacia sigue siendo muy similar al que existía cuando el Centro de Derecho de la

²¹ <http://procurement.cabinetoffice.gov.uk/>.

Construcción abrió sus puertas. En particular, no se ha reducido la incidencia de los litigios, lo que no es de extrañar, ya que la adjudicación ha eliminado los obstáculos a la formalización de un litigio que existían hace 30 años en prácticamente todos los contratos de construcción. En los últimos 20 años no ha habido ningún obstáculo para presentar una reclamación de cualquier tipo en cualquier momento.

35. Así, pues, debemos seguir buscando una solución a los problemas del sector de la construcción antes de que la industria británica sea totalmente absorbida y sustituida por contratistas extranjeros. Y debe quedar claro que la búsqueda debe abarcar soluciones distintas de las que se han probado y no han tenido éxito. ¿Cuáles son las otras soluciones que deben explorarse ahora? En primer lugar, se sugiere que se preste especial atención a las palabras de los comentaristas informados citadas anteriormente, que incluyen las acusaciones de que la industria es “conservadora” y “reacia al riesgo”, así como “disfuncional”, “obstaculiza la innovación” y “despilfarra recursos”. Aunque es necesario examinar cada una de estas acusaciones, se sugiere que, en conjunto, se dividen en al menos dos categorías distintas.

36. La primera categoría se refiere a cuestiones organizativas relativas a la estructura de la industria. Esta categoría incluye la llamada cadena de suministro a través de la cual se realiza la gran mayoría del trabajo. ¿Es esta una forma eficaz de organizar una gran industria o estamos asistiendo a una inversión de la Revolución Industrial mediante la reinención de industrias artesanales? Otro aspecto de la organización de los proyectos de construcción en el Reino Unido es la práctica derrochadora de nombrar a los subcontratistas en la última fase posible, ignorando las ofertas de subcontratación anteriores, con el fin de obtener un margen adicional sobre los precios licitados. Muchos países han desarrollado principios jurídicos para evitar estas prácticas dando efecto vinculante a las ofertas de los subcontratistas²², una solución que podría introducirse

²² Incluido, en particular, Canadá.

fácilmente mediante una documentación adecuada. Sin duda, hay muchas otras cuestiones organizativas que deberían examinarse.

37. La segunda categoría en la que se inscriben las acusaciones contra la industria es la de la buena gestión, tal como se propone en las citas al principio de este documento. Una buena gestión representa la diferencia entre un contratista que tiene éxito y otro que no. En términos más concretos, la propuesta de Martin Barnes, él mismo un gestor de proyectos muy experimentado, consistía en encapsular los principios de la buena gestión en una forma de contrato que motivara a las partes a gestionar adecuadamente el proceso de construcción. Sin embargo, aparte de los procedimientos de alerta temprana del NEC, es difícil identificar las disposiciones que pueden constituir una buena gestión o que puede decirse que motivan a las partes para mejorar la gestión del proyecto. Esto no quiere decir que la intención de Barnes de incluir la buena gestión en las cláusulas contractuales sea ilusoria. Solo se sugiere que para establecer si el NEC es capaz de lograr tal resultado se requiere una investigación seria y el establecimiento de datos reales, ninguno de los cuales consta hasta ahora en el expediente. Ciertamente, el bombo y platillo con el que se promociona el NEC no contribuye en absoluto a establecer su capacidad.

38. Permítanme, por último, volver a la primera pregunta planteada al principio: ¿por qué debería el Centro de Derecho de la Construcción preocuparse por la industria de la construcción? La respuesta es que si se va a llevar a cabo una investigación seria sobre los medios adecuados para superar los problemas de la industria de la construcción en el Reino Unido, no podría haber ninguna institución más adecuada que el Centro de Derecho de la Construcción del King's College, con su acceso incorporado a expertos de alto nivel en todas las áreas relevantes que puedan producir resultados útiles. Como se ha señalado anteriormente, el Centro está actualmente embarcado en al menos dos áreas de investigación que probablemente arrojen datos beneficiosos y procedimientos mejo-

rados para los proyectos de construcción. El Centro tiene ahora la reputación y los recursos necesarios para atraer a los mejores investigadores. Ahora debería plantearse seriamente una ampliación de su cobertura para abarcar los problemas más generales del sector de la construcción en el Reino Unido, con la intención de proponer soluciones basadas en datos reales y análisis rigurosos. Y al avanzar hacia su próxima década, el Centro debería considerar seriamente volver a su nombre propio y original de Centro de Derecho y Gestión de la Construcción.

39. La gestión incluye la resolución y evitación de litigios; también incluye la asociación, las alianzas y los acuerdos marco; incluye el análisis económico de los proyectos de construcción; incluye la contratación y la licitación; incluye el estudio y análisis del riesgo y la evitación del riesgo. En una época que ha logrado derribar tantas barreras, de modo que la antigua Asociación de Ingenieros Consultores admite ahora a los que antes se llamaban contratistas, la gestión debe abarcar el estudio y el análisis de lo que ha llegado a ser la industria británica de la construcción. Pero lo más vital es que la gestión incluya la búsqueda de la piedra filosofal que transforme la industria de la construcción del Reino Unido, no en la industria más eficiente del mundo, sino en una industria que deje de ser la más improductiva del mundo desarrollado.

EL DERECHO SUIZO VERSUS EL INGLÉS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ¿SE ADAPTA MEJOR LA LEY SUIZA A LAS REALIDADES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN? *

Sam Moss **

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú – University of Manchester). Publicado originalmente como Sam Moss, “Swiss law vs English law on contract interpretation: is Swiss law better suited to the realities of international construction contracts?”, *International Construction Law Review*, Vol. 4, 2015, pp. 470-471.

** Sam Moss es abogado especializado en arbitraje internacional, con formación en derecho civil y anglosajón, y se centra en litigios en los sectores de la construcción y la energía. Ha actuado como asesor o árbitro en numerosos procedimientos de arbitraje internacional llevados a cabo de conformidad con el Reglamento de la CCI, el Reglamento suizo, el Reglamento DIAC y el Convenio CIADI, y regidos por una variedad de leyes sustantivas, entre ellas el derecho suizo, ucraniano, qatari, estadounidense, lituano e internacional público. También asiste a clientes en la gestión de reclamaciones en proyectos de construcción, y en la redacción y negociación de contratos de construcción. Publica con regularidad y da conferencias sobre litigios y arbitraje en el sector de la construcción, y participa activamente en varias organizaciones profesionales. Es fundador y copresidente de YConstruction, un grupo internacional de jóvenes profesionales del arbitraje en el sector de la construcción, y es miembro del Comité de Proyectos Internacionales de Construcción de la Asociación Internacional de Abogados. También es miembro de la Asociación Suiza de Arbitraje (ASA), de ASA below 40 y de Young Canadian Arbitration Practitioners. Ha sido clasificado durante varios años como uno de los principales abogados de la construcción, y como Futuro Líder en Arbitraje Internacional por Who's Who Legal. Antes de incorporarse a LALIVE, Sam Moss fue asesor jurídico adjunto en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (2006-2007), y trabajó como asistente jurídico de un juez del Tribunal de Apelación de Quebec (2005-2006). Está cursando un máster en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos en el King's College London, y posee un máster de Estudios Internacionales en Derecho Internacional por el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra (2007-2009), así como una licenciatura conjunta en Derecho Civil y Derecho Común (B.C.L./LL.B. (Honours), con gran distinción) por la Universidad McGill (2006), donde fue editor ejecutivo del *McGill Law Journal* (2005-2006).

1. INTRODUCCIÓN

El derecho inglés y el derecho suizo son, respectivamente, la primera y la segunda, legislaciones más frecuentemente elegidas en los contratos internacionales, al menos según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional sobre los contratos que dan lugar a arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CCI¹. Las diferencias entre los enfoques de estos dos sistemas en materia de interpretación de los contratos y, en particular, entre los principios que subyacen a dichos enfoques, son, a primera vista, notables. El enfoque del derecho inglés, y más en general el de los sistemas de *common law*, suele caracterizarse como un enfoque “objetivo” que se centra en los términos del contrato y rechaza las pruebas extrínsecas; por el contrario, se suele decir que el derecho suizo, junto con otros sistemas de *civil law*, adopta un enfoque “subjetivo” que se centra en las intenciones reales de las partes; sin embargo, la distinción entre los enfoques inglés y suizo, y ampliamente entre los sistemas de *common law* y *civil law*, es mucho más matizada de lo que sugiere la dicotomía subjetivo versus objetivo.

Aunque los puntos de partida fundamentales de la interpretación de los contratos en el derecho suizo y en el inglés son diametralmente opuestos, un examen más detenido de la doctrina y la jurisprudencia en ambos sistemas revela una serie de características comunes en sus enfoques de la interpretación. En particular, la redacción de un contrato escrito y cómo lo interpretaría una persona razonable, desempeña un papel mucho más importante en el derecho suizo de lo que sugiere la percepción popular de la interpretación de los contratos en los sistemas de *civil law*. A pesar de estas similitudes, ciertas características del enfoque suizo de la interpretación de los contratos, por ejemplo, la simplicidad de su

¹ “ICC International Court of Arbitration, 2013 Statistical Report”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 25, N° 1, p. 5. Las estadísticas de la ICC muestran que, en los casos sometidos a arbitraje ICC, el 15,64 % de los contratos que contenían una elección de ley preveían la aplicación de la ley inglesa, mientras que el 10,09 % preveían la aplicación de la ley suiza.

planteamiento de la admisibilidad de las pruebas, podrían de hecho hacerlo más adecuado a las realidades de los contratos internacionales de construcción. Este artículo analiza por qué podría ser así a la luz de una serie de particularidades de los contratos internacionales de construcción.

Con ello, este documento no pretende ofrecer una visión global de los distintos enfoques de interpretación en las jurisdicciones civiles, cuya diversidad queda ilustrada por las diferencias entre el derecho francés y el alemán, históricamente dos de los sistemas civiles más influyentes². Este documento se centrará más bien en el derecho suizo, probablemente el derecho civil más destacado en el contexto de los contratos internacionales que se ha visto influido tanto por el derecho francés como por el alemán, pero que también ha desarrollado sus propias particularidades. En aras de la brevedad, este trabajo tampoco se propone abordar las normas por defecto (u obligatorias) del derecho suizo, ni la cuestión de las cláusulas implícitas, que forman parte del marco en el que se interpretan los contratos en el derecho suizo, aunque se abordarán a través de una serie de ejemplos de interpretación de cláusulas de uso frecuente (véase la sección 3.5 más adelante).

En primer lugar, este documento identificará brevemente algunas particularidades de los contratos internacionales de construcción que pueden ser relevantes a la hora de evaluar la idoneidad de las normas de interpretación de las distintas jurisdicciones (sección 2), antes de pasar a analizar el enfoque suizo de la interpretación de los contratos (sección 3). Concluirá con una evaluación de las diferencias entre el derecho suizo y el derecho inglés, y de sus ventajas potenciales a la luz de las particularidades de los contratos internacionales de construcción identificadas en la sección 2 (sección 4).

² Véase Stefan Vogenauer, "Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations" en Andrew Burrows y Edwin Peel (eds), *Contract Terms*, Oxford University Press 2007, p. 123.

2. LAS PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN

Cualquier debate sobre la idoneidad de un determinado enfoque interpretativo para los contratos internacionales de construcción debe comenzar con una visión general de las particularidades de dichos contratos. El objetivo de esta sección no es establecer una lista exhaustiva de las particularidades que comparten todos los contratos internacionales de construcción, sino más bien identificar ciertas características clave que surgen con frecuencia y que pueden ser relevantes para su interpretación.

La primera de estas características, y quizás la más importante, es que los contratos internacionales de construcción suelen celebrarse entre partes que, aunque en su mayoría forman parte del mismo sector ampliamente definido, tienen diferentes antecedentes culturales, comerciales y jurídicos. A diferencia de las partes de los contratos de construcción nacionales, pueden tener poca experiencia en el trato entre ellas o con socios contractuales de las jurisdicciones de la otra parte y, por lo tanto, pueden tener expectativas diferentes. Una fuente relacionada de complicaciones es el dominio a veces imperfecto por las partes de la lengua del contrato, que suele ser el inglés. Esto puede dar lugar a cláusulas imperfectamente redactadas, con palabras y conectores mal utilizados, errores gramaticales, estructuras de frases enrevesadas o inusuales, y traducciones literales, que las partes pueden o no haber entendido de la misma manera.

Otra característica importante de los contratos internacionales de construcción es el uso de formularios estándar, ya sea en su forma original o modificados por las partes. El grado de familiaridad de las partes con los formularios estándar que utilizan, por ejemplo, las Condiciones del Contrato de la FIDIC, puede variar enormemente. En algunos casos, los formularios estándar son adoptados mecánicamente por las partes sin ninguna negociación significativa o una comprensión completa de

sus requisitos e implicaciones³. Un indicio de ello es que las partes no apliquen determinadas partes del formulario estándar, por ejemplo, no designando una junta permanente de resolución de litigios, o incluyendo una segunda cláusula de arbitraje en las condiciones especiales, además de la establecida en el formulario estándar.

Los contratos internacionales de construcción, se basen o no en formularios estándar, también suelen ser muy complejos y contienen una serie de procedimientos detallados, por ejemplo, para la presentación de reclamaciones por costos adicionales o por tiempo, que a veces las partes no siguen al ejecutar el contrato. Por ejemplo, las partes pueden, desde el principio del contrato, presentar y aceptar reclamaciones que quedan fuera de los plazos contractuales. Este incumplimiento de los procedimientos contractuales puede atribuirse a una desconexión entre los abogados que negociaron el contrato y los gestores de contratos, ingenieros y demás personas que aplican sus disposiciones⁴; sin embargo, también puede proporcionar una pista sobre las intenciones de las partes en el momento en que se celebró el contrato.

Por último, la elección por las partes de la ley aplicable es a veces contradictoria con el origen de las cláusulas contractuales que acuerdan. Las cláusulas que tienen su origen en las leyes de una jurisdicción específica a menudo se reciclan sin tener en cuenta la ley aplicable al contrato en el que se incorporan. Los abogados de una jurisdicción pueden negociar un contrato que se rija por la ley de otra jurisdicción, sin tener en cuenta cómo afectaría la ley aplicable a la interpretación de los términos del contrato. Los abogados también pueden negociar un contrato sobre la base de que estará sujeto a una determinada ley, solo para que las partes acuerden, antes de la celebración del contrato, optar por una ley aplicable diferente. En tales circunstancias, puede no estar claro si las partes

³ Véase Matthias Scherer, Bernd Ehle y Sam Moss, "Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide" en Manuel Arroyo (ed), *Construction Arbitration in Switzerland*, Wolters Kluwer 2013, p. 1179, párrafos 25-27.

⁴ Véase Jane Jenkins, *International Construction Arbitration Law*, 2ª edición revisada, Wolters Kluwer 2013, p. 85.

entendieron o pretendían las implicaciones potenciales de su elección de ley.

En conjunto, estas particularidades subrayan la necesidad de un cierto grado de flexibilidad y sensibilidad en la interpretación de un contrato a los antecedentes y la conducta de las partes, y las circunstancias en las que celebraron su contrato, con el fin de garantizar que no se le aplique una interpretación contraria a su intención.

3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ENFOQUE SUIZO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Al igual que ocurre en otras jurisdicciones civiles, el punto de partida teórico de la interpretación contractual en el derecho suizo difiere significativamente del de las jurisdicciones de derecho anglosajón: un tribunal judicial o arbitral que aplique el derecho suizo debe tratar de determinar, en primer lugar, la intención real y común de las partes, que puede ser incompatible con la redacción del contrato. Si no puede establecerse la intención real y común de las partes, un juez o árbitro puede recurrir a una interpretación objetiva, basada en el llamado “principio de confianza” (*Vertrauensprinzip* o *principe de la confiance*). Existe, por tanto, un doble enfoque en la interpretación de los contratos en el derecho suizo, que la Corte Suprema suiza expone casi como un mantra al principio de su razonamiento en cada una de sus decisiones que abordan la interpretación de un contrato⁵; sin embargo, a pesar de la importancia aparente

⁵ Véase, e.g, la Decisión del Tribunal Federal Suizo (“DFT”) 4A_124/2014 de fecha 7 de julio de 2014, [apartado 3.4.1]: “Le juge s’attachera, tout d’abord, à mettre au jour la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d’indices, sans s’arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. S’il n’y parvient pas, il recherchera alors, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l’ensemble des circonstances”. La Corte Suprema suiza hace hincapié en la distinción entre los enfoques subjetivo y objetivo de la interpretación, en parte porque la distinción tiene consecuencias en cuanto al alcance de su poder para revisar la decisión de un tribunal inferior. La decisión de un tribunal inferior sobre la intención real y común de las partes se considera una constatación de hecho que vincula a la Corte Suprema, mientras que

del orden de los dos niveles, en la práctica se solapan y puede resultar difícil distinguirlos⁶. Además, aunque el requisito de buscar la intención real y común de las partes se formula a menudo como un deber del juez o árbitro, la parte que pretenda basarse en dicha intención tiene la carga de probarla, por lo tanto, el juez o árbitro se basará en las partes y en las pruebas aportadas por ellas.

3.1. Intención real y común de las partes (interpretación subjetiva)

El artículo 18(1) del Código de Obligaciones (“CO”) establece lo que es, al menos teóricamente, el objetivo primordial de la interpretación contractual en el Derecho suizo, a saber, ir más allá de los términos utilizados por las partes para establecer su intención real y común:

Para decidir sobre la forma y las cláusulas de un contrato, es necesario buscar la intención real y común de las partes, en lugar de basarse en las expresiones y términos incorrectos que las partes utilizaron por error o con el fin de disimular la verdadera naturaleza del contrato.⁷

Por lo tanto, el enfoque exigido por el artículo 18(1) CO es empírico y tiene por objeto determinar las intenciones subjetivas de las partes en el momento de la celebración del contrato.

la interpretación objetiva es una cuestión de derecho que la Corte Suprema puede revisar libremente: véase, por ejemplo, DFT 5A_204/2009 [apartado 4.2.3]; DFT 121 III 118 [apartado 4(b)(aa)].

⁶ Véase Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt y Wolfgang Wiegand, “Erster Abschnitt: Die Entstehung durch Vertrag” en *Basler Kommentar - Obligationenrecht I - Art 1-529 OR*, 5ª edición, Helbing Lichtenhahn 2011, Art. 18, N. 14.

⁷ Artículo 18(1) CO (traducción no oficial). La versión alemana del artículo 18(1) CO dice lo siguiente: “Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen”.

No se imponen limitaciones a lo que un juzgado o tribunal puede tener en cuenta a la hora de buscar la intención real y común de las partes. Las partes pueden aportar cualquier tipo de prueba que arroje luz sobre sus intenciones⁸. Además de la redacción del contrato, los jueces y árbitros pueden tener en cuenta las circunstancias en las que se celebró este, los intereses respectivos de las partes, la finalidad u objetivo de este, y los usos en un sector específico. A diferencia de las jurisdicciones de *common law*, también pueden examinar la conducta y las declaraciones de las partes antes de la celebración del contrato, en particular sus negociaciones y declaraciones subjetivas de intenciones, así como su conducta después de la celebración del contrato.

3.1.1. La redacción del contrato

El texto del contrato adoptado por las partes es un medio importante para determinar sus verdaderas intenciones en el derecho suizo, y a veces se denomina medio de interpretación “primario”, mientras que todos los demás medios de prueba se denominan medios “complementarios”⁹. Esta caracterización no implica, sin embargo, que exista una jerarquía estricta entre los distintos tipos de prueba utilizados para interpretar un contrato, y que deba darse necesariamente mayor peso a la redacción adoptada por las partes¹⁰. Significa más bien que la redacción del contrato debe ser el *punto de partida* o el *fundamento* de la interpretación. Un juez o un árbitro no puede limitarse a una interpretación literal del texto del contrato, aunque este sea claro e inequívoco¹¹.

Por regla general, los términos del contrato deben interpretarse de acuerdo con su significado ordinario en el momento en que se celebró

⁸ Wiegand, *Op. cit.*, Art. 18, N. 26.

⁹ Véase Bénédicte Winiger, “Des obligations résultant d’un contrat” en Luc Thévenoz y Frank Werro, *Commentaire Romand: Code des obligations I - Art 1-529 CO*, 2ª edición, Helbing Lichtenhahn 2012, Art. 18, N. 32-41.

¹⁰ Wiegand, *Op. cit.*, N. 18.

¹¹ Jolanta Kren Kostkiewicz, “Art 18” en *OR Handkommentar*, 2ª edición, Orell Füssli Kommentar 2009, N. 6; Wiegand, *Op. cit.*, N. 18.

el contrato¹². No obstante, si un término tiene un significado específico, técnico o de otro tipo, en una determinada industria o sector, dicho significado prevalecerá siempre que pueda considerarse que ambas partes forman parte de esa industria o sector, o están familiarizadas con el vocabulario especial que utiliza¹³. Por lo tanto, si se considera que ambas partes de un contrato forman parte de la industria de la construcción, cualquier significado específico que se dé a los términos dentro de esa industria prevalecerá, por lo general, sobre su significado ordinario.

Sin embargo, aunque las partes de un contrato *internacional* de construcción pueden considerarse pertenecientes al mismo sector, definido en sentido amplio, a menudo tienen orígenes culturales y comerciales diferentes (véase la sección 2 anterior). También es posible que hayan celebrado su contrato en un idioma con el que no están familiarizados, o al menos en el que no están familiarizados con el vocabulario técnico. Un juzgado o tribunal que aplique la legislación suiza probablemente tendrá en cuenta estos factores, que podrían dar lugar a interpretaciones divergentes de los términos técnicos, a la hora de evaluar el significado de los términos utilizados por las partes.

Las cortes suizas también serán sensibles a los antecedentes de las partes a la hora de interpretar los términos contractuales que tienen significados jurídicos específicos en el derecho suizo. Si bien las cortes pueden inclinarse a atribuir un significado jurídico específico a los términos utilizados por las partes que son especialistas en el campo pertinente¹⁴, han demostrado ser cautelosas al hacerlo, especialmente cuando las partes extranjeras se refieren a conceptos del derecho suizo¹⁵.

¹² DFT 59 II 318, p. 322; DFT 104 II 281 [párrafo 2]; Winiger, *Op. cit.*, N. 26.

¹³ DFT 122 III 426 [párrafo 5]; Winiger, *Op. cit.*, N. 26. Si las propias partes definen los términos en su contrato, como suele ocurrir en los contratos internacionales de construcción, esas definiciones también prevalecerán sobre el significado ordinario de los términos. Los comentaristas suizos han señalado que la práctica de definir los términos en un contrato, que consideran un fenómeno influenciado por las prácticas de Estados Unidos, se ha vuelto cada vez más común en los contratos regidos por la legislación suiza (véase Wiegand, *Op. cit.*, N. 19).

¹⁴ Winiger, *Op. cit.*, N. 27.

¹⁵ Wiegand, *Op. cit.*, N. 22.

3.1.2. Las negociaciones y el comportamiento de las partes antes de la celebración del contrato

Una diferencia significativa entre los sistemas de *civil law* y de *common law* es la admisibilidad de pruebas sobre la conducta de las partes antes de la celebración de su contrato, en particular sobre sus negociaciones. En un procedimiento relativo a un contrato regido por el derecho suizo no es infrecuente que las partes presenten como prueba los proyectos de contrato y la correspondencia que intercambiaron durante sus negociaciones, o que aporten pruebas testificales sobre sus conversaciones e intenciones en el momento de las negociaciones. En el derecho suizo, estas pruebas se consideran un medio especialmente importante para establecer las intenciones reales de las partes, aunque los comentaristas reconocen que deben valorarse con cautela, dado que las intenciones de las partes pueden haber evolucionado hasta la celebración efectiva del contrato¹⁶.

No está claro si las cláusulas de integración, o las cláusulas que establecen que el contrato recoge el acuerdo íntegro de las partes, que son habituales en los contratos internacionales de construcción, pueden interpretarse como normas *probatorias* que limitarían la capacidad de un juzgado o tribunal para examinar las pruebas de la conducta de las partes antes de la celebración del contrato. De hecho, pueden considerarse disposiciones *sustantivas* que simplemente reafirman la norma de que el contrato sustituye a todos los borradores de contratos anteriores y que, por lo tanto, no limitan la capacidad de la corte de examinar borradores o negociaciones para interpretar el contrato. En cualquier caso, una cláusula de acuerdo íntegro es en sí misma una disposición contractual sujeta a interpretación, y los comentaristas han cuestionado que las partes puedan restringir por acuerdo la capacidad de un juzgado o tribunal de tener en cuenta determinados tipos de pruebas para tratar de establecer su intención real y común¹⁷.

¹⁶ Winiger, *Op. cit.*, N. 27; Wiegand, *Op. cit.*, N. 35.

¹⁷ Winiger, *Op. cit.*, N. 35a.

3.1.3. El comportamiento de las partes tras la celebración del contrato

El comportamiento de las partes después de la celebración del contrato también puede utilizarse en el derecho suizo para determinar las intenciones reales de dichas partes¹⁸. Los juzgados y tribunales que apliquen el derecho suizo se fijarán en particular en la forma en que las partes ejercieron sus derechos y cumplieron sus obligaciones en virtud del contrato. Por ejemplo, el hecho de que las partes no apliquen una disposición contractual podría considerarse, según las circunstancias, un indicio de que no reflejaba su verdadera intención, o de que posteriormente renunciaron a ella.

Sin embargo, al examinar la conducta de las partes tras la celebración del contrato, un juzgado o tribunal debe ser cauteloso, ya que un contrato debe interpretarse de acuerdo con las intenciones de las partes en el momento de su celebración¹⁹, por lo tanto, dichas pruebas solo son pertinentes en la medida en que aporten indicios sobre la intención común de las partes en el momento de la celebración²⁰, a diferencia, por ejemplo, de los indicios de que las partes modificaron implícitamente su acuerdo mediante su conducta²¹.

¹⁸ DFT 5A_204/2009 [párrafo 4.2.3]: “Les faits postérieurs au moment où le contrat a été passé, en particulier le comportement ultérieur des parties, permettent d’établir quelles étaient à l’époque les conceptions des contractants eux-mêmes et constituent ainsi un indice de leur volonté réelle [...]”; DFT SJ 1996 549, [párrafo 3(a)].

¹⁹ Wiegand, *Op. cit.*, N 29.

²⁰ Peter Gauch, “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge” en *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, Schulthess 2001, p. 209, párrafo 2(b).

²¹ Véase Peter Jäggi y Peter Gauch, *Zürcher Kommentar - Art 18 OR, Auslegung der Verträge*, 3ra edición, Schulthess 1980, N. 354.

3.2. *Principio de confianza (interpretación normativa u objetiva)*

Si no pueden establecerse las intenciones reales de las partes, o si estas son divergentes, un juzgado o tribunal pasará al segundo paso interpretativo: establecer la intención presunta de las partes de conformidad con el denominado principio de confianza (*Vertrauensprinzip* o *principe de la confiance*)²². A diferencia del primer paso descrito en la sección 3.1, que se centra en las intenciones subjetivas de las partes, se dice que la aplicación del principio de confianza constituye una interpretación “objetiva”²³, aunque algunos comentaristas han cuestionado si se trata de una caracterización exacta²⁴. La jurisprudencia también la denomina interpretación “normativa”²⁵.

La interpretación conforme al principio de confianza, que se basa en el deber general de buena fe consagrado en el artículo 2 del Código Civil suizo, consiste en establecer cómo cada una de las “declaraciones”²⁶ de voluntad de las partes podría y debería haber sido razonablemente entendida, de buena fe, por la otra parte dadas las circunstancias²⁷. Como en el caso de la interpretación subjetiva, el punto de partida del análisis es el texto del contrato²⁸; sin embargo, un órgano jurisdiccional no puede adoptar una interpretación puramente literal del texto, aunque

²² DFT 140 V 145 [párrafos 3.3].

²³ “Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime” (DFT 129 III 118 [párrafo 2.5]; DFT 136 III 186 [párrafo 3.2.1]).

²⁴ Gauch, *Op. cit.*, párrafo 3(a).

²⁵ DFT 140 V 145 [párrafo 3.3]; DFT 132 V 286 [párrafo 3.2.1]: “L'interprétation en application de ce principe, dite objective ou normative, consiste à établir le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre”.

²⁶ Sin embargo, las normas de interpretación de la legislación suiza se aplican a todas las formas de contrato, no solo a los contratos escritos.

²⁷ Véase DFT 136 III 186 [párrafo 3.2.1], que describe el enfoque en términos ligeramente diferentes: “Il sied ainsi de rechercher comment les termes précités pouvaient être compris de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances.” Véase también DFT 130 III 147: “Il convient de rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances”.

²⁸ DFT 140 V 145 [párrafo 3.3]; DFT SJ 1996 549, [párrafo 3].

este pueda parecer claro²⁹. Debe examinar el texto del contrato en su contexto, teniendo en cuenta “*todas las circunstancias* que precedieron o acompañaron a su celebración [...]”³⁰. Estas circunstancias incluyen las demás cláusulas del contrato, su objeto, los intereses de las partes, los usos en el sector o campo de las partes y las negociaciones de las partes; sin embargo, no incluyen el comportamiento de las partes *después* de la celebración del contrato, que, según la Corte Suprema suiza, solo proporciona una indicación de las intenciones reales de las partes en el momento de celebrar el contrato, pero no de sus intenciones objetivas³¹.

En particular, las cortes suizas darán más o menos importancia al significado aparentemente claro del texto del contrato en función de los antecedentes de las partes. Una interpretación más estricta del texto de un contrato puede ser apropiada si las partes tienen experiencia comercial y están familiarizadas con el tipo de transacción y el significado de los términos utilizados en el contrato, o si han sido asesoradas por un abogado³². Este sería el caso, por tomar un ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Suprema suiza, de los bancos o empresas con operaciones internacionales en relación con un acuerdo de cobertura³³. También

²⁹ DFT 136 III 186 [paragraph 3.2.1]: “Le sens d’un texte, apparemment clair, n’est pas forcément déterminant, de sorte que l’interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d’une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d’autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d’autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l’accord conclu.” La Corte Suprema suiza ha utilizado exactamente la misma formulación en varias otras decisiones; véase e.g., DFT 130 III 417 [párrafo 3.2]. El enfoque de la interpretación de las cláusulas contractuales “claras” cambió a principios de la década de 2000, cuando la Corte Suprema suiza rechazó la “regla de la claridad” (en alemán, “*Eindeutigkeitsregel*”) que se aplicaba anteriormente, según la cual no era necesario ir más allá del texto del contrato si este era claro (DFT 127 III 444 [párrafo 2(c)]; DFT 5C.21/2007 de fecha 20 de abril de 2007 [párrafo 3.1]).

³⁰ DFT 140 V 145 [párrafo 3.3]; DFT 132 V 286 [párrafo 3.2.1]; DFT SJ 1996 549 [párrafo 3]. Véase también DFT 125 III 435 [párrafo 2(a)(aa)]; DFT 129 III 118 [párrafo 2.5]; DFT 123 III 165 [párrafo 3(a)].

³¹ DFT 133 III 61 [párrafo 2.2.1]; DFT 5A_204/2009 [párrafo 4.2.3]; Kostkiewicz, *Op. cit.*, N. 6. La posición de la Corte Suprema suiza sobre esta cuestión ha sido criticada por un destacado comentarista suizo, que señala que el comportamiento de una parte tras la celebración del contrato también podría basarse en su propia interpretación del contrato de conformidad con el principio de confianza (Gauch, *Op. cit.*, párrafo 2(b)).

³² DFT 129 III 702 [párrafo 2.4.2].

³³ *Ibid.*

puede resultar apropiado adoptar el “significado jurídico objetivo” en derecho suizo de determinados términos jurídicos utilizados por las partes cuyos representantes tienen formación jurídica suiza³⁴; sin embargo, según la jurisprudencia de la Corte Suprema suiza, es necesario un análisis más cuidadoso de las demás circunstancias que rodean a un contrato si una de las partes es extranjera, o si la declaración de intenciones de la parte se realiza en un idioma extranjero³⁵. Por lo tanto, incluso la interpretación “objetiva” de los contratos internacionales de construcción tendría en cuenta, con arreglo al derecho suizo, los diferentes antecedentes lingüísticos, culturales y jurídicos de las partes.

No obstante, se considera que el texto del contrato tiene prioridad sobre otras pruebas, por lo que a menudo será determinante. De hecho, la Corte Suprema suiza afirma en repetidas ocasiones en su jurisprudencia que un juzgado o tribunal no debe alejarse del significado literal del texto adoptado por las partes si no existe una “razón seria” para pensar que no se corresponde con su intención³⁶. En otras palabras, si las demás pruebas no conducen claramente a una conclusión diferente, un juzgado o tribunal se remontará al tenor literal del contrato³⁷.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ DFT 129 III 702 [párrafo 2.4.1]: “Insbesondere darf nicht ohne weitere Prüfung auf einen entsprechenden Wortlaut abgestellt werden, wenn die verpflichtende Partei eine ausländische Person ist oder die Willenserklärung von ihr in einer Fremdsprache abgegeben wurde. Gegenüber geschäftserfahrenen, im Gebrauch von Fachbegriffen gewandten Personen, kann allerdings eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut angezeigt sein.”; Kostkiewicz, *Op. cit.*, N. 8. Sin embargo, el hecho de que una parte que hace una declaración de intenciones no fuera consciente del alcance de su declaración no sería relevante si el destinatario no hubiera podido percibir que así era (DFT 125 III 263 [párrafo 2(e)(aa)]).

³⁶ DFT 136 III 186 [párrafo 3.2.1]: “Il n’y a cependant pas lieu de s’écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu’il n’existe aucune raison sérieuse de penser qu’il ne correspond pas à leur volonté [...]”; DFT 135 III 295 [párrafo 5.2]; DFT 130 III 417 [párrafo 3.2]; DFT 129 III 118 [párrafo 2.5].

³⁷ DFT 5C.21/2007 de fecha 20 de abril de 2007 [párrafo 3.1]: “Auch wenn seit der Aufgabe der Eindeutigkeitsregel (BGE 127 III 444 E. 1b) nicht mehr ausschliesslich auf den ‘klaren’ Wortlaut abzustellen ist, so kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungselemente nicht sicher einen andern Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden”.

3.3. *Carga de la prueba*

En el derecho suizo, la carga de la prueba, que es una cuestión de fondo y no de procedimiento³⁸, recae en la parte que pretende basarse en una supuesta intención de las partes que difiere del significado “normal” u objetivo del texto del contrato³⁹. Esta norma subraya tanto la importancia del texto del contrato como medio “primario” de interpretación, como la importancia práctica en el derecho suizo de la interpretación objetiva frente a la subjetiva, a pesar de la primacía nominal de esta última. Podría incluso decirse que la interpretación objetiva tiene efectivamente prioridad sobre la interpretación subjetiva a la luz de la asignación de la carga de la prueba, dado que será determinante a menos y hasta que se alegue y pruebe una intención real y común de las partes⁴⁰.

3.4. *Interpretación de los contratos estandarizados*

A diferencia de otras jurisdicciones civiles, como Alemania, los contratos estandarizados o contratos tipo no pueden interpretarse de forma estrictamente objetiva o uniforme en el derecho suizo. En su lugar, un juzgado o tribunal debe interpretarlos de forma “individualizada”, como haría con otros tipos de contratos⁴¹, independientemente de si las partes adoptaron el formulario estándar en su totalidad o en parte, y de si lo negociaron o modificaron⁴². Este planteamiento fue confirmado en el

³⁸ El artículo 8 del Código Civil suizo establece que la carga de la prueba de un hecho alegado corresponde a la parte que deriva un derecho del mismo.

³⁹ DFT 121 III 118 [párrafo 4(b)(aa)]: “Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet.”; Wiegand, *supra* nota 6, Art 18, N 16; Winiger, *Op. cit.*, Art. 18, N. 24. Véase también Jäggi & Gauch, *Op. cit.*, N. 33, pp. 42, 46.

⁴⁰ Gauch, *Op. cit.*, párrafo 3(b).

⁴¹ DFT 117 II 621; DFT 122 III 121; DFT 4C.397/1999 de fecha 18 de julio 2000 [párrafo 9(d)]: “Les disposition contractuelles préétablies doivent en principe être interprétées de la même manière que les clauses d’un contrat élaborées de façon individuelle.”; Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 5ª edición, Schulthess 2001, N. 201, pp. 291-294 (trata, en particular, la Norma SIA 118, un formulario estándar ampliamente utilizado para los proyectos de construcción doméstica en Suiza); Winiger, *Op. cit.*, N 54.

⁴² Véase Gauch, *Op. cit.*, párrafo 3(e).

contexto de las Condiciones Contractuales de la FIDIC en una reciente sentencia de la Corte Suprema, en la que se señalaba que, si bien las Condiciones de la FIDIC se asemejan a normas de derecho, lo que podría justificar un planteamiento objetivo que podría tomar en consideración, en particular, las orientaciones proporcionadas por la propia FIDIC, deben interpretarse de manera individualizada teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso⁴³. No obstante, entre esas circunstancias puede figurar el hecho de que las partes fueran conscientes de que el formulario estándar se redactó con vistas a su aplicación uniforme, lo que puede exigir un enfoque más objetivo⁴⁴.

La interpretación de los contratos tipo en virtud del derecho suizo también puede estar sujeta a normas especiales de interpretación que se aplican a las condiciones generales de contratación (“CGC”). Entre ellas figura la norma según la cual las CGC que se apartan de las normas por defecto de la ley aplicable deben interpretarse de forma restrictiva⁴⁵, al menos en la medida en que sean menos favorables para la parte que acepta las CGC que las normas por defecto de la ley. También incluyen la llamada “regla de la ambigüedad” (“*Unklarbeitsregel*”), según la cual una cláusula ambigua se interpretará en contra de la parte que propuso las CGC (“*in dubio contra stipulatorem*”)⁴⁶. Sin embargo, un contrato de formulario estándar no se calificará de CGC con arreglo a la legislación

⁴³ DFT 4A_124/2014 de fecha 7 de julio de 2014 [párrafo 3.4.1].

⁴⁴ Gauch, *Op. cit.*, párrafo 3(b). Véase también Pierre Tercier y Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 5ta edición, Schulthess 2012, N. 952.

⁴⁵ Wiegand, *Op. cit.*, N. 3, refiriéndose a DFT 115 II 474 [párrafo 2(d)]; DFT 117 II 609 [p 621]; DFT 5C.271/2004 de fecha 12 de julio de 2005.

⁴⁶ DFT 4C.215/2002 [párrafo 2(e)].

suiza si sus cláusulas fueron objeto de negociaciones serias entre las partes⁴⁷. Además, es probable que estas normas no se apliquen cuando ambas partes pertenezcan al sector de la construcción y estén familiarizadas con el contrato tipo⁴⁸.

3.5. Algunos ejemplos de interpretación de cláusulas habituales

El funcionamiento de las normas suizas sobre interpretación de contratos en el contexto de los contratos internacionales de construcción puede ilustrarse mediante un análisis de cómo enfocaría un juzgado o tribunal que las aplicara a determinados tipos de cláusulas de uso común. Esta sección aborda brevemente la interpretación de cuatro de estas cláusulas, a saber: (1) cláusulas de “mejor” o “esfuerzos razonables”; (2) cláusulas que excluyen la responsabilidad por daños indirectos o consecuentes; (3) cláusulas de resolución de litigios a varios niveles; y (4) cláusulas de notificación de reclamaciones.

3.5.1. Cláusulas de mejores esfuerzos o esfuerzos razonables

No es infrecuente que los contratos internacionales regidos por el derecho suizo, incluidos los contratos de construcción, contengan una cláusula de “mejores esfuerzos” o de “esfuerzos razonables”⁴⁹. Sin embargo, este tipo de cláusulas son trasplantes de los contratos de derecho anglosajón y no suelen encontrarse en los contratos entre partes suizas. Ello se debe a que el derecho suizo ya impone a las partes el deber general de

⁴⁷ Isabelle Wildhaber, “Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr: Gefahr für die Vertragsfreiheit?”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Vol. 107, N° 23, 2011, p. 542. Véase también DFT 4P.135/2002 de fecha 28 de noviembre de 2002 [párrafos 3.1 y 3.3].

⁴⁸ Gauch, *Der Werkvertrag*, *Op. cit.*, N. 202, p. 294 (trata, en particular, la Norma SIA 118, un formulario estándar ampliamente utilizado para los proyectos de construcción doméstica en Suiza).

⁴⁹ Algunas jurisdicciones, como el Reino Unido y Australia, también se refieren a estas cláusulas como cláusulas de “endeavours” en lugar de cláusulas de “efforts”.

cumplir sus obligaciones contractuales a conciencia y con diligencia⁵⁰. El deber de diligencia, que se deriva del deber general de buena fe del artículo 2 del Código Civil suizo⁵¹, impone un estándar objetivo relativamente elevado, a saber, hacer todo lo que razonablemente puede esperarse de un profesional diligente y prudente en circunstancias similares⁵². Aunque se trata de un deber general que se aplica a todas las obligaciones contractuales, tiene especial relevancia en el contexto de una obligación de medios (por oposición a una obligación de resultado), ya que constituye el “objeto mismo” de la obligación⁵³ y define su contenido.

Cuando se enfrente a una cláusula de mejores esfuerzos o de esfuerzos razonables, un juzgado o tribunal que aplique el derecho suizo evaluará si las partes pretendían reforzar o debilitar el deber de diligencia conforme al derecho suizo. Al seguir el enfoque de dos niveles para la interpretación, que se expone en las secciones 3.1 y 3.2 anteriores, el juzgado o tribunal tendrá en cuenta las circunstancias en las que se celebró el contrato. En particular, los antecedentes jurídicos y lingüísticos de las partes podrían indicar que pretendían, o debían haber entendido, que una cláusula de mejor voluntad o de esfuerzos razonables tenía el significado que tiene según el derecho inglés o según el derecho de otra jurisdicción de *common law*. En tal caso, la corte deberá determinar el significado de la cláusula, lo que puede no ser una tarea fácil, habida cuenta

⁵⁰ Christine Chappuis, “Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l’art dans les contrats internationaux”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Vol. 3, 2002, p. 289.

⁵¹ Código Civil suizo, artículo 2(1): “Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln”.

⁵² Chappuis, *Op. cit.*, p. 290.

Podría entenderse que este deber de diligencia, si no existen dificultades o riesgos específicos asociados a la obligación, exige que el deudor adopte todas las medidas razonables para lograr un resultado concreto, aunque puedan ser contrarias a sus intereses: Marie-Noëlle Zen-Ruffinen y Pascal G. Favre, “Best efforts clauses in Swiss law: a few considerations in the light of selected examples” en Lara Hammond, Clarisse von Wunschheim y Marie-Noëlle Zen-Ruffinen (eds), *Concerto arbitral en trois mouvements pour Pierre Tercier*, Schulthess 2013, p. 138.

⁵³ Zen-Ruffinen & Favre, *Op. cit.*, p. 129.

de la diversidad de enfoques y de la evolución de la jurisprudencia sobre este tipo de cláusulas en las distintas jurisdicciones de *common law*⁵⁴.

A falta de circunstancias que justifiquen recurrir a una definición del *common law*, y en particular si las partes son suizas o han sido asesoradas por abogados suizos, es probable que un juzgado o tribunal intente interpretar una cláusula de mejores esfuerzos o de esfuerzos razonables por referencia a la legislación suiza. Si bien no parece existir jurisprudencia directamente relevante de las cortes suizas, los comentaristas han sostenido que una referencia a los “mejores esfuerzos” debería entenderse como un aumento del deber de diligencia por defecto del deudor en virtud del derecho suizo, exigiéndole realizar “esfuerzos de primera clase” y “sacrificar [su] propio interés, así como invertir y asumir el riesgo de éxito o fracaso [...] al menos cuando exista una perspectiva razonable de éxito comercial”⁵⁵. Por el contrario, los términos “esfuerzos razonables” podrían entenderse como una simple referencia al deber de diligencia por defecto, aunque esto tendría que determinarse caso por caso, a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.

3.5.2. Cláusulas de limitación de responsabilidad

Las cláusulas de limitación de responsabilidad que hacen referencia a los daños “indirectos” y “consecuentes”, que se encuentran con frecuencia

⁵⁴ Véase e. g., jurisprudencia reciente sobre este tipo de cláusulas en Inglaterra (*Jet2.com v Blackpool Airport Ltd (CA)* [2012] EWCA Civ 417) y Singapur (*KS Energy Services Ltd v BR Energy (M) Sdn Bhd* [2014] SGHC 16), que sugieren un enfoque más estricto de las cláusulas de “mejores” o “todos los esfuerzos razonables” que pueden exigir a una parte, en función de la naturaleza y los términos de su contrato, que adopte medidas contrarias a sus propios intereses comerciales. Las cortes australianas parecen haber adoptado una postura más indulgente, prevaleciendo la opinión de que los “mejores” y “razonables” esfuerzos “imponen obligaciones sustancialmente similares” (Wayne Jovic y Matthew Bell, “Endeavouring to Solve a Contracting Puzzle: Verve Energy”, *Opinions on High blog, Melbourne Law School*, 14 de marzo de 2014), y una reciente decisión del Tribunal Superior de Justicia que sugiere que no se puede exigir a una parte, en virtud de dicha cláusula, que adopte medidas contrarias a sus intereses comerciales (*Electricity Generation Corporation v Woodside Energy Ltd* [2014] HCA 7).

⁵⁵ Zen-Ruffinen y Favre, *Op. cit.*, p. 139.

en los contratos de derecho anglosajón, también se transponen a menudo a los contratos de derecho suizo. Aunque los conceptos de daño “directo”, “indirecto” y “emergente” no son totalmente ajenos al derecho suizo, solo se utilizan en ámbitos específicos, como en materia de responsabilidad civil, gobierno corporativo y venta de bienes⁵⁶. Por regla general, el derecho suizo no define si el daño es indemnizable clasificándolo como directo o indirecto, o como consecuente o no. En su lugar, la legislación suiza exige que el daño tenga un vínculo causal “adecuado” con el incumplimiento para ser indemnizable. Según la jurisprudencia de las cortes suizas, existe tal vínculo si el incumplimiento es, en el curso normal de los acontecimientos y a la luz de la “experiencia general de la vida”, de naturaleza tal que (en francés, “*propre à*”) cause ese tipo de daño⁵⁷. Dependiendo de si se cumple la prueba de la causalidad adecuada, el daño indemnizable en virtud de la legislación suiza puede incluir el lucro cesante⁵⁸.

Una corte que aplique la legislación suiza y que se enfrente a una cláusula de limitación de responsabilidad que haga referencia a daños “indirectos” o “consecuentes” la interpretará de la misma manera que cualquier otra cláusula contractual, siguiendo el enfoque de dos niveles

⁵⁶ Sylvain Marchand, “Indirect and Consequential Damages’ en droit Suisse”, *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Vol. 4, 2010, p. 545, párrafos 21-39. En el contexto de los contratos de compraventa, el daño indirecto se define como aquel del que el incumplimiento no es la única causa, mientras que el daño directo es el causado directamente por el incumplimiento, sin intervención de ninguna otra causa (*ibid*, párrafo 33). En el contexto de la responsabilidad por defectos derivada de un contrato de obras, la jurisprudencia y la doctrina entienden que el término daño “emergente” (“*Folgeschäden*”) se refiere a cualquier pérdida económica, como el lucro cesante, u otro daño causado por el defecto, distinto del defecto en sí mismo (Thomas Siegenthaler y Joseph Griffiths, “Indirect and Consequential Loss Clauses under Swiss Law”, *ICLR*, 2003, pp. 452-453). Tanto los daños indirectos como los consecuenciales en este sentido pueden ser indemnizables en virtud de la legislación suiza siempre que exista un nexo causal “adecuado” (Marchand, *ibid*, párrafo 39).

⁵⁷ DFT 129 II 312 [párrafo 3.3]. En particular, existirá una relación de causalidad adecuada aunque el incumplimiento no sea la única causa del daño. Solo si la causa concurrente es de tal importancia que eclipsa al incumplimiento como causa más probable e inmediata del daño, se romperá la cadena de causalidad adecuada: DFT 6B.646/2009 fecha 6 de enero de 2010 [párrafo 6.2]; Marchand, *Op. cit.*, párrafos 18-20.

⁵⁸ DFT 4C.397/1999 fecha 18 de julio de 2000, [párrafo 11(a)].

expuesto en la sección 3 anterior. Para ello tendría en cuenta, en particular, la formación jurídica de las partes.

Si las partes tienen una formación jurídica suiza o han sido asesoradas por abogados suizos, puede ser apropiado interpretar los términos “indirecto” o “consecuente” de acuerdo con las normas de la legislación suiza. Esto es lo que hizo la Corte Suprema suiza en un caso en el que tuvo que interpretar una cláusula de un contrato tipo suizo comúnmente utilizado por los arquitectos. La cláusula en cuestión establecía que el arquitecto era responsable de cualquier “daño directo” causado por su ejecución defectuosa o defectuosa⁵⁹. La Corte Suprema consideró si la cláusula pretendía excluir la responsabilidad del arquitecto, por ejemplo, por lucro cesante, pero finalmente consideró que, a falta de una definición de “daño directo”, la cláusula era demasiado ambigua para ser interpretada como una desviación de las normas por defecto del derecho suizo. Por lo tanto, concluyó que se trataba de una mera repetición de dichas normas y, en particular, del requisito de un nexo causal “adecuado”⁶⁰.

Sin embargo, los juzgados o tribunales suizos que aplican la ley suiza no llegarían necesariamente a la misma conclusión cuando se enfrentaran a una cláusula similar en el contexto de un litigio entre partes extranjeras derivado de un contrato en lengua inglesa. En tales circunstancias, una interpretación que se ajuste estrictamente a la ley suiza puede no ser apropiada, a pesar de la elección por las partes de la ley aplicable. Dependiendo de las circunstancias, los juzgados o tribunales pueden examinar cómo se interpretan los términos pertinentes en las jurisdicciones

⁵⁹ *Ibid*, párrafo 9(b).

⁶⁰ *Ibid*, párrafo 9(c-d). La decisión ha sido criticada por algunos comentaristas por no tener en cuenta la definición de daño “directo” que existe en la legislación suiza (Marchand, *Op. cit.*, párrafos 36-39). Sin embargo, como ya se ha mencionado en la nota 56, el concepto solo se ha definido con respecto a ámbitos específicos.

de *common law*⁶¹, aunque tales indagaciones pueden ser de ayuda limitada, dado que los términos “indirecto” o “consecuente” no parecen tener significados claramente definidos ni siquiera en los sistemas de *common law*⁶².

3.5.3. Cláusulas de resolución de litigios a varios niveles

La Corte Suprema suiza dictó recientemente una importante sentencia en la que se enfrentaba a la cuestión de si los procedimientos de la Dispute Adjudication Board (“DAB”) eran una condición previa obligatoria para el arbitraje en virtud de la cláusula 20 de las Condiciones de la FIDIC. La decisión no solo proporciona una idea de cómo un juzgado o tribunal que aplique la ley suiza interpretaría una disposición de resolución de disputas de varios niveles, sino también, de manera más general, cómo interpretaría un contrato de construcción internacional, en particular un contrato de forma estándar, entre partes no suizas⁶³.

Al interpretar la cláusula 20 de las Condiciones FIDIC, la Corte Suprema comenzó metódicamente por exponer el doble enfoque de la interpretación de los contratos en el derecho suizo. La Corte también señaló que aunque las Condiciones FIDIC son un contrato tipo, tenía que interpretarlas de forma individualizada a la luz de las circunstancias de cada caso, y por lo tanto no podía adoptar un enfoque estrictamente

⁶¹ Algunos autores han adoptado la postura de que solo será apropiado hacerlo en circunstancias excepcionales y que, como norma general, dichas cláusulas deben interpretarse de conformidad con la legislación suiza. (Marchand, *Op. cit.*, p. 545, párrafo 60). Marchand reconoce, no obstante, que el derecho suizo es “suficientemente flexible” para incorporar conceptos extranjeros contenidos en contratos de “inspiración anglosajona” (*ibid.*, párrafo 61).

⁶² Véase generalmente Siegenthaler y Griffiths, *Op. cit.*, pp. 448-449.

⁶³ DFT 4A_124/2014 de fecha 7 de julio de 2014. El caso surgió de una solicitud de anulación de un laudo arbitral dictado en virtud de un contrato internacional de construcción que incorporaba las Condiciones FIDIC, que establecían Ginebra como lugar de arbitraje. En su laudo, el tribunal arbitral se había declarado competente para conocer de la controversia entre las partes, un contratista francés y la autoridad de carreteras de un país sin nombre, a pesar de que no se había sometido a una DAB de conformidad con la cláusula 20 de las Condiciones FIDIC. El contrato no se regía por la legislación suiza. Sin embargo, la Corte Suprema suiza aplicó la ley suiza de conformidad con el artículo 178 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, que define la ley aplicable a los acuerdos de arbitraje.

objetivo. No obstante, la interpretación de la Corte de la cláusula 20 se centró en gran medida en su redacción, aunque la Corte consideró sus subcláusulas en su conjunto, teniendo en cuenta su finalidad. En concreto, la Corte examinó detenidamente el uso de los términos “deberá” en la subcláusula 20.2 de las Condiciones FIDIC, y “podrá” en la subcláusula 20.4⁶⁴. De la lectura conjunta de las subcláusulas, concluyó que, contrariamente a las conclusiones del tribunal arbitral, la subcláusula 20.4 no sugería que los procedimientos DAB fueran opcionales, sino que solo significaba que cualquiera de las partes podía iniciarlos. El procedimiento DAB era, por tanto, una condición previa al arbitraje.

Sin embargo, el tribunal también consideró que la condición previa no era absoluta. Interpretó las excepciones a la condición previa a la luz de las razones que subyacen a la introducción del procedimiento DAB en las Condiciones FIDIC, a saber, permitir una resolución eficaz de las controversias que surjan durante las obras de construcción, de manera que no pusieran en peligro las obras. El tribunal consideró que las partes solo habían iniciado la constitución del DAB ad hoc, que finalmente fracasó, tras la finalización de las obras, en un momento en que sus posiciones eran ya sin duda irreconciliables. Por lo tanto, era poco probable, según el tribunal, que el procedimiento de la DAB impidiera que el litigio se sometiera posteriormente a arbitraje. El tribunal también observó que la DAB todavía no estaba operativo quince meses después de que el contratista hubiera intentado iniciar el procedimiento DAB⁶⁵. En estas circunstancias, el tribunal consideró que no se impedía al contratista iniciar el arbitraje.

La decisión de la Corte Suprema ilustra varias características de la interpretación de los contratos en el derecho suizo. Por una parte, pone de relieve el doble enfoque fundamental y la importancia de no adoptar

⁶⁴ Condiciones del Contrato FIDIC, subcláusula 20.2 (“[l]as controversias serán resueltas por una DAB de conformidad con la subcláusula 20.4”) y subcláusula 20.4 (“cualquiera de las Partes *podrá* someter la controversia por escrito a la DAB [...]”).

⁶⁵ El fracaso de la constitución de la DAB se debió en particular a que las partes no firmaron el Dispute Adjudication Agreement exigido por la subcláusula 20.2 de las Condiciones FIDIC.

una interpretación literal o estrictamente objetiva. Por otra parte, ilustra la importancia en la práctica de la redacción del contrato, en la que se centró el tribunal, aunque a la luz de la finalidad de las disposiciones en cuestión. No obstante, la importancia que se atribuya a la redacción variará de un caso a otro y dependerá, en particular, de la existencia de indicios que sugieran que no refleja la intención de las partes. Por último, la decisión ilustra cómo la distinción entre los dos niveles de interpretación puede, en la práctica, ser borrosa. De hecho, el razonamiento y las conclusiones del tribunal en cuanto a la interpretación de la cláusula 20 no identificaban claramente a qué nivel de análisis se referían.

3.5.4. Plazos de notificación

Existe poca jurisprudencia de las cortes suizas en cuanto a la interpretación de los tipos de plazos estrictos para notificar reclamaciones que suelen encontrarse en los contratos internacionales de construcción, como los plazos de 28 días para que un contratista notifique una reclamación al ingeniero⁶⁶, o para que una parte notifique su disconformidad con la decisión de una DAB, en virtud de las Condiciones FIDIC⁶⁷. En una decisión de 1995, la Corte Suprema suizo anuló un laudo arbitral debido a que las partes habían incumplido una cláusula que exigía que el procedimiento arbitral se iniciara en un plazo de 30 días después de que se acordara que la disputa no podía resolverse mediante negociación⁶⁸. Según la Corte Suprema, el incumplimiento del requisito por las partes significaba que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción. Sin embargo, la aplicabilidad real del plazo estricto de 30 días no fue impugnada por ninguna de las partes, por lo que la Corte Suprema solo consideró la cuestión de cuándo comenzaba el plazo de 30 días⁶⁹. Cuando se enfrente a un plazo tan estricto, un tribunal que aplique el derecho suizo adoptará

⁶⁶ Condiciones del Contrato FIDIC, subcláusula 20.1.

⁶⁷ *Ibid*, subcláusula 20.4.

⁶⁸ DFT 125 III 322, [párrafo 3] ASA Bull, 1996, p. 676-679 (nota del caso de Schweitzer).

⁶⁹ Los comentaristas han criticado la decisión, argumentando que es poco probable que las partes contratantes razonables hubieran tenido la intención de concluir una cláusula que previera consecuencias tan estrictas para el incumplimiento de un plazo (Schweitzer, *Op. cit.*, p. 684).

un enfoque caso por caso, coherente con el enfoque general de la interpretación de los contratos en el derecho suizo, y probablemente no asumirá a la ligera la intención de las partes de un contrato de establecer un plazo perentorio⁷⁰. En particular, puede fijarse en la ejecución del contrato por las partes, especialmente si respetaron los plazos o más bien los ignoraron, para obtener indicios sobre su intención en el momento en que se celebró⁷¹.

4. ¿SE ADAPTA MEJOR EL ENFOQUE SUIZO DE LA INTERPRETACIÓN A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN?

Como se desprende de la visión general de la sección 3 anterior, el enfoque de la interpretación del derecho suizo es lo suficientemente flexible como para tener en cuenta las particularidades de los contratos internacionales de construcción identificadas en la sección 2. En particular, el enfoque suizo es sensible a los diferentes antecedentes culturales, lingüísticos, comerciales y jurídicos de las partes, y a las circunstancias en las que las partes pueden haber acordado un contrato tipo o adoptar la ley suiza como ley aplicable. Sin embargo, es discutible si el derecho suizo difiere sustancialmente en este aspecto de las jurisdicciones de *common law* y, en particular, del derecho inglés, en el que se centrará este trabajo a efectos del presente análisis.

Como se demostrará más adelante, las normas de interpretación suizas e inglesas son más similares entre sí de lo que parece a primera vista (sección 4.1). Sin embargo, a pesar de estas similitudes, el enfoque más sencillo del derecho suizo en cuanto a la admisibilidad de las pruebas, en particular de las negociaciones de las partes y de su conducta tras la celebración del contrato, puede hacer que se adapte mejor a la realidad de los contratos internacionales de construcción (sección 4.2).

⁷⁰ Matthias Scherer, "Quelques remarques à propos de l'interprétation de la clause compromissoire et de son efficacité", *ASA Bull*, 2000, p. 356.

⁷¹ Scherer, Ehle y Moss, *Op. cit.*, párrafos 25-27.

4.1. *La brecha no tan grande entre el derecho suizo y el inglés*

El punto de partida para la interpretación contractual en el derecho suizo, a saber, la intención subjetiva real y común de las partes⁷², es muy diferente al del derecho inglés. Mientras que el objeto de la interpretación⁷³ en el derecho inglés es también determinar la intención común de las partes,⁷⁴ su “metodología no consiste en sondear la intención real de las partes, sino en determinar el significado contextual del lenguaje contractual pertinente”.⁷⁵ Por lo tanto, “se basa en una teoría objetiva”⁷⁶ destinada a establecer “lo que una persona razonable en la posición de las partes habría entendido que significaban las palabras”⁷⁷. Sin embargo, a pesar de la aparentemente fundamental división entre el derecho inglés y el suizo, los dos sistemas raramente conducirían a resultados diferentes en la práctica, ya que existen numerosos principios y normas que operan en ambos para salvar la división.

En el derecho suizo, a pesar de la primacía de la interpretación subjetiva en virtud del artículo 18(1) CO, la interpretación normativa (u “objetiva”) en virtud del “principio de confianza” es predominante tanto desde un punto de vista jurídico como práctico. Como se explica en el apartado 3.3, el significado objetivo del texto del contrato será determinante a menos que se demuestre una intención divergente. Además, aunque la interpretación normativa debe tener en cuenta todas las circunstancias que precedieron o acompañaron a la celebración del contrato, las cortes suizas han reconocido que el texto del contrato tiene prioridad

⁷² Véase la sección 3.1 anterior.

⁷³ La interpretación de los contratos también se denomina “construcción” (*construction*): Hugh Beale (ed), *Chitty on Contracts*, 30va edición, Sweet & Maxwell 2008, Vol. 1, párrafo 12-041.

⁷⁴ Beale, *Ibid*, párrafo 12-042.

⁷⁵ *Deutsche Genossenschaftsbank v Burnhope* [1995] 1 WLR 1580, 1589.

⁷⁶ *Ibid*.

⁷⁷ Edwin Peel, *The Law of Contract*, 13ra edición, Sweet & Maxwell 2011, párrafos 6-008-6-009, refiriéndose a *Investors' Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society*, *Investors' Compensation Scheme Ltd v Hopkin & Sons (a firm)*, *Alford v West Bromwich Building Society*, *Armitage v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896; [1998] 1 All ER 98 (“*ICS v West Bromwich*”), p. 912; *Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin) (HL)* [2003] UKHL 12; [2003] 1 Lloyd's Rep 571; [2004] 1 AC 715, 73; [2003] 1 WLR 2853; [2003] 2 All ER 785.

sobre otras pruebas, y que debe haber una “razón seria” para alejarse del significado literal del texto (sección 3.2 anterior). La interpretación normativa también predomina en la práctica, ya que probar una intención real y común de las partes suele ser difícil⁷⁸. Es raro que las partes puedan establecer tal intención, por lo que la interpretación subjetiva suele ser la excepción más que la regla⁷⁹.

La interpretación en derecho inglés corresponde en gran medida al concepto de interpretación normativa. Mientras que el enfoque literal tradicional se centraba, en ausencia de ambigüedad, en el “significado estricto, llano y común de las palabras”⁸⁰ del contrato, con exclusión de las circunstancias circundantes, el derecho inglés adopta ahora un “enfoque contextual”.⁸¹ El enfoque contextual moderno se resume en los dos primeros principios de interpretación establecidos por Lord Hoffmann en el caso *Investors' Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* (“*ICS v West Bromwich*”), del que se dice que es “uno de los asuntos contractuales más citados de todos los tiempos”⁸²:

(1) La interpretación consiste en determinar el sentido que el documento tendría para una persona razonable que dispusiera de todos los conocimientos previos que razonablemente habrían estado a disposición de las partes en la situación en que se encontraban en el momento de celebrar el contrato.

(2) [...] Sin perjuicio del requisito de que las partes hubieran podido razonablemente disponer de ellos y de la excepción que se mencionará a continuación, [los antecedentes] incluyen absolutamente todo aquello

⁷⁸ Gauch, *Op. cit.*, párrafos 3(b); Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3ra edición, Clarendon Press 1998, p. 404.

⁷⁹ Gauch, *ibid.*

⁸⁰ *Shore v Wilson (HL)* (1842) 9 Cl & Fin 355, p. 365.

⁸¹ Andrew Burrows, “Construction and Rectification” en Andrew Burrows y Edwin Peel (eds), *Contract Terms*, Oxford University Press 2007, p. 80. Este enfoque tradicional “prevaleció durante la mayor parte del siglo XIX y las seis primeras décadas del siglo XX”. (Vogenauer, *Op. cit.*, p. 134).

⁸² Burrows, *Op. cit.*, p. 78.

que hubiera afectado a la forma en que el lenguaje del documento habría sido entendido por una persona razonable⁸³.

La amplia definición de “conocimientos previos”⁸⁴, para la que no existe “límite conceptual”⁸⁵, es similar al conjunto de circunstancias que deben tenerse en cuenta en la interpretación normativa con arreglo al derecho suizo. Además, al igual que en el derecho suizo, el texto del contrato tendrá prioridad sobre cualquier circunstancia de este tipo: la “fuente primaria para entender lo que las partes quisieron decir es su lenguaje interpretado de acuerdo con el uso convencional [...]”⁸⁶. El enfoque es, por lo tanto, notablemente similar al del derecho suizo, en el sentido de que “se comienza con las palabras utilizadas por las partes y se les confiere su significado en el uso convencional, a menos que haya algo en los “antecedentes” que indique que se habría transmitido otro significado a una persona razonable.”⁸⁷

En resumen, el enfoque moderno y contextual de la interpretación en el derecho inglés es, en gran medida, indistinguible de la forma predominante de interpretación en el derecho suizo. Sin embargo, las similitudes sobre el papel podrían verse atenuadas en la práctica por la persistente influencia en los juristas ingleses del enfoque literalista tradicional. En efecto, el enfoque contextual resumido en el asunto *ICS v West Bromwich* no ha estado exento de polémica⁸⁸ y “sigue suscitando una acogida hostil por parte de los profesionales del comercio”⁸⁹, a pesar de que

⁸³ *ICS v West Bromwich Building Society*, *supra* nota 77, p. 912 (énfasis añadido).

⁸⁴ Lord Hoffmann luego especificó en *Bank of Credit and Commerce International SA v Ali* ((HL) [2002] AC 251; [2001] 2 WLR 735; [2001] 1 All ER 961, p. 749 (“*Bank of Credit v Ali?*”) que los antecedentes solo incluían circunstancias que una persona razonable consideraría relevantes. Véase Johan Steyn, “The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts”, *Sydney Law Review*, Vol. 25, N° 1, 2003, p. 9.

⁸⁵ *Bank of Credit v Ali*, *ibid.*, p. 749.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Peel, *Op. cit.*, párrafo 6-010.

⁸⁸ Un profesional inglés describió este enfoque como de “liberalismo extremo”: Richard Calnan, “Construction of Commercial Contracts: A Practitioner’s Perspective” en Andrew Burrows y Edwin Peel (eds), *Contract Terms*, Oxford University Press 2007, p. 21.

⁸⁹ David McLauchlan, “Contract Interpretation: What Is It About?”, *Sydney Law Review*, Vol. 31, N° 5, 2009, p. 8.

los principios establecidos en el asunto *ICS v West Bromwich* reflejan un cambio en la legislación que se remonta a los años setenta, y han sido descritos por algunos comentaristas como “esencialmente bastante conservadores”⁹⁰. Además, sigue habiendo diferencias importantes entre el derecho inglés y el suizo, en particular en lo que respecta a la admisibilidad de las pruebas.

4.2. *Un rasgo distintivo del derecho suizo: la admisibilidad de las pruebas*

Una de las diferencias más significativas que subsisten entre el derecho inglés y el suizo se refiere a la admisibilidad de las pruebas extrínsecas. La legislación suiza no impone ninguna restricción a los tipos de pruebas que pueden aportarse en apoyo de la interpretación. Por el contrario, mientras que el enfoque moderno de la interpretación en el derecho inglés permite a un juez o árbitro tener en cuenta una amplia gama de circunstancias, dos formas importantes de pruebas extrínsecas permanecen “excluidas de los antecedentes admisibles [...]”⁹¹. Son las “negociaciones previas de las partes y sus declaraciones de intención subjetiva”⁹², y la conducta posterior de las partes. Ambos tipos de pruebas pueden ser útiles en ocasiones para interpretar un contrato, y esto es especialmente cierto en el caso de los contratos internacionales de construcción, dadas las particularidades identificadas en la sección 2 anterior.

Las exclusiones de las pruebas de las negociaciones de las partes y de su conducta posterior han sido descritas como “dos vacas sagradas

⁹⁰ *Ibid*, p. 9.

⁹¹ Vogenauer, *Op. cit.*, p. 135. Véase Peel, *Op. cit.*, párrafos 6-021-6-025.

⁹² Esta excepción se resume en el tercer principio enunciado por Lord Hoffmann en *ICS v West Bromwich*, *supra* nota 77, p. 912: “La ley excluye de los antecedentes admisibles las negociaciones previas de las partes y sus declaraciones de voluntad subjetiva. Solo son admisibles en una acción de rectificación. La ley hace esta distinción por razones de política práctica y, solo en este aspecto, la interpretación jurídica difiere de la forma en que interpretaríamos las declaraciones en la vida ordinaria. Los límites de esta excepción no están claros en algunos aspectos. Pero esta no es la ocasión para explorarlos”.

del derecho inglés”⁹³. Las dos principales razones de “política práctica”⁹⁴ que suelen aducirse para justificar las exclusiones son que la admisión de dichas pruebas provocaría (1) incertidumbre en la interpretación de los contratos, y (2) procedimientos más largos y costosos al tener que enfrentarse los juzgados y tribunales a grandes volúmenes de pruebas extrínsecas de escasa o nula utilidad⁹⁵. Sin embargo, los resultados de los casos de interpretación de contratos son “notoriamente difíciles de predecir”⁹⁶, y la exclusión de determinadas pruebas puede, de hecho, fomentar la incertidumbre al permitir que una parte “defienda un significado que sabe que no era el deseado”⁹⁷. El argumento de las computas es en gran medida especulativo, en particular si se tiene en cuenta que las pruebas de las negociaciones y la conducta posterior de las partes ya son admisibles a determinados efectos en el derecho inglés, y que la admisión de dichas pruebas a efectos de interpretación es “perfectamente viable” en las jurisdicciones civiles⁹⁸. Incluso varios destacados comentaristas del *common law* sostienen que no existen razones convincentes para excluir las negociaciones y la conducta posterior de las partes, y reconocen que dichas pruebas pueden, en determinados casos, “arrojar luz sobre el significado que las partes pretendían transmitir con las palabras que utilizaron”⁹⁹.

Las pruebas de las negociaciones de las partes y de su conducta posterior pueden ser especialmente útiles en el contexto de los contratos

⁹³ Steyn, *Op. cit.*, p. 10.

⁹⁴ *ICS v West Bromwich*, *supra* nota 77, p. 912.

⁹⁵ Véase Calnan, *Op. cit.*, p. 18; Sir Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, Sweet & Maxwell 2011, p. 16.

⁹⁶ McLauchlan, *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁷ Donald Nicholls, “My Kingdom for a Horse: The Meaning of Words”, *Law Quarterly Review*, Vol. 121, 2005, p. 587.

⁹⁸ Vogenauer, *Op. cit.*, p. 138.

⁹⁹ Nicholls, *Op. cit.*, p. 582-583; McLauchlan, *Op. cit.*, p. 8; Gerard McMeel, “Prior Negotiations and Subsequent Conduct: The Next Step Forward for Contractual Interpretation”, *Law Quarterly Review*, Vol. 119, 2003, p. 272 y ss. Algunos comentaristas han expresado la opinión de que la exclusión de las negociaciones de las partes en el derecho inglés “parece muy poco probable que sobreviva por mucho más tiempo” (Burrows, *Op. cit.*, p. 84), aunque otros opinan que “puede que por el momento esté relativamente a salvo”. (Steyn, *Op. cit.*, p. 10).

internacionales de construcción, debido a los antecedentes culturales, comerciales y jurídicos a menudo diferentes de las partes en dichos contratos, así como a su dominio a menudo imperfecto del lenguaje del contrato (véase la sección 2 *supra*). Por ejemplo, cuando nos enfrentamos a una cláusula que contiene términos mal utilizados, solo puede ser posible arrojar luz sobre la intención de las partes y, por lo tanto, evitar someterlas a una interpretación contraria a su intención¹⁰⁰, recurriendo a sus negociaciones. La utilidad de las negociaciones de las partes en tal contexto queda ilustrada por una sentencia de 2011 del Tribunal Superior inglés, en la que tuvo que interpretar con arreglo al derecho alemán un contrato en lengua inglesa que había sido negociado por representantes que no eran anglófonos nativos¹⁰¹. Observando que la “prueba no se admitiría normalmente como una cuestión de derecho inglés”¹⁰², el juez se basó en el testimonio de los negociadores alemanes del contrato para establecer la intención común de las partes y, en particular, para aclarar que los negociadores habían utilizado erróneamente un término debido a su dominio imperfecto de la lengua inglesa¹⁰³. El caso fue incluso considerado por la Comisión de Derecho Escocés como “materia de reflexión sobre cómo los tribunales podrían emplear cualquier reforma de la ley escocesa de interpretación”.¹⁰⁴ La complejidad de los contratos internacionales de construcción, y el hecho de que las partes recurran con frecuencia a contratos tipo, hacen que la conducta posterior de las partes sea una ayuda interpretativa aún más importante que en otros tipos de contratos comerciales (véase la sección 2 anterior).

¹⁰⁰ Nicholls, *Op. cit.*, p. 586.

¹⁰¹ *BMT Marine and Offshore Survey Ltd v Lloyd Werft Bremerhaven GmbH* [2011] EWHC 32 (Comm).

¹⁰² *Ibid*, [párrafo 35].

¹⁰³ *Ibid*, [párrafos 28-36].

¹⁰⁴ Scottish Law Commission, “Interpreting a contract the German way”, online: <http://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform/law-reform-projects/contract-law-light-draft-common-frame-reference-dcf/interpreting-a-contract-the-german-way/>.

El derecho inglés prevé una serie de excepciones a la exclusión de las negociaciones y el comportamiento posterior de las partes. Por ejemplo, la prueba de las negociaciones de las partes es admisible si una parte pretende la rectificación¹⁰⁵ del contrato o plantea un argumento de *estoppel*,¹⁰⁶ para establecer que las partes tenían en mente un significado particular de una palabra que puede tener varios significados¹⁰⁷, para “establecer que un hecho que puede ser relevante como antecedente era conocido por las partes”¹⁰⁸, o para mostrar la “naturaleza y objeto de la aventura contractual”¹⁰⁹. La prueba de la conducta posterior “puede ser admisible para demostrar si hubo un contrato y cuáles fueron los términos del mismo, o que los términos escritos eran “una mera farsa”, o que el contrato había sido modificado por un acuerdo posterior, o para plantear un *estoppel* [...]”¹¹⁰. Sin embargo, aunque puede “atenuar la rigidez”¹¹¹ de las exclusiones, esta miríada de excepciones crea sus propias dificultades.

En particular, las excepciones a menudo obligan a jueces y árbitros a hacer distinciones difíciles y aparentemente artificiales para decidir si una prueba es admisible o no. Por ejemplo, pueden verse obligados a “distinguir entre las pruebas de fondo admisibles relativas a la naturaleza y al objeto de la aventura contractual y las pruebas inadmisibles de los términos por los que cada parte luchaba en el curso de las negociaciones”¹¹², lo que las cortes inglesas han reconocido como “una línea tan

¹⁰⁵ La rectificación es un remedio equitativo mediante el cual una corte puede, en determinadas circunstancias, modificar la redacción del contrato “para reflejar las intenciones reales de ambas partes [...] o de una de ellas”. (Burrows, *Op. cit.*, p. 85.)

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 83.

¹⁰⁷ *Partenreederei MS Karen Oltmann v Scasdale Shipping Co Ltd (The Karen Oltmann)* [1976] 2 Lloyd’s Rep 708, 712. Véase Burrows, *Op. cit.*, p. 83-84.

¹⁰⁸ *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd (HL)* [2009] UKHL 38, 42; [2009] BLR 551; [2009] 1 AC 1101; [2009] 3 WLR 267; [2009] 4 All ER 677; [2009] 125 ConLR 1.

¹⁰⁹ *MSC Mediterranean Shipping Company SA v Owners of Ship Tychy (The Tychy) (No 2) (CA)* [2001] EWCA Civ 1198; [2001] 2 Lloyd’s Rep 403, [párrafo 29].

¹¹⁰ Peel, *Op. cit.*, párrafo 6-025.

¹¹¹ Steyn, *Op. cit.*, p. 10.

¹¹² *The Tychy (No 2)* [2001] 2 Lloyd’s Rep 403, [párrafo 29].

fina que casi desaparece”¹¹³. También dan lugar a disputas sobre la admisibilidad de las pruebas, lo que puede aumentar los costos del procedimiento¹¹⁴, que se ven exacerbados por el alcance incierto de muchas de las excepciones¹¹⁵. Además, las excepciones dan lugar a maniobras por parte de los abogados para plantear argumentos o alegaciones adicionales con el único objetivo de presentar ante el juzgado o tribunal pruebas que, de otro modo, serían inadmisibles, con la esperanza de que influyan en el pensamiento del juez o árbitro sobre la interpretación¹¹⁶. Por lo tanto, las excepciones también plantean el espectro de que las pruebas puedan, en el mismo procedimiento, considerarse admisibles con respecto a una demanda o argumento, pero no con respecto a otro. Ninguna de estas dificultades se plantea en el derecho suizo, que deja simplemente al juez o al árbitro la tarea de determinar la pertinencia y el peso de las pruebas presentadas por las partes.

5. CONCLUSIÓN

Aunque el punto de partida fundamental de la interpretación de los contratos en el derecho suizo es diametralmente opuesto al del derecho inglés, un examen más detenido de la doctrina y la jurisprudencia revela una serie de rasgos comunes. En particular, la redacción de un contrato escrito, y cómo lo interpretaría una persona razonable, desempeña un papel mucho más importante en el derecho suizo de lo que sugeriría la percepción habitual de la interpretación de los contratos en los sistemas civiles. A pesar de estas similitudes, la flexibilidad y la relativa simplicidad

¹¹³ *Excelsior Group Productions Ltd v Yorkshire Television Ltd* [2009] EWHC 1751 (Comm), [párrafo 24].

¹¹⁴ McLauchlan, *Op. cit.*, p. 37.

¹¹⁵ Véase e.g., *ibid.*, p. 16-17.

¹¹⁶ Lord Nicholls indicó que en su época de abogado, “la práctica consistía en que cuando las negociaciones precontractuales de las partes proporcionaban alguna información sobre sus intenciones reales, una u otra de las partes incluía una demanda de rectificación en el procedimiento. De este modo, cualquiera que fuera el resultado de la demanda de rectificación, las pruebas de las intenciones reales de las partes estarían ante la corte. La esperanza era que, consciente o inconscientemente, el pensamiento del juez sobre la cuestión de la interpretación se viera influido por estas pruebas”. (Nicholls, *Op. cit.*, p. 587).

de las normas y principios suizos en materia de interpretación, en particular en lo que respecta a la admisibilidad de las pruebas de las negociaciones y el comportamiento posterior de las partes, son características que las hacen más adecuadas para las particularidades de los contratos internacionales de construcción que el derecho inglés.

Las negociaciones y el comportamiento posterior de las partes pueden constituir en ciertos casos una herramienta importante para la interpretación de los contratos internacionales de construcción. En efecto, los antecedentes culturales, comerciales y jurídicos a menudo diferentes de las partes, su dominio a menudo imperfecto de la lengua del contrato, la complejidad de estos contratos y el uso de formularios estándar pueden, en ciertos casos, hacer que estas pruebas sean indispensables para arrojar luz sobre la intención de las partes y evitar someterlas a una interpretación contraria a dicha intención. Aunque en muchos casos estas pruebas podrían presentarse ante un juez o tribunal que aplique el derecho inglés, basándose en la miríada de excepciones a su exclusión, la complejidad de las excepciones y la incertidumbre que las rodea plantean una serie de dificultades que se evitan con el enfoque directo del derecho suizo. En términos más generales, el flexible enfoque suizo de la interpretación, que no está lastrado por la herencia de un enfoque literalista, permite posiblemente una mayor sensibilidad a las realidades de los contratos internacionales de construcción, permitiendo una interpretación más acorde con las expectativas de las partes.

SUBCONTRATOS Y ARBITRAJE MULTIPARTE EN CONFLICTOS DE CONSTRUCCIÓN *

Stavros Brekoulakis **

Ahmed El Far ***

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester). Publicado originalmente como Stavros Brekoulakis y Ahmed El Far, “Subcontracts and multiparty arbitration in construction disputes”, en Stavros Brekoulakis y David Brynmor Thomas QC (eds), *The Guide to Construction Arbitration*, 4ª edición, Global Arbitration Review 2021, pp. 156-172.

** Stavros Brekoulakis es catedrático y director de la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres. Brekoulakis también ejerce como árbitro en 3 Verulam Buildings (Gray's Inn). Imparte cursos de Arbitraje Comercial Internacional, Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje, Contratos Internacionales de Construcción y Arbitraje, Litigios Comerciales Internacionales y Conflicto de Leyes, y Derecho Mercantil Internacional. Brekoulakis es ampliamente reconocido como una autoridad en el campo del arbitraje internacional y ha sido invitado a impartir el Curso de Verano 2026 sobre Derecho Internacional Privado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Aparece regularmente en *Who's Who Legal: Arbitration* y *Who's Who Legal: Arbitration Thought Leader*, siendo elogiado como “una potencia en arbitraje internacional” con “un recuerdo aparentemente enciclopédico de la jurisprudencia”, “un líder de pensamiento reinante en el espacio de arbitraje”, “una de las grandes mentes en el mundo del arbitraje internacional”. En 2020, Brekoulakis recibió el Global Arbitration Review Award a la mejor conferencia pública por su Roebuck Arbitration Lecture sobre “The Policy Favouring Arbitration Under English Law”. Su trabajo académico incluye los libros *Third Parties in International Arbitration* (OUP 2010), *Arbitrability* (Kluwer 2008), *Third Party Funding in International Arbitration* (informe encargado por el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial 2018) y numerosos artículos en las principales revistas de derecho, incluyendo *Modern Law Review*, *Oxford Journal of Legal Studies*, *Fordham International Law Journal*, *Pennsylvania State Law Review*, *Journal of International Dispute Settlement*, *American Review of International Arbitration*, y *Journal of International Arbitration*. Sus trabajos académicos son ampliamente citados tanto por sus homólogos como con aprobación por tribunales internacionales y nacionales de varias jurisdicciones, incluidos el Privy Council, el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, el Distrito Sur de Nueva York de EE. UU. y el Tribunal Supremo de la India.

*** Ahmed El Far es asociado de Three Crowns LLP en Londres. El Far ha representado a empresas, Estados y entidades estatales en arbitrajes comerciales y de tratados de inversión según las normas de la ICC, el ICSID, la UNCITRAL y la CRCICA, con especial atención a los litigios en los sectores de la energía y la construcción. Antes de incorporarse a Three Crowns, Ahmed ejerció en importantes bufetes internacionales de París y El Cairo. Es editor asociado del *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, publicado por el Chartered Institute of Arbitrators. Ahmed publica regularmente en el ámbito del arbitraje internacional. Recientemente ha publicado *Abuse of Rights in International Arbitration* (Oxford University

Los grandes proyectos de construcción suelen implicar a varias partes y contratos interrelacionados, incluidos los subcontratos. Aunque las disposiciones del contrato principal entre el empresario y el contratista no suelen formar parte del acuerdo del subcontratista, una disputa derivada del contrato principal puede dar lugar a reclamaciones y disputas en virtud del subcontrato y viceversa.

En este artículo abordamos el uso y la importancia de los subcontratos en el derecho de la construcción, así como su relación con los contratos principales. A continuación, se analizan las circunstancias que dan lugar al arbitraje multiparte en los litigios de construcción. Para ello se presta especial atención a las condiciones contractuales y al subcontrato de construcción de la FIDIC.

1. IMPORTANCIA Y FUNCIÓN DE LOS SUBCONTRATOS EN LOS PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Los contratos internacionales de construcción son cada vez más complejos. En la práctica no es fácil que un solo contratista disponga de los conocimientos técnicos necesarios para acometer la totalidad de las obras. Por ello, es técnica y financieramente más eficiente que los contratistas empleen subcontratistas para suministrar material o ejecutar partes de las obras¹. El uso de subcontratas también es importante para los empresarios que solo tienen que celebrar un único contrato y obtener un precio único por la totalidad de las obras, incluido el precio de las subcontratas².

Press, 2020). Ahmed es doctor por la Universidad Queen Mary de Londres, posee un máster en Derecho por la Universidad de Nueva York y obtuvo su licenciatura en Derecho por la Universidad de El Cairo.

¹ J. Bailey, *Construction Law*, Routledge 2011, p. 1294; J. Florian Pulkowski, “The Subcontractor’s Direct Claim in International Business Law”, *International Construction Law Review*, Vol. 21, 2004, p. 31; Aymen Masadeh, “Vicarious Performance and Privity in Construction Contracts”, *International Construction Law Review*, Vol. 31, 2014, 1, p. 108.

² *Laurence McIntosh Ltd v. Balfour Beatty Group Ltd* [2006] CSOH 197 pp. 45-46.

1.1. La interrelación contractual entre los contratos principales y los subcontratos para la construcción

El contrato principal y el subcontrato en un proyecto de construcción suelen estar interrelacionados y, en esencia, un subcontrato se celebra en vista y a la luz del contrato principal³. En un contrato típico de construcción, por ejemplo, el subcontratista tendrá que trabajar sobre la base del diseño y los planos presentados por el empresario, mientras que en un contrato de diseño y construcción, el subcontratista tendrá que trabajar sobre la base de las especificaciones establecidas por el empresario.

Además, las circunstancias y cambios que afecten al contrato principal afectarán casi invariablemente al subcontrato y viceversa. Por ejemplo, cualquier retraso en la ejecución del subcontrato puede dar lugar a la responsabilidad del contratista en virtud del contrato principal. Del mismo modo, si el empresario no proporciona a tiempo a la obra o no presenta el diseño al contratista, o solicita una variación al contratista, el alcance y los plazos de las obras del subcontrato se verán necesariamente afectados⁴. De hecho, las disposiciones de los contratos principales de construcción a menudo hacen referencia al papel del subcontratista, e igualmente las disposiciones de los subcontratos hacen referencia a las disposiciones del contrato principal⁵.

Sin embargo, a pesar de su estrecha interrelación, el contrato principal y el subcontrato de construcción seguirán siendo normalmente dos contratos distintos y separados. Por lo general, no se establecerá ninguna relación contractual multiparte entre el empresario, el contratista y el

³ Bailey, *Op. cit.*, p. 1295.

⁴ D. Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, Wiley Blackwell 2017, p. 32.

⁵ Por ejemplo, véanse las subcláusulas: 5.1 y 5.2.3 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017 (subcláusulas 4.4 y 5.3 de la edición de 1999). Véanse también las subcláusulas: 1.1, 1.8, 2.1, 2.5, 4.2 y 8.6 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de 2011.

subcontratista⁶. Del mismo modo, no suele surgir ninguna responsabilidad directa entre el empresario y el subcontratista, a menos que las partes lo acuerden expresamente o que la legislación nacional aplicable disponga lo contrario⁷.

En efecto, el empresario, el contratista y el subcontratista o varios subcontratistas forman una “cadena contractual” teórica en la que cada parte está vinculada por derechos, obligaciones y responsabilidades únicamente con respecto a su parte contractual directa. Las partes situadas en los dos extremos de la cadena no tendrán ninguna relación contractual entre ellas y no estarán sujetas a ninguna responsabilidad, reclamación o recurso directos. Por supuesto, toda cadena es tan fuerte como su eslabón más débil. Así, si los dos conjuntos de contratos (empleador-contratista y contratista-subcontratista) no están correctamente alineados en términos de derechos, deberes y riesgos contractuales, el contratista puede estar expuesto a riesgos y responsabilidades en virtud del contrato principal, que el contratista no podrá trasladar al subcontratista en virtud del subcontrato⁸. A modo de ejemplo, si el contrato principal prevé el derecho del empresario a suspender las obras y, a su vez, establece que el contratista principal tendría derecho a reclamar una prórroga del plazo, pero no costos adicionales por la suspensión, el contratista principal puede estar expuesto a una responsabilidad por los costos

⁶ Masadeh, *Op. cit.*

⁷ Cyril Chern, *Law of Construction Disputes*, Third Edition, Informa 2020, p. 138; J. Florian Pulkowski, “The Subcontractor’s Direct Claim in International Business Law”, *International Construction Law Review*, Vol. 21, 2004, pp. 31, 36; Bailey, *Op. cit.*, pp. 1295-1297. La legislación francesa permite el recurso directo entre el empresario y el subcontratista; véase el artículo 12 de la Ley de Subcontratación N° 75-1334 de 1975; el artículo 1597 del Código Civil español; el artículo 1798 del Código Civil belga; M.A.B. Chao-Duivis, “Subcontracting in Europe: the Results of a Questionnaire”, *International Construction Law Review*, Vol. 30, 2013, pp. 318, 319; F. Chaix y S. Marchand, “The Right of Recourse of an Employer Against a Subcontractor”, *The International Construction Law Review*, Vol. 1, 1998, p. 211.; B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Second Edition, Kluwer Law International 2020, párrafos 915-919; Caso ICC N° 6230 de 1990, en J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995)* (la ley suiza regía el contrato principal y el subcontrato), pp. 91-92.

⁸ L. Di Paola, “Back-to-back Contracts”, *International Construction Law Review*, Vol. 26, 2009, 489, pp. 489-490.

de suspensión que no repercutiría en el subcontratista si este tiene derecho a reclamar tanto una prórroga del plazo como costos por la suspensión en virtud del subcontrato⁹.

Existen dos tipos diferentes de subcontratistas: los subcontratistas nacionales y los subcontratistas designados. Un subcontratista nacional es elegido por el contratista principal, mientras que un subcontratista designado es seleccionado por el empresario, o acordado con él, en virtud de acuerdos de designación en el contrato principal¹⁰.

Optar por un subcontratista designado puede ser beneficioso tanto para el empresario como para el contratista. Desde el punto de vista del empresario, los subcontratistas designados permiten al empresario o al ingeniero participar en la elección de un subcontratista especializado y, de este modo, controlar mejor la calidad del trabajo del subcontratista o los materiales utilizados¹¹. La opción de un subcontratista designado también puede ahorrar tiempo, ya que el empresario puede identificar al subcontratista antes de la celebración del contrato principal e informar al contratista principal en el momento de la licitación de su propuesta de elección del subcontratista. Si el empresario tiene la intención de utilizar subcontratistas designados, debe dejarlo claro en el pliego de condiciones para dar al contratista la oportunidad de tener en cuenta esta cuestión a la hora de fijar el precio del proyecto¹².

⁹ See *Smith v. Johnson Bros* [1954] 1 DLR 392. En este caso, el contrato principal preveía el derecho del empresario a suspender las obras, en cuyo caso el contratista principal tendría derecho a reclamar una prórroga del plazo, aunque no costos adicionales por la suspensión. El subcontrato preveía, igualmente, el derecho del contratista principal a suspender las obras, pero establecía que en tal caso el subcontratista tendría derecho tanto a la prórroga como a los costos de suspensión. Cuando el empresario suspendió las obras, el contratista reclamó al empresario una prórroga en virtud del contrato principal, pero tuvo que hacer frente a la reclamación del subcontratista en virtud del subcontrato tanto de la prórroga como de los costos y gastos adicionales por la suspensión.

¹⁰ Cyril Chern, *Law of Construction Disputes*, Third Edition, Informa 2020, p. 127.

¹¹ Bailey, *Op. cit.*, p. 1307; Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, *Op. cit.*, p. 48.

¹² J. Glover y S. Hughes, *Understanding the FIDIC Red Book: A Clause-By-Clause Commentary*, Second Edition, Sweet & Maxwell 2011, párrafo 5-003.

Una nueva disposición del Libro Rojo de la FIDIC de 2017 es la subcláusula 5.1, que exige que el contratista obtenga el consentimiento previo del ingeniero para todos los subcontratistas propuestos, excepto para los proveedores de materiales o (obviamente) para los subcontratistas designados. Como se indica en la disposición, si el ingeniero no responde en un plazo de 14 días tras recibir la solicitud del contratista, incluyendo los detalles del subcontratista propuesto, oponiéndose al subcontratista propuesto, se considerará que el ingeniero ha dado su consentimiento.

En cualquier caso, el subcontratista propuesto no podrá ser seleccionado por el empresario en contra de la voluntad del contratista. La cláusula 5.2.2 del Libro Rojo de la FIDIC de 2017, por ejemplo, establece que el contratista no tendrá ninguna obligación de emplear a un subcontratista designado contra el que el contratista formule una objeción razonable mediante notificación al ingeniero a más tardar 14 días después de recibir las instrucciones del ingeniero, con los datos justificativos¹³. Las objeciones razonables incluyen el caso en que el subcontratista carezca de competencia, recursos o solidez financiera suficientes; o cuando el subcontratista insista en condiciones del subcontrato que no se ajusten al contrato principal y puedan dejar al contratista expuesto a responsabilidad frente al empresario; o el caso en que el subcontratista no acepte indemnizar al contratista en caso de negligencia o mal uso de los bienes por parte del subcontratista designado, sus agentes y empleados¹⁴. Si el contratista se opone al subcontratista designado, el empresario puede superar dicha objeción aceptando indemnizar al contratista con respecto a los motivos de objeción del contratista¹⁵.

Desde el punto de vista del contratista, este puede querer implicar al empresario en la selección del subcontratista para intentar minimizar

¹³ Véase la cláusula 5.2.2 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

¹⁴ A tal efecto, véase la cláusula 5.2.2(a)-(c) de las Condiciones Contractuales de la FIDIC para la Construcción de 2017; E. Baker, B. Mellors, et al., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa 2009, p. 133.

¹⁵ Glover y Hughes, *Op. cit.*, párrafo 5-008.

su riesgo y la responsabilidad que pueda derivarse del trabajo del subcontratista¹⁶. Sin embargo, que esto sea posible dependerá de una serie de circunstancias jurídicas y fácticas. En concreto, algunas legislaciones nacionales prevén reclamaciones o recursos directos entre el empresario y el subcontratista, aunque no exista una relación contractual directa entre ambas partes¹⁷. Además, en circunstancias de hecho en las que el empresario, o un arquitecto en nombre del empresario, se pone en contacto con el subcontratista designado durante la planificación del proyecto para discutir el precio y otros términos del trabajo del subcontratista antes de que se conozca todavía la identidad del contratista principal, podría considerarse que existe suficiente contacto directo entre el empresario y el subcontratista para establecer una relación contractual directa. En este sentido, las reclamaciones o recursos directos pueden ser posibles si el subcontratista puede ser considerado responsable frente al empresario sobre la base de una garantía implícita con respecto al empresario, o si puede establecerse un acuerdo colateral directo entre el empresario y el subcontratista¹⁸. Así, por ejemplo, en el caso *Shanklin Pier v. Detel Products*, en el que los propietarios celebraron un contrato con los contratistas para reparar y volver a pintar un muelle que había sido demolido durante la guerra, el subcontratista se reunió con el empresario con el fin de obtener el contrato para el repintado del muelle. Durante la reunión, el subcontratista ofreció ciertas garantías, entre ellas que tendría una vida útil de al menos siete a diez años. La cuestión que se planteó ante el tribunal era si podía surgir una garantía exigible entre partes distintas de las partes del contrato principal. El tribunal inglés

¹⁶ *Ibid*, p. 1308; J. Adriaanse, *Construction Contract Law: The Essentials* Third Edition, Palgrave Macmillan 2010, pp. 252-256.

¹⁷ Chao-Duvis, *Op. Cit.*, 325-327; Caso ICC N° 6230 de 1990, XVII *Yearbook Commercial Arbitration* pp. 164, 169-170 (1992).

¹⁸ Sin embargo, véase el caso sudafricano de *Concrete Construction v. Keidan* [1955] 4 SA 315, que negaba la existencia de un vínculo entre el empresario y el subcontratista a pesar del contacto directo; Bailey, *Op. cit.*, pp. 1295-1297.

sostuvo que el empresario tenía derecho a reclamar contra el subcontratista por incumplimiento de una garantía expresa, a pesar de que el contrato se había celebrado entre los contratistas y los subcontratistas¹⁹.

Por último, las reclamaciones directas pueden ser posibles si se establece un deber de diligencia mediante determinadas declaraciones por parte del subcontratista, como ocurrió, por ejemplo, en el caso *IBA v. EMI*²⁰. En este caso, EMI acordó construir un mástil de televisión para IBA. EMI empleó a BICC como subcontratista para diseñar y ejecutar la construcción del propio mástil. Tras el derrumbe del mástil, IBA alegó incumplimiento de contrato contra EMI y BICC y alegó incumplimiento de garantía directamente contra el subcontratista, BICC. Basándose en ciertas declaraciones hechas por BICC en una carta que había enviado a IBA, el tribunal consideró que dicha comunicación entre el empresario y el subcontratista había establecido un deber de diligencia para con el empresario y hacía al subcontratista directamente responsable frente al empresario.

1.2. Los derechos y deberes de las partes en virtud del contrato principal y del subcontrato deben estar alineados

Como se ha mencionado anteriormente, no suele haber responsabilidad directa entre el empresario y el subcontratista ni relación contractual multiparte en un escenario típico de contrato principal de construcción y subcontrato. Por lo tanto, el contratista suele ser responsable ante el empresario y el subcontratista es responsable ante el contratista²¹. Este tipo de responsabilidades diferenciadas en los dos contratos suele lograrse mediante contratos *back-to-back* bien redactados²².

¹⁹ Véase el caso inglés *Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd* [1951] 2 K.B. 854; también véase *Welsb Health Technical Services Organisation v. Haden Young Ltd* [1988] 37 B.L.R. 130.

²⁰ Véase *Independent Broadcasting Authority v. EMI Electronics Ltd* [1980] 14 B.L.R. 1.

²¹ Bailey, *Op. cit.*, pp. 1296 y 1300.

²² Di Paola, *Op. cit.*, p. 489; M. Dubisson, "Arbitration in Subcontracts for International Projects", *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, 1984, p. 198.

Un ejemplo son las Condiciones de Subcontratación FIDIC para la Construcción, que se publicaron por primera vez en 2011 para utilizarse junto con las Condiciones de Contratación FIDIC para la Construcción de 1999 y ahora la edición de 2017²³. El Contrato FIDIC de 1999 y el Subcontrato FIDIC tienen 20 cláusulas cada uno²⁴. Mientras que el Contrato FIDIC de 2017 tiene 21 cláusulas, es en gran medida compatible en contenido y estructura con el Subcontrato FIDIC²⁵.

Otra forma de alinear las disposiciones entre los dos contratos es incorporar por referencia disposiciones del contrato principal al subcontrato; sin embargo, la incorporación por referencia requiere un lenguaje claro y expreso en cuanto a la naturaleza y el alcance exactos de los derechos, deberes y recursos que se incorporan al subcontrato²⁶. De lo contrario, pueden surgir disputas a este respecto. Por ejemplo, en el caso *Lafarge Redland Aggregate Ltd v. Shephard Hill Civil Engineering*, el subcontrato hacía amplias referencias al contrato principal, incluso en lo relativo a la obligación del subcontratista de leer y tomar nota de las disposiciones del contrato principal. La cuestión ante el tribunal inglés era si tales referencias podían establecer la responsabilidad directa del subcontratista frente al empresario. El tribunal estimó que no existía relación

²³ Se espera que la FIDIC lance un nuevo formulario de subcontratación en los próximos años.

²⁴ La mayoría de las cláusulas del Subcontrato FIDIC son un reflejo de las cláusulas equivalentes del Contrato FIDIC; por ejemplo, la Cláusula 8 trata sobre el Inicio, la Cláusula 9 sobre las Pruebas de Finalización, la Cláusula 10 sobre la Toma de Control, la Cláusula 11 sobre Responsabilidad por Defectos, la Cláusula 12 sobre Medición y Evaluación, la Cláusula 14 sobre Precio y Pago, las Cláusulas 15 y 16 sobre Terminación y Suspensión, la Cláusula 17 sobre Riesgos, la Cláusula 18 sobre Seguros, la Cláusula 19 sobre Fuerza Mayor y la Cláusula 20 sobre Reclamaciones, Disputas y Arbitraje.

²⁵ Las principales diferencias en el Contrato FIDIC de 2017 es que la Cláusula 18 es sobre Acontecimientos Excepcionales (frente a la Cláusula 18 del Subcontrato, que es sobre Seguros) y la Cláusula 19 es sobre Seguros (frente a la Cláusula 19 del Subcontrato, que es sobre Fuerza Mayor). La anterior cláusula 20 de la edición de 1999 se desglosa ahora en dos cláusulas sobre reclamaciones del empleador y del contratista (cláusula 20) y conflictos y arbitraje (cláusula 21).

²⁶ J. McGuinness, *The Law and Management of Building Subcontracts*, Second Edition, Blackwell Publishing 2007, pp. 54-55; para que la cláusula de arbitraje se incorpore por referencia, se requiere generalmente en derecho anglosajón que las partes la establezcan claramente, véase Di Paola, *Op. cit.*, pp. 492 y 497-499; C. Seppala, "The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract" *International Construction Law Review*, Vol. 5, 1995, p. 11.

directa entre el empresario y el subcontratista, y que si bien las disposiciones del contrato principal podían haber tenido una influencia importante en la relación contractual entre el contratista y el subcontratista, no establecían relación contractual de ningún tipo entre el empresario y el subcontratista²⁷.

Aunque los contratos *back-to-back* garantizan que los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato principal y del subcontrato están alineados, es el contratista el que será directamente responsable frente al empresario de cualquier falta, retraso o daño que pueda derivarse de los trabajos del subcontratista. Como se establece ahora en la cláusula 5.1 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017 (Libro Rojo): “el Contratista será responsable del trabajo de todos los subcontratistas, de la gestión y coordinación de todos los trabajos de los subcontratistas, y de los actos e incumplimientos de cualquier subcontratista, agente o empleado de cualquier subcontratista como si fueran actos o incumplimientos del Contratista”²⁸. La disposición no distingue entre subcontratistas nacionales y designados, y es aplicable a ambos²⁹.

Sin embargo, las legislaciones nacionales pueden adoptar un enfoque diferente al de la FIDIC en cuanto a la responsabilidad objetiva del contratista frente al empresario. Por ejemplo, la legislación inglesa establece que un contratista no es necesariamente responsable de cualquier diseño realizado por un subcontratista designado, o de si el subcontratista ha cumplido con las especificaciones de rendimiento de los bienes y materiales³⁰. A menos que dichas disposiciones de la legislación nacional aplicable sean obligatorias, la responsabilidad objetiva del contratista en virtud de las condiciones FIDIC requerirá que el contratista acuerde con el subcontratista incluir en el subcontrato cláusulas que establezcan

²⁷ See *Lafarge Redland Aggregates Ltd v. Shephard Hill Civil Engineering Ltd* [2000] 1 WLR.

²⁸ Véase la cláusula 5.1 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017. Anteriormente figuraba en la cláusula 4 de la edición FIDIC de 1999.

²⁹ Véase Baker, Op. Cit., p. 130.

³⁰ Glover y Hughes, Op. Cit., pp. 88-89.

que el subcontratista indemnizará al contratista y lo mantendrá indemne frente a los daños y perjuicios de los que el contratista pase a ser responsable en virtud del contrato principal como consecuencia de un incumplimiento del subcontrato³¹. El hecho de que el subcontratista no incluya disposiciones a tal efecto puede dar derecho al contratista a oponerse a un subcontratista designado³².

Otras cláusulas del Subcontrato FIDIC para la Construcción pretenden alinear los derechos y deberes de las partes en virtud del subcontrato y del contrato principal³³. A modo de ejemplo:

- i. La subcláusula 1.8 establece que ambos contratos se regirán por las mismas leyes y el mismo lenguaje³⁴.
- ii. La subcláusula 1.10 establece que no existe relación de dependencia entre el empresario y el subcontratista³⁵.
- iii. La subcláusula 2.2 establece que el subcontratista cumplirá y asumirá todas las obligaciones del contratista en virtud del contrato principal, salvo cuando las disposiciones del subcontrato exijan lo contrario, y ejecutará las obras subcontratadas y subsanará cualquier defecto de forma que no contribuya a ningún incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones en virtud del contrato principal³⁶.

³¹ Véase la cláusula 2.2 de las Condiciones de los Subcontratos de Construcción de la FIDIC de 2011.

³² Véase la cláusula 5.2 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

³³ E. Kratochvilova y M. Mendelblat, "Testing the Water – a New FIDIC Subcontract", *International Construction Law Review*, Vol. 28, 2011, pp. 1, 4.

³⁴ Subcláusula 1.8 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

³⁵ Subcláusula 1.10 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

³⁶ Subcláusula 2.2 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

- iv. La subcláusula 2.3 establece que las instrucciones y determinaciones del ingeniero deben notificarse al subcontratista “como instrucciones del contratista”³⁷.
- v. La subcláusula 2.4 establece que el subcontratista tendrá los mismos derechos y recursos que el contratista principal en virtud del contrato principal³⁸.
- vi. La subcláusula 3.5 establece que el contratista es responsable de la coordinación de las obras principales y las obras subcontratadas, y con las obras de cualquier otro subcontrato³⁹;
- vii. La cláusula 8 coordina el progreso del contrato principal y del subcontrato y está alineada con las disposiciones del contrato principal⁴⁰. Por ejemplo:
 - a) La subcláusula 8.1 establece que el Contratista notificará al Subcontratista la fecha de inicio del subcontrato con una antelación mínima de 14 días y dispone que el Subcontratista iniciará la ejecución del subcontrato tan pronto como sea posible después de la fecha de inicio y procederá a realizar las obras sin demora⁴¹.
 - b) La subcláusula 8.3 establece que el subcontratista deberá presentar al contratista un programa detallado para la ejecución de las obras del subcontrato en un plazo de 14 días a partir de la recepción de la carta de aceptación del contratista o del programa del contratista presentado en virtud del contrato principal, lo que sea posterior, y que la forma y el

³⁷ Subcláusula 2.3 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

³⁸ Subcláusula 2.4 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

³⁹ Subcláusula 3.5 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁴⁰ Cláusula 8 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁴¹ Cláusula 8.1 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011; Cláusula 8.1 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

detalle del programa deberán cumplir plenamente los requisitos de programación e información del contrato principal⁴².

- c) La subcláusula 8.4 establece que el subcontratista tendrá derecho a una prórroga en la medida en que la finalización de las obras se retrase, entre otras causas, por alguna de las establecidas en el contrato principal⁴³.
- d) La subcláusula 8.6 establece que si el contratista ordena al subcontratista que suspenda el avance de las obras del subcontrato, se aplicarán al subcontrato las disposiciones relativas a las “consecuencias de la suspensión” y a la “suspensión prolongada” incluidas en el contrato principal, salvo que la causa de la suspensión sea responsabilidad del subcontratista⁴⁴.
- e) La subcláusula 8.7 estipula que si el subcontratista incumple el plazo de ejecución del subcontrato y este incumplimiento causa o contribuye a que el contratista incumpla el contrato principal, el contratista tendrá derecho a deducir los daños por demora del precio del subcontrato⁴⁵.

⁴² Cláusula 8.3 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011; Cláusula 8.3 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

⁴³ Cláusula 8.4(d) de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011; Cláusula 8.5 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

⁴⁴ Cláusula 8.6 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011; Cláusula 8.9 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

⁴⁵ Cláusula 8.7 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011; Cláusula 8.8 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

- viii. La cláusula 14 establece el método “*pay when paid*” y, por tanto, transfiere el riesgo de retraso en los pagos por parte del empresario al subcontratista⁴⁶. A tal efecto, la subcláusula 14.6 establece que el contratista tiene derecho a retener o aplazar el pago de cualquier cantidad incluida en la declaración mensual de un subcontratista si: (1) las cantidades incluidas en el extracto no están certificadas por el ingeniero; (2) el empresario no ha efectuado el pago al contratista en relación con dichas cantidades; o (3) el contratista considera que cualquier cantidad incluida en el extracto mensual de un subcontratista no es debida de acuerdo con el subcontrato. No obstante, el contratista no tiene derecho a retener o aplazar el pago de ninguna cantidad si la falta de pago por parte del empresario se debe al incumplimiento del contratista en virtud del contrato principal o a la quiebra del empresario⁴⁷. La cláusula 14 no prevé el método “*pay-if-paid*” y, por lo tanto, el contratista está obligado a abonar definitivamente las cantidades retenidas o aplazadas en un plazo de 7 días a partir de la recepción por el contratista del pago del empresario o en un plazo de 56 días a partir de la expiración del plazo de notificación de los defectos del subcontrato, independientemente de que el empresario haya abonado o no dichas cantidades⁴⁸.
- ix. La subcláusula 17.1 amplía la responsabilidad del subcontratista por los daños de las obras subcontratadas hasta la toma de posesión definitiva por parte del empresario⁴⁹.

Del mismo modo, las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017 (Libro Rojo) incluyen disposiciones relativas al

⁴⁶ Cláusula 14 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011. En algunas jurisdicciones, como el Reino Unido, el método “*pay-when-paid*” no es ejecutable. A tal efecto, véase la Sección 113(1) de la Ley de Subvenciones, Construcción y Regeneración de Viviendas; y Chao-Duvis, *Op. cit.*, pp. 323-324. Otras cláusulas son: Subcláusula 3.3, que equivale a la Cláusula 2.5 del contrato principal; y Subcláusula 3.4.

⁴⁷ Subcláusula 14.6 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁴⁸ Subcláusula 14.6 y 14.8 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁴⁹ Cláusula 17.1 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

subcontrato, en particular la subcláusula 5.2.4, que faculta al ingeniero a exigir al contratista que presente pruebas de que ha pagado al subcontratista designado las sumas adeudadas en virtud de los certificados de pago. Si el contratista no presenta dicha prueba, el empresario tiene derecho a pagar directamente al subcontratista designado y a solicitar al contratista la devolución de dicha cantidad⁵⁰.

2. EL ARBITRAJE MULTIPARTE EN LOS LITIGIOS DE LA CONSTRUCCIÓN

2.1. *Observaciones generales sobre los arbitrajes multiparte*

La realización de un proyecto de construcción puede implicar varias partes y acuerdos interrelacionados, y cualquier litigio entre el empresario y el contratista puede derivarse de los mismos hechos y dar lugar a cuestiones jurídicas similares en un litigio entre el contratista y el subcontratista.

Como ya se ha mencionado anteriormente, las disposiciones del contrato principal entre el contratista y el empresario, incluida la disposición sobre resolución de conflictos, no formarán parte normalmente del acuerdo del subcontratista. En consecuencia, los procedimientos de arbitraje multiparte entre un empresario, un contratista y un subcontratista no serán posibles en el contexto de un litigio de construcción⁵¹. Por lo general, un único arbitraje multiparte redundará en beneficio del contratista que, de lo contrario, tendrá que interponer una demanda separada contra el subcontratista ante un tribunal arbitral diferente para recuperar los daños liquidados que puedan haber sido concedidos a favor del empresario en un arbitraje anterior⁵². Por el contrario, el empresario tendrá generalmente poco interés en participar en un procedimiento de

⁵⁰ Cláusula 5.2.4 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017.

⁵¹ S. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press 2010, párrafos 1.09-1.13.

⁵² Hanotiau, *Op. cit.*, párrafo 510.

arbitraje multiparte que implique a un subcontratista. El principal interés del empresario es hacer plenamente responsable al contratista principal y, por lo general no le preocupará si este podrá posteriormente repercutir su responsabilidad a cualquier otra parte responsable. Como se señala acertadamente:

Si [el empresario] tiene que defender reclamaciones, preferiría hacerlo de una sola fuente, a saber, el contratista principal. El empresario puede temer que un procedimiento de arbitraje multiparte se preste a abusos por una parte recalcitrante, dado que aumenta la posibilidad de objeciones procesales. Además, en caso de que tenga que presentar reclamaciones, es muy posible que espere poder responsabilizar plenamente al contratista principal, dejándole la posibilidad de presentar reclamaciones contra las demás partes implicadas⁵³.

Dicho esto, el empresario puede querer presentar una demanda de arbitraje contra el subcontratista directamente si, por ejemplo, el contratista se ha declarado insolvente⁵⁴, o si el empresario puede establecer un deber directo de diligencia o una demanda directa contra el subcontratista⁵⁵.

Si bien es posible que una parte desee que un único tribunal decida todos los litigios entre un empresario, un contratista y un subcontratista, el arbitraje multiparte solo será posible si todas las partes dan su consentimiento, ya sea antes de que surja el litigio o después de que haya surgido⁵⁶. En efecto, es difícil obligar a los no signatarios a participar en un arbitraje al que no han dado su consentimiento. De hecho, esta “falta de poder” en relación con terceros se identificó como una de las “peores

⁵³ J. Marrin, “Multiparty Arbitration in the Construction Industry”, en Permanent Court of Arbitration, *Multiparty Actions in International Arbitration*, Oxford University Press 2009, pp. 398-399; Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, *Op. cit.*, p. 47; Hanotiau, *Op. cit.*, párrafo 510.

⁵⁴ D. Kondev, “Do Recent Overhauls of Arbitration Rules Respond to the Need for Multi-party Arbitration in the Construction Industry?”, *International Construction Law Review*, Vol. 32, 2015, pp. 63, 66.

⁵⁵ Véase la sección anterior. Véase también Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁶ A. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press 2012, párrafo 9.01.

características” del arbitraje en la Encuesta sobre Arbitraje Internacional de Queen Mary de 2018.

El consentimiento para el arbitraje multiparte antes de que surja la disputa puede establecerse si las cláusulas de arbitraje del contrato principal de construcción y del subcontrato permiten expresamente el arbitraje multiparte, o si el reglamento de arbitraje institucional que rige el procedimiento de arbitraje prevé el arbitraje multiparte⁵⁷.

En los arbitrajes no relacionados con la construcción, los tribunales pueden, en determinadas circunstancias, determinar el consentimiento implícito para el arbitraje multiparte sobre la base de diferentes doctrinas jurídicas como la agencia, la cesión, el tercero beneficiario, la incorporación por referencia, el alter ego o el *estoppel* equitativo o arbitral⁵⁸. En virtud de estas doctrinas, un acuerdo de arbitraje entre dos partes signatarias puede “ampliarse” para vincular a una parte no signataria; sin embargo, en un contrato y subcontrato de construcción típico es poco probable que un acuerdo de arbitraje en el contrato de construcción principal entre el empleador y el contratista pueda “ampliarse” para vincular al subcontratista no signatario en virtud de cualquiera de las doctrinas jurídicas anteriores. A menos que existan circunstancias fácticas excepcionales, la posición jurídica de un subcontratista no suele ser similar a la del principal, o el cesionario⁵⁹, o el alter ego del contratista principal⁶⁰.

⁵⁷ Kondev, ‘Do Recent Overhauls of Arbitration Rules Respond to the Need for Multi-party Arbitration in the Construction Industry?’, *Op. cit.*, pp. 63, 64.

⁵⁸ W.W. Park, “Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator’s Dilemma”, en Permanent Court of Arbitration, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press 2009, párrafo 1.12.

⁵⁹ A menos que el contratista ceda expresamente el beneficio del subcontrato al subcontratista, véase la subcláusula 5.1 de las Condiciones contractuales de la FIDIC para la construcción de 2017 (Guía para la preparación de las condiciones particulares); anteriormente estaba previsto en la cláusula 4.5 de la edición de 1999.

⁶⁰ En otro orden de cosas, en casos excepcionales, los tribunales pueden decidir rasgar o levantar el velo corporativo de una empresa (por ejemplo, en el caso de un contratista) para llegar a su empresa matriz. Por ejemplo, véase el caso ICC N°14208/14236 de 2008, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 24, 2013, pp. 62-70. La cuestión que se planteó al tribunal arbitral era si se podía atravesar el velo corporativo del contratista para llegar a su empresa

Del mismo modo, normalmente será difícil que un subcontratista sea considerado como tercero beneficiario del beneficio sustantivo, incluida la cláusula de arbitraje, del contrato principal.

Si todas las partes relevantes (empresario, contratista y subcontratista) desean resolver su disputa en un único procedimiento arbitral multiparte, es más seguro firmar un único acuerdo de arbitraje, o firmar dos cláusulas de arbitraje idénticas (una entre el empresario y el contratista y otra entre el contratista y el subcontratista) que prevean expresamente procedimientos multiparte. Si el empresario, el contratista y el subcontratista desean suscribir dos cláusulas de arbitraje idénticas, deben ser conscientes de que una redacción poco clara puede dar lugar a confusiones o desacuerdos⁶¹.

Por ejemplo, en *City & General v. AYH*⁶², City & General (CG) celebró un contrato de construcción con Kier como contratista principal para la reforma y construcción de la antigua Biblioteca de la Oficina de Patentes de Londres. CG designó además a AYH para que actuara como director del proyecto. El contrato entre CG y AYH incluía una cláusula de arbitraje que establecía que cualquier controversia sería sometida a arbitraje por un único árbitro, y que si la controversia planteaba cuestiones iguales o relacionadas con cuestiones planteadas en controversias conexas entre cualquiera de las partes y un tercero, ya sometidas a arbitraje, dicha controversia sería sometida al árbitro designado para resolver la controversia conexas.

matriz. Aplicando normas transnacionales, el tribunal decidió que el velo corporativo puede ser levantado si: (1) el accionista dominante tiene el control total de la filial; y (2) existen pruebas de fraude o abuso de derecho. El tribunal decidió extender la cláusula de arbitraje al no signatario, dado que la empresa matriz dominaba y controlaba su filial, y abusaba de la estructura corporativa de la filial para proteger sus propios intereses.

⁶¹ *Trafalgar House Construction v. Railtrack* [1995] 75 BLR 55.

⁶² *City & General (Holborn) v. AYH Plc* [2005] EWHC 2494 (TCC).

Cuando surgió el litigio entre CG y AYH, ya había surgido un litigio y se había nombrado un árbitro entre CG y Kiev. CG y AYH discreparon sobre si su disputa planteaba cuestiones que “eran las mismas que, o estaban relacionadas con, cuestiones” planteadas en el arbitraje entre CG y Kiev y, por lo tanto, si su disputa debía remitirse al árbitro designado para determinar la disputa entre CG y Kiev. Basándose en la decisión del juez Humphrey Lloyd en *Trafalgar House Construction (Regions) Limited v. Railtrack*⁶³, el juez Jackson señaló que la cláusula de arbitraje no era clara y que, por lo tanto, era apropiado tener en cuenta su propósito comercial, es decir, evitar la multiplicidad de procedimientos. El juez Jackson observó que si una parte material de ambos litigios estaba relacionada, tendría sentido comercial que ambos litigios fueran tratados por el mismo tribunal, y a continuación concluyó que una serie de cuestiones en el arbitraje contra AYH eran sustancialmente las mismas que, o estaban relacionadas con, cuestiones que surgían en el arbitraje con Kier. Por lo tanto, ordenó que el árbitro designado en el arbitraje entre CG y AYE fuera nombrado para el arbitraje entre CG y AYH⁶⁴.

2.2. Procedimientos con pluralidad de partes con arreglo a las Condiciones del Contrato y del Subcontrato de la FIDIC

Las Condiciones del Contrato y del Subcontrato de la FIDIC incluyen cláusulas de resolución de conflictos compatibles para lograr la resolución coordinada de los conflictos que puedan surgir en el marco del contrato principal y del subcontrato. Por ejemplo, la subcláusula 20.1 de las Condiciones de subcontratación de la FIDIC establece que siempre que el contratista esté obligado, en virtud de las condiciones de la FIDIC del contrato principal, a dar cualquier notificación o información al ingeniero o al empresario o a mantener registros contemporáneos, el subcontratista también deberá dar una notificación similar u otra información por escrito al contratista y mantener los registros contemporáneos

⁶³ [1995] 75 BLR 55.

⁶⁴ *City & General (Holborn) v. AYH Plc* [2005] EWHC 2494 (TCC).

que permitan al contratista cumplir con los términos del contrato principal. Del mismo modo, la subcláusula 20.2 de las Condiciones de Subcontratación de la FIDIC establece que si el subcontratista se considera con derecho a cualquier ampliación del plazo de subcontratación y a cualquier pago adicional en virtud de los términos del subcontrato, se aplicará la disposición equivalente de la subcláusula 20.2 del contrato principal, con la salvedad de que el plazo de notificación para las reclamaciones del subcontratista no será posterior a 21 días desde que el subcontratista tuvo o debería haber tenido conocimiento del hecho o circunstancia relevante que dio lugar a la reclamación. Dichos plazos (y el plazo para que el subcontratista justifique su reclamación) son deliberadamente más cortos que los plazos para que el contratista principal notifique (y justifique su reclamación) al ingeniero en virtud del contrato principal⁶⁵.

Sin embargo, aunque en virtud de la cláusula 21 de las Condiciones Contractuales de la FIDIC de 2017 y la cláusula 20 de las Condiciones de Subcontratación de la FIDIC, los procesos de resolución de controversias en virtud de los dos contratos están coordinados, siguen siendo separados y distintos.

En concreto, en virtud de la cláusula 20 de las Condiciones de Subcontratación de la FIDIC, si el subcontratista tiene una reclamación contra el contratista, este realizará una determinación justa de la reclamación⁶⁶. Si el subcontratista no está satisfecho con la decisión, la disputa se remitirá a la Comisión de Adjudicación de Disputas (DAB) del subcontrato⁶⁷. El contratista debe decidir entonces si el litigio está relacionado o no con el contrato principal. Si, según el contratista principal, el litigio del subcontrato no está relacionado con el contrato principal,

⁶⁵ Subcláusulas 20.1 y 20.2 de las Condiciones del Contrato de Construcción de la FIDIC de 2017 y subcláusula 20.2 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁶⁶ Subcláusula 20.2 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011; E. Kratochvilova y M. Mendelblat, "The FIDIC Subcontract, first edition", *International Construction Law Review*, Vol. 29, 2012, pp. 104, 109.

⁶⁷ Subcláusula 20.4 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

cualquiera de las partes (es decir, el contratista principal o el subcontratista) tendrá derecho a remitir el litigio del subcontrato al DAB del subcontrato⁶⁸. Si cualquiera de las partes emite una notificación de insatisfacción contra la decisión del DAB en virtud del subcontrato, el contratista principal y el subcontratista intentarán resolver amistosamente el litigio y, a continuación, procederán a un arbitraje bilateral⁶⁹.

Si el contratista considera que el litigio en el marco del subcontrato afecta a una cuestión relacionada con un litigio en el marco del contrato principal, en cualquier notificación de litigio presentada por el contratista o en el plazo de 14 días a partir de la recepción de una notificación de litigio del subcontratista, el contratista podrá notificar al subcontratista, de forma motivada, que el litigio está relacionado con un litigio en el marco del contrato principal. En tal caso, las partes no podrán remitir un litigio al DAB en virtud del subcontrato durante un periodo de al menos 112 días o según acuerden las partes. Si el objeto del litigio de subcontratación no ha sido sometido previamente a la DAB en virtud del contrato principal⁷⁰, el contratista deberá someter el litigio a la misma, y el subcontratista deberá facilitar al contratista toda la información que pueda razonablemente requerirse para permitir al contratista proseguir con la misma, lo que incluye el objeto del litigio de subcontratación⁷¹. Después de que el DAB del contrato principal emita su decisión (o si expira el plazo que las partes han acordado para aplazar cualquier remisión al DAB del subcontrato), cada parte tiene diferentes opciones: el contratista tiene derecho a remitir el litigio de subcontratación al DAB del subcontrato, mientras que el subcontratista tiene la opción de remitir el litigio de subcontratación al DAB del subcontrato o ir directamente a arbitraje⁷².

⁶⁸ Véase Subcláusula 20.4 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁶⁹ Véase Subcláusulas 20.6 y 20.7 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁷⁰ Tomamos nota de que la junta de adjudicación de disputas se llama ahora Dispute Avoidance / Adjudication Board (DAAB) en virtud de las Condiciones del Contrato FIDIC 2017 para la Construcción.

⁷¹ Véase Subcláusula 20.4 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁷² Véase Subcláusula 20.4 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

Aunque la decisión del DAB del contrato principal no será vinculante para el subcontratista ni para el DAB del subcontrato⁷³, este último deberá tenerla en cuenta normalmente para resolver el litigio entre el contratista y el subcontratista; sin embargo, si una de las partes no está conforme con la decisión del DAB en virtud del subcontrato, la disputa se someterá a arbitraje en virtud del subcontrato entre el contratista y el subcontratista. En virtud del subcontrato FIDIC, el empresario no podrá participar en el arbitraje entre el contratista y el subcontratista, y el procedimiento de arbitraje no se consolidará con ningún procedimiento de arbitraje entre el empresario y el contratista (ni quedará vinculado por el resultado del mismo).

En general, la supletoria Cláusula 20 de las Condiciones de Subcontrato FIDIC prevé un proceso armonizado de resolución de disputas únicamente durante la fase de adjudicación. La remisión de una reclamación al contratista para su resolución, en virtud del subcontrato FIDIC, es un procedimiento distinto y separado de la remisión de una reclamación al ingeniero para su resolución en virtud del contrato FIDIC. Del mismo modo, la remisión de una disputa a un panel de arbitraje en virtud del subcontrato FIDIC es un procedimiento distinto y separado de la remisión de una disputa a un panel de arbitraje en virtud del Contrato FIDIC. Destacados comentaristas han criticado este enfoque señalando: “Si el único objetivo fuera ahorrar tiempo y costos y evitar resultados incoherentes, todas las disputas entre el empresario y/o el contratista y/o el subcontratista deberían ser decididas por un único DAB y un único procedimiento de arbitraje en el que pudieran participar las tres partes”⁷⁴.

Además de la disposición supletoria de la Cláusula 20, el Apéndice de las Condiciones de Subcontratación de la FIDIC prevé dos procesos alternativos de resolución de conflictos que las partes pueden acordar

⁷³ Véase Subcláusula 20.4 de las Condiciones FIDIC de Subcontratos de Construcción de 2011.

⁷⁴ Christopher Seppälä, Presentación en la Conferencia Anual de la Cámara de Arbitraje de Milán, 1 de diciembre de 2011.

seguir. En tal caso, las partes deberán modificar la cláusula 20 supletoria e incorporar una de las dos opciones alternativas⁷⁵. Con arreglo a la primera opción, el proceso de resolución de litigios en virtud del subcontrato no incluye un DAB de subcontratación: cuando surja un litigio, el contratista y el subcontratista intentarán resolverlo de forma amistosa, y a falta de una solución amistosa someterán su litigio a arbitraje⁷⁶. Si las partes optan por este proceso alternativo de resolución de conflictos, no habrá armonización ni coordinación de los dos procesos en ninguna fase.

Como alternativa, el apéndice prevé un procedimiento complejo con el objetivo de vincular al subcontratista tanto a la decisión del DAB como al laudo arbitral del contrato principal. En concreto, en un plazo de siete días tras la recepción de la notificación de reclamación de un subcontratista, el contratista debe notificar al subcontratista si la reclamación del subcontratista se tratará como relacionada o no con la reclamación del contrato principal. Cualquier controversia sobre si la reclamación es conexa o no se resolverá de conformidad con el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la ICC.

Si la reclamación se considera conexa, el contratista presentará una notificación de la reclamación al ingeniero del contrato principal con el apoyo del subcontratista. Si el contratista tiene derecho a una prórroga y a un pago adicional en virtud del contrato principal, tendrá que repercutir una parte adecuada del beneficio al subcontratista.

Si el contratista desea impugnar la decisión del ingeniero puede remitirla al DAB del contrato principal y dar al subcontratista una oportunidad razonable de participar en la resolución de la disputa, incluyendo la preparación de alegaciones, la asistencia a la audiencia ante el DAB y la presentación de alegaciones orales. Cuando el DAB emite su decisión,

⁷⁵ Kondev, 'Do Recent Overhauls of Arbitration Rules Respond to the Need for Multi-party Arbitration in the Construction Industry?', *Op. cit.*, pp. 63, 69.

⁷⁶ Kratochvilova y Mendelblat, *Op. Cit.*, p. 12.

el contratista debe notificárselo al subcontratista en un plazo de siete días y, a menos que el subcontratista notifique su disconformidad, la decisión del DAB se considerará vinculante para el subcontratista; sin embargo, si el subcontratista no está satisfecho con la decisión del DAB, el contratista puede presentar una notificación de disconformidad en virtud del contrato principal o discrepar con el subcontratista. En este caso, el litigio se considerará ajeno al contrato principal y se resolverá entre el contratista y el subcontratista mediante solución amistosa y arbitraje de la ICC.

Después de que el contratista emita una notificación de insatisfacción, el contratista y el empleador intentarán resolver la disputa de forma amistosa en el marco del contrato principal, con la participación del subcontratista. Si no se llega a un acuerdo amistoso, el conflicto se someterá a arbitraje en el marco del contrato principal, en cuyo caso el contratista deberá mantener informado al subcontratista y, sobre todo, darle una oportunidad razonable de participar. En todos los casos, el contratista notificará el laudo al subcontratista en un plazo de siete días, y el laudo será vinculante tanto para el subcontratista como para el contratista.

En general, aunque la tercera alternativa pretende ser un medio eficaz para resolver los litigios relacionados, es muy compleja y es probable que plantee muchos problemas, y la experiencia anecdótica hasta la fecha muestra que no es la preferida por las partes.

3. REGLAS DE ARBITRAJE QUE PERMITEN RECLAMACIONES DE TERCEROS

El arbitraje multilateral puede permitirse cuando el reglamento de arbitraje aplicable prevea demandas de terceros. Las normas que permiten el arbitraje multipartite tienen por objeto permitir que los procedimientos se desarrollen de manera más eficiente y evitar la posibilidad de resultados contradictorios. Aunque no todos los reglamentos de arbitraje con-

tienen disposiciones relativas a la pluralidad de partes, muchas instituciones arbitrales han revisado sus reglamentos en los últimos años para dar cabida a los arbitrajes con pluralidad de partes⁷⁷. Mientras que algunos reglamentos se limitan a establecer que los procedimientos multi-parte están permitidos cuando las partes consienten en dicha acumulación⁷⁸, otros reglamentos incluyen disposiciones relativamente detalladas relativas a la acumulación de partes adicionales y/o la consolidación de múltiples procedimientos de arbitraje.

Por ejemplo, el artículo 22(1)(x) del Reglamento de la LCIA de 2020 faculta a un tribunal arbitral a permitir que uno o más terceros se unan al arbitraje siempre que dichos terceros y la parte solicitante hayan consentido expresamente dicha unión⁷⁹. De este modo, el Reglamento de la LCIA permite la “incorporación forzosa de una parte” siempre que la parte solicitante y la parte que vaya a ser incorporada estén de acuerdo con dicha incorporación. No se requiere el consentimiento de otras partes implicadas en el arbitraje⁸⁰.

El Reglamento de la LCIA de 2020 también permite a un tribunal arbitral y a la Corte de la LCIA consolidar múltiples procedimientos en algunas circunstancias. Así, de conformidad con el artículo 22A, podrá ordenarse la consolidación de procedimientos relacionados de la LCIA cuando todas las partes en los arbitrajes hayan acordado por escrito dicha consolidación⁸¹. El acuerdo de las partes puede ser anterior o posterior a la iniciación del procedimiento arbitral en el que se consolidarán los demás procedimientos. Además, la consolidación es posible sin el

⁷⁷ Véase Carrion, “Joinder of Third Parties: New Institutional Developments”, *Arbitration International*, Vol. 31, 2015, p. 479; G. Born, *International Commercial Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law International 2021, p. 2795.

⁷⁸ Por ejemplo, véase el artículo 17(5) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2013); sin embargo, véanse los artículos 4(1) y 4(2) del Reglamento suizo (2012), en los que no es necesario que todas las partes consientan la acumulación.

⁷⁹ Artículo 22(1)(x) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020).

⁸⁰ Born, *Op. cit.*, p. 2801.

⁸¹ Artículo 22A del Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020).

acuerdo de todas las partes siempre que (i) los procedimientos de arbitraje se hayan iniciado en virtud del mismo acuerdo de arbitraje, o de acuerdos de arbitraje compatibles; (ii) los arbitrajes se refieran a las mismas partes o se deriven de la misma transacción o serie de transacciones relacionadas; (iii) no se haya constituido todavía ningún tribunal arbitral o, si ya se ha constituido, que dichos tribunales estén compuestos por los mismos árbitros; y (iv) se haya dado a las partes una oportunidad razonable de expresar sus opiniones⁸².

En circunstancias en las que el tribunal considere que la consolidación no es apropiada, estará no obstante facultado para ordenar la conducción concurrente de dos o más arbitrajes de la LCIA, siempre que los arbitrajes se inicien bajo el mismo acuerdo de arbitraje o cualesquiera acuerdos de arbitraje compatibles, ya sea entre las mismas partes contendientes o que surjan de la misma transacción o serie de transacciones relacionadas, y se constituya el mismo tribunal arbitral con respecto a cada arbitraje⁸³.

Del mismo modo, los artículos 7 a 10 del Reglamento de la ICC de 2021 proporcionan un marco innovador para los arbitrajes multiparte y permiten:

- La adhesión de un tercero.
- Reclamaciones entre múltiples partes.
- Demandas basadas en múltiples contratos.
- La consolidación de múltiples arbitrajes.

⁸² Artículo 22A del Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020); Born, *Op. cit.*, p. 2800.

⁸³ Artículo 22A del Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020); G. Born, *Op. cit.*, p. 2800.

Así, el Reglamento de la ICC permite la acumulación de una parte adicional, como un subcontratista, si se presenta una solicitud a la Secretaría antes de la confirmación del tribunal, y la solicitud debe indicar el fundamento jurídico de la acumulación. La adhesión se autorizará si la Secretaría está convencida, *prima facie*, de que existe una cláusula de arbitraje que puede ser vinculante para todas las partes⁸⁴. Si la Secretaría rechaza la acumulación, la parte podrá solicitar a un tribunal nacional que determine si la cláusula de arbitraje es vinculante para el tercero no signatario⁸⁵.

Si se permite la acumulación, cualquiera de las partes podrá presentar demandas contra cualquier otra parte, siempre que se presenten antes de la firma de los términos de referencia⁸⁶. El tribunal podrá permitir la adhesión de una parte adicional incluso si la solicitud se presenta después del nombramiento del tribunal, siempre que la parte adicional acepte la constitución del tribunal y esté de acuerdo con los términos de referencia. Para tomar su decisión, el tribunal tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes⁸⁷.

Además, las demandas derivadas de o relacionadas con varios contratos pueden presentarse en un único arbitraje, independientemente de que dichas demandas se presenten en virtud de uno o más acuerdos de arbitraje con arreglo al Reglamento de la ICC⁸⁸. Esto puede aplicarse cuando, por ejemplo, un empresario ha firmado varios contratos con diferentes contratistas y los contratos incluyen una cláusula de arbitraje ICC.

Por último, el artículo 10 del Reglamento de la ICC faculta a la Corte de la ICC para consolidar procedimientos arbitrales ICC conexos en tres circunstancias. En primer lugar, la Corte de la ICC puede ordenar la

⁸⁴ Véase el artículo 6(4)(i) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁸⁵ A tal efecto, véase el apartado 6 del artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁸⁶ Artículo 8(1) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁸⁷ Artículo 7(5) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁸⁸ Artículo 9 del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

consolidación de múltiples arbitrajes si todas las partes han acordado la consolidación⁸⁹. El acuerdo de las partes puede constar en acuerdos bilaterales separados con disposiciones recíprocas de consolidación o en virtud de un acuerdo multilateral⁹⁰. En segundo lugar, la acumulación puede ordenarse si todas las demandas en los arbitrajes se presentan bajo el mismo acuerdo de arbitraje⁹¹. En tercer lugar, puede ordenarse la acumulación cuando las demandas se formulen en virtud de más de un acuerdo de arbitraje, siempre que los arbitrajes se celebren entre las mismas partes, las controversias surjan en relación con la misma relación jurídica y los acuerdos de arbitraje sean compatibles⁹². En estas circunstancias, la Corte de la ICC está facultada para ordenar la acumulación incluso si las partes de los arbitrajes separados no han acordado la acumulación⁹³.

Aunque las circunstancias en las que el artículo 10 permite la acumulación se han ampliado sustancialmente con respecto a algunas de las versiones anteriores del Reglamento de la ICC, la acumulación con arreglo al Reglamento de 2021 sigue estando limitada a los casos que impliquen demandas en virtud del mismo contrato, o de contratos conexos, todos ellos con cláusulas de arbitraje de la ICC⁹⁴.

En una nota relacionada, el arbitraje multiparte puede plantear problemas en relación con la constitución del tribunal arbitral. El derecho a designar un árbitro es un derecho sacrosanto en el arbitraje internacional y sigue siendo fundamental en el arbitraje multiparte⁹⁵. Así lo confirmó el conocido caso *Dutco*, en el que la Corte de Casación francés invalidó

⁸⁹ Artículo 10(a) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁹⁰ Jürg Künzle, *Multiple Contracts and Coordination in International Construction Projects: A Swiss Law Analysis*, Kluwer Law International 2020, p. 187.

⁹¹ Artículo 10(b) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁹² Artículo 10(c) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁹³ Künzle, *Op. cit.*, p. 187.

⁹⁴ Born, *Op. cit.*, p. 2797.

⁹⁵ *Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co.*, Cass. Civ. 7 de enero de 1992 (Corte de Casación francesa); Hanotiau, *Op. cit.*, párrafos 888-902.

un laudo en el que dos demandados designaban conjuntamente a un árbitro, reservándose el derecho a recusar dicha designación, y dispuso que las partes debían ser tratadas en pie de igualdad en la constitución de los tribunales arbitrales. Las instituciones arbitrales, incluida la ICC, han modificado sus reglamentos para ajustarse a este principio⁹⁶.

Cuando no se determina el consentimiento suele ser difícil que el arbitraje sea multipartito. En tales casos, las partes pueden optar por nombrar el mismo tribunal arbitral en los procedimientos relacionados⁹⁷ o solicitar audiencias concurrentes⁹⁸ para evitar decisiones incoherentes sobre cuestiones entrelazadas.

⁹⁶ Artículo 12(6) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (2021).

⁹⁷ *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co v. Eastern Bechtel Corp* [1982] 2 Lloyd's Rep. 425, cuando el tribunal dispuso que era deseable que hubiera un solo árbitro para evitar conclusiones contradictorias.

⁹⁸ For example, see Section 35 of the English Arbitration Act of 1996; and see Rule 14.b of the Rules of the London Maritime Arbitrators Association of 2006. Por ejemplo, véase la Sección 35 de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996; y la Regla 14.b del Reglamento de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres de 2006.

CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS *

Bernando M. Cremades **

1. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de resolución de litigios de varios niveles están diseñados para facilitar una resolución rápida y rentable de los conflictos. A menudo, las cláusulas de resolución de litigios prevén un mecanismo complejo de resolución alternativa de litigios en varias etapas, con el arbitraje vinculante como procedimiento de último recurso. Las cláusulas contractuales que prevén la conciliación o la mediación como condición previa al arbitraje, o las cláusulas que prevén la resolución del litigio por una junta de ingenieros, permiten un método rentable y flexible para resolver los litigios de construcción, evitando largos procedimientos y limitando las cuestiones que eventualmente tenga que decidir un tribunal arbitral.

Un mediador o conciliador no emitirá una decisión vinculante, pero puede ayudar a las partes a llegar a un acuerdo o a comprender mejor la posición de la otra parte. Solo si el conflicto no se ha resuelto por mediación en un plazo determinado, las partes pueden recurrir al arbitraje. Otra posibilidad es el recurso a un panel o junta de ingenieros, a menudo

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester).

** Socio principal, B. Cremades y Asociados, Abogados, Madrid. Presidente de la Corte Española de Arbitraje. Presidente del Global Center for Dispute Resolution Research; miembro del Institute of World Business Law de la Cámara de Comercio Internacional; miembro del International Council for Commercial Arbitration. E-mail: b.cremades@bcremades.com

denominados *Dispute Resolution Boards* o *Dispute Adjudication Boards*¹, que permiten que las cuestiones técnicas sean tratadas por expertos en la materia antes de que el tribunal arbitral las examine.

El papel tradicional del ingeniero en los litigios internacionales de construcción, consistente en evaluar y valorar las cuestiones técnicas, ha evolucionado en las actuales juntas de resolución de disputas. Aunque el trabajo de valoración y evaluación técnica continúa, las juntas de resolución de disputas se consideran hoy cada vez más como “decisores” o adjudicadores.

El uso de las juntas de resolución de disputas puede verse en los grandes proyectos de construcción actuales. En el proyecto del túnel bajo el Canal de la Mancha, los litigios debían someterse a un grupo de expertos y, a continuación, si alguna de las partes lo solicitaba, a arbitraje internacional con arreglo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Asimismo, en el proyecto del aeropuerto de Hong Kong, el contrato preveía una cláusula de resolución de litigios en cuatro niveles, que incluía, en primer lugar, el sometimiento de las disputas a un ingeniero, seguido de mediación, adjudicación y arbitraje.

Este artículo esboza las principales características de la solución asistida por terceros como condición previa al arbitraje. En este contexto, examina las cuestiones relativas a la ejecución de las cláusulas de solución de controversias en varias etapas en los contratos internacionales y otras cuestiones jurisdiccionales. Dado que los pasos previos al arbitraje no constituyen acuerdos de arbitraje *strictu sensu*, se plantean cuestiones fundamentales en el contexto de la ejecución de la parte de la cláusula relativa a la resolución alternativa de litigios, tanto en relación

¹ La terminología en este ámbito no es coherente. En las condiciones de la FIDIC, las juntas de resolución de litigios se denominan *Dispute Adjudication Board*, mientras que en los documentos estándar de licitación del Banco Mundial estas juntas se denominan *Dispute Resolution Boards*, aunque ambas figuras son de naturaleza similar.

con la certeza de la cláusula como en relación con el plazo limitado para el mecanismo obligatorio de resolución alternativa de litigios.

2. JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Los contratos de ingeniería y construcción suelen implicar disputas de naturaleza muy técnica que requieren la intervención de expertos independientes. En la práctica, estos contratos evitan que las partes recurran al arbitraje internacional al exigirles que sometan las disputas a una junta o panel de profesionales imparciales, constituido al inicio del proyecto para seguir el progreso de la construcción y resolver las disputas mientras el proyecto está en marcha (en adelante, generalmente denominado “junta de resolución de disputas” o “DRB”, por sus siglas en inglés).

Las juntas de resolución de disputas son paneles de expertos experimentados e imparciales que se establecen cuando comienza la ejecución del contrato. Normalmente, las DRB están compuestas por uno o tres miembros acordados por las partes. Dos de los miembros del panel son seleccionados por cada una de las partes, con el consentimiento de la otra, y el tercero suele ser seleccionado por los dos nominados.

Por lo general, es un requisito expreso que el DRB se ponga en contacto con las partes, se familiarice con los detalles del proyecto y realice visitas periódicas a la obra en momentos de acontecimientos críticos de la construcción².

La intervención de expertos en la resolución de litigios de construcción fue puesta en marcha por primera vez por el Banco Mundial en 1980, en el contexto del proyecto del Banco de la presa de El Cajón, en Honduras. Como uno de los principales financiadores, el Banco Mundial vio la necesidad y requirió la intervención de un experto para resol-

² Véase el Libro Naranja de la FIDIC - Apéndice A, cláusula 1 del Modelo de Condiciones de Nombramiento de un Comité de Adjudicación de Litigios.

ver las posibles disputas que pudieran surgir entre el propietario hondureño, el contratista italiano y el ingeniero suizo. Desde entonces, los documentos de financiación del Banco Mundial exigen la intervención de un experto decisor en los grandes proyectos de ingeniería e infraestructuras. Hoy en día, la financiación por parte del Banco Mundial de contratos de obras, suministro, instalación y llave en mano, exige que estos contratos avalen “[...] mecanismos tales como juntas de revisión de disputas o árbitros [...] diseñados para permitir una resolución de disputas más rápida”³.

La intervención de un ingeniero único pagado por el empleador planteaba problemas de imparcialidad, lo que facilitó la aceptación de la DEB en los litigios internacionales de construcción. El Banco Mundial introdujo el sistema DEB en sus documentos estándar de licitación para la contratación de obras en 1995, exigiendo a los prestatarios que ejecutaban proyectos del Banco Mundial que sustituyeran la intervención de un ingeniero, único facultado para emitir recomendaciones vinculantes para las partes a menos que alguna de ellas impugnara la recomendación.

Los documentos de construcción de la Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC) aprobaron un sistema similar en 1996, con la publicación de un suplemento al Libro Rojo de 1987, en el que se introducía el *Dispute Adjudication Board* como alternativa al ingeniero y facultado para emitir decisiones vinculantes.

Posteriormente, en 1999, la FIDIC publicó la primera edición de cuatro nuevos formularios estándar de contratos de construcción: (a) condiciones del contrato para la construcción; (b) condiciones para la construcción de plantas y diseño; (c) condiciones del contrato para proyectos EPC/Llave en mano; y (d) formulario corto de contrato. La cláusula 20 de estas Condiciones establece un procedimiento de dos niveles

³ Sección 2.42 de las Directrices del Banco Mundial sobre contratación pública con préstamos IBRD y créditos IDA (1999), disponible en <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/38449/procguid-ev3.pdf>

para la resolución de disputas, exigiendo a las partes que sometan cualquier reclamación que pueda surgir entre ellas a la consideración de un DRB, como condición previa al arbitraje. La decisión del DRB vincula a las partes a menos que la impugnen en un plazo determinado. El hecho de no someter una disputa a la decisión previa del DRB constituye un impedimento para el arbitraje.

Más recientemente, el Banco Mundial ha reforzado, en los documentos estándar de licitación, la autoridad del DRB, haciendo vinculantes las conclusiones del DRB, del mismo modo que los *Dispute Adjudication Boards* de la FIDIC. La edición de 2000 de los documentos estándar de licitación para la contratación de obras del Banco Mundial establece que la recomendación del DRB es vinculante para ambas partes, a menos que se revise en un procedimiento de arbitraje posterior, pero mantiene el plazo de 14 días para notificar la intención de iniciar el arbitraje, tras cuya expiración la recomendación se convierte en definitiva y vinculante.

Además, el Instituto de Ingenieros Civiles y la Fundación de la Junta de Resolución de Disputas, creada en 1996, han promovido activamente el uso de las juntas de resolución de disputas y han proporcionado información y formación a las partes implicadas en disputas en el sector de la construcción.

Recientemente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y su Centro de Peritaje intensificaron sus actividades en este ámbito y en 2001 crearon un Grupo de Trabajo sobre Juntas de Resolución de Disputas encargado de redactar un reglamento para las juntas de resolución de disputas. En 2003, este Grupo de Trabajo publicó un proyecto de reglamento para los *Dispute Boards* que permite elegir entre (a) recomendaciones no vinculantes de un DRB; (b) decisiones de adjudicación de un *Dispute Adjudication Board*; y (c) un enfoque combinado, en el que un *Dispute Board* Combinado puede decidir si una recomendación o una decisión es apropiada dadas las circunstancias.

A partir de septiembre de 2004, la CCI ofrece un conjunto de reglas para los DRB y la forma en que operan, para ser utilizadas por la comunidad empresarial internacional.

Los *Dispute Review Boards* de la CCI (DRB de la CCI) emiten “recomendaciones” que pueden cumplirse voluntariamente, pero que no imponen a las partes ninguna obligación vinculante hasta la resolución definitiva de la controversia mediante arbitraje o litigio; sin embargo, si ninguna de las partes impugna la recomendación, se asume que las partes han renunciado a cualquier derecho de recurso contra la recomendación del DRB de la CCI.

Los *Dispute Adjudication Boards* de la CCI (ICC-DAB) emiten “decisiones” vinculantes que las partes deben acatar; sin embargo, si una de las partes manifiesta su disconformidad con la decisión, puede someter la controversia a arbitraje o litigar ante los tribunales. Hasta que los tribunales o los árbitros se pronuncien sobre la controversia, las partes quedan vinculadas contractualmente por la decisión de la CCI-DAB. Además, si ninguna de las partes impugna la decisión se entiende que las partes han acordado y aceptado contractualmente el contenido de la decisión, renunciando a cualquier derecho de recurso contra la misma.

Por último, los documentos del *Dispute Board* de la CCI ofrecen a las partes la posibilidad de elegir un llamado *Combined Dispute Board* (CDB). El CDB emite la misma recomendación que el DRB, pero puede emitir una decisión vinculante si una de las partes lo solicita y la otra no se opone. En caso contrario, corresponde al CDB determinar si emite una recomendación o una decisión sobre la controversia concreta, de conformidad con los criterios establecidos en el reglamento de la CCI relativo a los *Dispute Boards*.

En virtud del reglamento de la CCI relativo a los DRB, la CCI no administra este tipo de procedimientos escalonados, sino que desempeña el papel subsidiario de nombrar a los miembros del Consejo y revisar las recomendaciones, si una parte así lo solicita. El encargado de desempeñar estas funciones es el Centro Dispute Board de la CCI, que es un órgano independiente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, del Centro Internacional de Peritaje de la CCI y de la Secretaría ADR de la CCI⁴.

3. EL ROL DE LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Las juntas no solo ofrecen la asistencia de terceros en la resolución de litigios de construcción, sino que intervienen para evitar posibles conflictos realizando visitas periódicas a las obras y reuniéndose con las partes. Las juntas no son ni tribunales de justicia ni tribunales arbitrales, son órganos informales que proporcionan asistencia experta independiente que permite la resolución de disputas sin necesidad de recurrir al arbitraje. De hecho, las juntas desempeñan un papel fundamental a la hora de ayudar a las partes a evitar posibles conflictos y a resolver los litigios en curso.

Las recomendaciones de las juntas tienen un marcado carácter persuasivo, pero no obligatorio, ya que estos órganos suelen emitir meras recomendaciones carentes de efectos vinculantes si, en un plazo determinado tras su recepción, cualquiera de las partes notifica a la otra su intención de someter la disputa a arbitraje.

Los DRB de la FIDIC emiten decisiones vinculantes en calidad de cuasi tribunal o árbitro de disputas, con efectos inmediatos. Bajo las anteriores Condiciones FIDIC, las disputas debían someterse al ingeniero antes de acudir al arbitraje. Se esperaba que el ingeniero decidiera como adjudicador neutral o imparcial. Las DRB de las Condiciones FIDIC de

⁴ Para más información sobre el procedimiento de la DRB de la CCI, véase http://www.iccwbo.org/drs/english/dispute_boards/all_topics.asp

1999 han asumido el papel del ingeniero de las antiguas condiciones, con la facultad de tomar decisiones vinculantes, incluso si se notifica la intención de someter la disputa a arbitraje.

En general, las juntas ayudan a las partes a resolver los litigios de manera rentable, evitando nuevos conflictos entre ellas. La presencia de estas juntas suele bastar para garantizar una solución amistosa. Además, las juntas garantizan que las partes sigan centradas en el proyecto y no en una disputa que les haga perder tiempo. En general, estas juntas garantizan un foro confidencial e informal en el que resolver las diferencias y, en última instancia, un desarrollo fluido del proyecto.

4. PROCEDIMIENTOS DE LA JUNTA

Dado que las juntas se establecen por contrato, el procedimiento de resolución de conflictos vendrá dictado por las disposiciones del contrato que, por lo general, serán flexibles, informales y adecuadas a la naturaleza del conflicto.

El procedimiento se inicia cuando las partes no son capaces de resolver un determinado conflicto, que se remite formalmente a la DRB para una audiencia y una recomendación por escrito.

Las audiencias suelen ser informales, sin repreguntas. Los abogados no intervienen ni tienen capacidad representativa como en los procedimientos de litigio o arbitraje, y las partes deciden la cantidad y extensión de la información que desean presentar ante la junta⁵.

Por lo general, las juntas están facultadas para examinar todos los litigios entre las partes y emitir recomendaciones. Las condiciones estándar de licitación del Banco Mundial y los contratos FIDIC establecen que si las partes en litigio no se oponen a una recomendación o decisión,

⁵ Kathleen M. J. Harmon, "Construction Conflicts and Dispute Review Boards: Attitudes and Opinions of Construction Industry Members", *Disp. Resol. J.*, Vol. 58., p. 66 y ss, p. 74.

esta será vinculante; sin embargo, si no están satisfechas, pueden proceder a un arbitraje o a un litigio.

Según las Condiciones Internacionales FIDIC de 1999, los DRB solo entrarían en juego cuando exista una “disputa” entre las partes. El laudo arbitral del caso CCI N° 6535 abordaba el significado de “controversia” en las Condiciones FIDIC. En ese caso, el contratista había enviado cartas al ingeniero reclamando la prórroga del plazo y el pago por variaciones en el alcance de las obras. La cuestión era si estas cartas equivalían a la remisión de controversias al ingeniero. El Tribunal falló:

[A]ntes de que una reclamación o alegación pueda constituir un litigio [...] primero debe haber sido presentada y rechazada en virtud del contrato. De ello se deduce que si las cuestiones presentadas al ingeniero son reclamaciones que no han sido rechazadas previamente, no pueden considerarse presentadas en virtud de la cláusula 67, independientemente del lenguaje utilizado en la presentación.

Como el ingeniero aún no había desestimado las reclamaciones, el tribunal arbitral consideró que no había “disputa” entre las partes y, por tanto, el tribunal no era competente.

El procedimiento DRB solo será aplicable si existe una “disputa” entre el contratista y el empresario, es decir, una reclamación que ha sido desestimada por el ingeniero sobre un asunto que el contratista pretende solucionar.

En el caso n° 6238, la cuestión era el significado y alcance de una sumisión válida al ingeniero según las Condiciones FIDIC. El tribunal arbitral sostuvo que cualquier sumisión al ingeniero bajo las Condiciones FIDIC debe referir claramente una disputa a él y no es suficiente que una parte declare una mera intención de someter una disputa al ingeniero.

Según la cláusula 20.4 de las actuales Condiciones FIDIC,

Si surge una controversia (de cualquier tipo) entre las Partes en relación con el Contrato o la ejecución de las Obras, o derivada de ellos, incluida cualquier controversia en relación con cualquier certificado, determinación, instrucción, opinión o valoración del Ingeniero, cualquiera de las Partes podrá remitir la controversia por escrito al [DRB] para su recomendación, con copia a la otra Parte y al Ingeniero. En esa remisión se indicará que se hace en virtud de la presente subcláusula.

La cláusula 20.4 de las Condiciones FIDIC exige que el DRB, actuando como un panel de expertos, emita su recomendación en un plazo de 84 días “[...] tras recibir dicha referencia, o en cualquier otro plazo que proponga la [DRB] y aprueben ambas Partes [...]”.

La remisión por escrito al DRB deberá contener

toda la información, acceso al Sitio y facilidades apropiadas, que el Conciliador/[DRB] pueda requerir a los fines de tomar una decisión sobre dicha controversia.

Si una de las partes no está satisfecha con la decisión de la DRB o si la junta no adopta una decisión en el plazo de 84 días, cualquiera de las partes puede notificar a la otra su disconformidad en un plazo de 28 días; de lo contrario, la decisión de la junta será definitiva y vinculante.

A continuación, ambas partes disponen de un plazo de 56 días para llegar a una solución amistosa del litigio. Por último, si el litigio no ha adquirido carácter definitivo y vinculante ni se ha resuelto amistosamente, puede someterse a arbitraje internacional.

5. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES E INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El incumplimiento del mecanismo de solución de controversias prearbitraje previsto en las cláusulas de solución de controversias multinivel —que exigen que la controversia sea decidida por un ingeniero o una junta como condición previa al arbitraje— puede dar lugar a la incompetencia del tribunal arbitral. Un ejemplo de ello es el mecanismo de solución de controversias previo al arbitraje contemplado en las Condiciones Generales Tipo de la FIDIC en sus distintas modalidades (civil, mecánica, eléctrica, llave en mano, etc.). El cumplimiento o incumplimiento de este requisito puede determinar la competencia del tribunal arbitral.

Cuando se enfrenten a objeciones jurisdiccionales relacionadas con el incumplimiento de una cláusula de resolución de controversias de varios niveles, los tribunales arbitrales recurrirán a la conocida doctrina *kompentenz-kompentenz*. Según el artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el tribunal arbitral puede “[...] decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. No obstante, la Ley Modelo guarda silencio en cuanto a la ejecutabilidad de los procesos de mediación, conciliación o similares que las partes hayan abordado en el contrato como condición previa al arbitraje.

De conformidad con el artículo 6.2 del Reglamento de la CCI, si una de las partes plantea una objeción jurisdiccional en el sentido de que se ha hecho caso omiso del requisito establecido en la cláusula de solución de controversias del contrato, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI podrá decidir de todos modos

[...] que el arbitraje proceda si prima facie está convencido de que puede existir un acuerdo de arbitraje conforme al Reglamento. En tal caso, cualquier decisión sobre la competencia del Tribunal Arbitral será tomada por el propio Tribunal Arbitral.

En consecuencia, el tribunal arbitral no está vinculado por la decisión de la Corte de que existe un acuerdo de arbitraje y puede dictar una decisión definitiva sobre su competencia en un laudo provisional o final⁶.

A menos que exista un requisito claro para las partes de cumplir con una cláusula de resolución de disputas de varios niveles, como se exige, por ejemplo, en las Condiciones FIDIC, los tribunales arbitrales tenderán a considerar que son competentes cuando la redacción de la cláusula de resolución de disputas haga opcional el uso de ADR⁷.

En el caso CCI N° 4230⁸, las partes habían celebrado un contrato que contenía una cláusula de arbitraje, con la advertencia de que las partes debían iniciar primero un procedimiento de conciliación antes de someter la controversia a arbitraje. El demandante inició un procedimiento de arbitraje sin iniciar un procedimiento de conciliación con el demandado. Tras la objeción jurisdiccional del demandado, el tribunal se declaró competente para conocer del litigio porque interpretó que la cláusula no era obligatoria.

Sin embargo, cuando el acuerdo de arbitraje establece una clara obligación de las partes de adoptar medidas previas de solución de controversias antes de iniciar el arbitraje, los tribunales arbitrales declinarán su competencia. Esta clara obligación ha sido recogida, por ejemplo, en la Cláusula 67 de las antiguas Condiciones FIDIC y en la Cláusula 20 de las actuales Condiciones. En virtud de las Condiciones FIDIC, las partes

⁶ W. L. Craig, W. W. Park, y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2000, p. 155.

⁷ Dyalá Jiménez Figueres, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration," *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003.

⁸ CCI Caso N° 4230, JDI, 1975, pp. 934-938.

están claramente obligadas a someter el asunto a un DRB antes de poder someter la controversia a arbitraje. Asimismo, con arreglo a las anteriores Condiciones FIDIC de 1989, las partes debían dar dos pasos obligatorios antes de iniciar un procedimiento de arbitraje: en primer lugar, someter la controversia a la recomendación del ingeniero; y, en segundo lugar, si dicha recomendación no era aceptable, intentar resolver la controversia de forma amistosa⁹.

En los casos CCI n^{os} 6276 y 6277, los tribunales arbitrales no se declararon competentes en una situación que afectaba a la cláusula 67 de las Condiciones FIDIC de 1989, alegando que el demandante no había cumplido la condición suspensiva establecida en la cláusula de solución de controversias. En estos casos, las funciones del ingeniero habían sido desempeñadas por varias personas y organizaciones porque el empresario nunca nombró a un ingeniero. El contratista inició un procedimiento de arbitraje sin haber sometido previamente la controversia a un ingeniero, como prescribía la cláusula de resolución de controversias del contrato, porque el empleador nunca notificó al contratista el nombre del ingeniero encargado de esa función prearbitral¹⁰.

El tribunal arbitral consideró que el demandante no había cumplido con la fase prearbitral establecida en la cláusula de resolución de disputas y que el sometimiento a arbitraje era prematuro. El tribunal razonó que el demandante debería haber solicitado al empresario la designación de un ingeniero al que someter la controversia en lugar de iniciar un procedimiento arbitral¹¹. En particular, el tribunal sostuvo:

[...] el demandante [...] tenía el deber de poner sobre aviso al demandado para indicarle el nombre del ingeniero al que podía someterse el litigio. Solo en caso de negativa o de falta de respuesta por parte del

⁹ Véase Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), *Guide to the Use of FIDIC Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction (Fourth Edition)*, 153 (1989).

¹⁰ Cristopher R. Seppala, "International Construction Contract Disputes: Commentary on ICC Awards Dealing with FIDIC International Conditions of Contract," *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, N^o 2, 1998.

¹¹ *Id.*

demandado, el demandante podría haber sido dispensado de cumplir con esta fase prearbitral¹².

En consecuencia, el tribunal arbitral desestimó la solicitud de arbitraje y ordenó al demandante que exigiera formalmente al demandado la designación de un ingeniero para conocer de la controversia antes de que el asunto pudiera someterse a arbitraje.

En el Caso CCI N° 6535, el tribunal arbitral abordó la cuestión de lo que constituye una presentación válida al ingeniero para determinar si el demandante cumplió con la fase prearbitral obligatoria. El tribunal consideró que el demandante (el contratista) no había cumplido con el primer nivel de la cláusula de solución de controversias que obligaba a las partes a someter cualquier controversia al ingeniero, cuando el contratista ya había enviado cartas al ingeniero reclamando reparación en relación con la prórroga del plazo y la variación de las obras¹³. El tribunal arbitral consideró que estas cartas no equivalían a una remisión válida de controversias al ingeniero, porque las reclamaciones del contratista no habían sido rechazadas por el ingeniero y, por lo tanto, “[...] no pueden considerarse presentadas en virtud de la cláusula 67, independientemente del lenguaje utilizado en la presentación”¹⁴.

El Caso CCI N° 9984 se refería a dos contratos de construcción en los que se exigía a las partes que intentaran resolver las controversias de forma amistosa, mediante conciliación, antes de recurrir a un procedimiento de arbitraje. Según los contratos, solo en caso de que ese intento

¹² CCI Casos N° 6276 y 6277, ICC *International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, p. 78.

¹³ Véase el comentario de Dominique Hascher que discute el fallo emitido en el caso CCI N° 6535, que involucra un contrato de construcción. Yves Derains *et al.*, “Cour Internationale D’Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale”, *120 Journal du Droit International (J.D.I.)* 1001, 1024 (1993).

¹⁴ Christopher R. Seppala - Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York y París; socio de White & Case, residente en París; y Asesor Jurídico del Grupo de Trabajo de la FIDIC para la actualización de las Condiciones Internacionales de Contrato de la FIDIC (desde 1994 hasta la actualidad), publicado en el *International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, N° 2, 1998.

hubiera fracasado si una de las partes había informado a la otra a tal efecto por escrito, las partes podían someter la controversia a arbitraje.

Entre las cuestiones jurisdiccionales sometidas al tribunal arbitral figuraba si el demandante había satisfecho el primer nivel de la cláusula de solución de controversias cuando, antes de presentar la solicitud de arbitraje, escribió a los demandados invitándoles a discutir la controversia de manera amistosa e informándoles de la intención del demandante de iniciar un procedimiento de arbitraje si no se llegaba a una solución en un plazo determinado. El tribunal arbitral consideró que en la fecha indicada en la carta del demandante, sin que las partes hubieran podido llegar a una solución amistosa de la controversia, el demandante había agotado el primer nivel de la cláusula de solución de controversias y, por tanto, tenía derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje.

El caso CCI N° 10256¹⁵ surgió a raíz de un acuerdo de compra de energía entre las partes, que preveía la solución de controversias mediante discusiones mutuas de las partes y a través de la mediación de expertos. En particular, la cláusula de solución de controversias del acuerdo establecía lo siguiente:

En caso de que las partes no puedan resolver una controversia [mediante discusiones mutuas], entonces cualquiera de las Partes [...] podrá remitir la controversia a un experto para que la examine [...] Cualquier controversia que surja del presente Acuerdo o en relación con el mismo y que no se resuelva siguiendo los procedimientos descritos [anteriormente] [...] se resolverá mediante arbitraje [...].

La demandada alegó que la cláusula de resolución de controversias debía interpretarse en el sentido de que la mediación de un perito era una condición previa al arbitraje y que la demandante no tenía derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje hasta que se produjera la mediación de un perito. El tribunal arbitral confirmó su jurisdicción basándose

¹⁵ ICC Caso N° 10256, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, p. 87.

en que la palabra “podrá” en la cláusula de resolución de disputas indicaba que la referencia a la mediación de un experto no era obligatoria, sino meramente opcional y, por lo tanto, “[...] cualquiera de las partes es libre de someter el litigio a arbitraje [...] haya habido o no discusiones mutuas de buena fe [...] o una remisión a la mediación de un experto [...]”.

Los casos mencionados ilustran las dificultades jurisdiccionales que pueden surgir en el contexto de una cláusula con varios niveles. En general, la reacción de los tribunales arbitrales frente a las objeciones a la jurisdicción como consecuencia del incumplimiento por parte del demandante de la fase prearbitral ha sido que “[...] cuando la redacción de la cláusula de resolución de conflictos haga opcional el uso de ADR, una parte tiene derecho a presentar una solicitud de arbitraje cuando lo desee [...]”¹⁶.

La cuestión de si una cláusula de resolución de litigios de varios niveles plantea una condición suspensiva válida para el arbitraje es una cuestión de jurisdicción. Como ya se ha mencionado, en virtud del principio *kompentenz-kompentenz*, es una cuestión que debe determinar el propio tribunal arbitral, pero la eficacia o ineficacia de la cláusula dependerá, no obstante, de si existe o no duda sobre la intención de las partes de resolver el litigio mediante arbitraje en caso de que fracasen los ADR.

Además, siempre existen ciertas excepciones que permiten a las partes recurrir directamente al arbitraje sin seguir todos los niveles contemplados en la cláusula de resolución escalonada de litigios. Este sería el caso “[...] cuando se requiera algún tipo de medida cautelar”¹⁷. En consecuencia, es aconsejable que las partes estipulen en la cláusula de resolución de conflictos que “[...] conservan el derecho a solicitar medidas cautelares a un tribunal judicial o arbitral apropiado”.

¹⁶ Jiménez Figueres, *Op. cit.*, 72.

¹⁷ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, y Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 184

6. EXIGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Cuando una de las partes incumple el mecanismo de solución de controversias previsto en una cláusula de varios niveles, los tribunales nacionales pueden intervenir para hacer cumplir el acuerdo de solución de controversias.

Los tribunales nacionales han adoptado distintos enfoques en relación con la ejecutabilidad de las cláusulas de resolución de litigios de varios niveles¹⁸. Algunas jurisdicciones consideran que solo puede ejecutarse el segundo nivel (el acuerdo de arbitraje), pero no el primer nivel (el acuerdo de negociación), mientras que otras consideran ejecutable toda la cláusula de resolución de litigios¹⁹. En general, la ejecutabilidad del primer nivel dependerá de si la cláusula de resolución de conflictos establece una obligación clara de las partes de seguir el procedimiento prearbitral de ADR.

Las cuestiones que se plantean en el contexto de la ejecutabilidad son si un acuerdo para negociar o mediar es ejecutorio, y si la existencia de múltiples procedimientos ADR combinados con el arbitraje perjudican la aplicación de las convenciones de ejecución²⁰, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, la Convención de NY). La Convención de NY no establece específicamente si una cláusula DRB o una cláusula de arbitraje precedida por una cláusula ADR es un impedimento para litigar ante los tribunales nacionales.

¹⁸ Robert H. Smith y Audley Sheppard, "Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clause -Introduction," *Arbitration and ADR Newsletter of the IBA*, Vol. 6, N° 2, 2001.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Véase Michael Pryles, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses," *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, N° 2, 2001, pp. 159-176.

La posición tradicional del *common law* ha sido que la incertidumbre de los acuerdos para negociar los hace inaplicables, ya que no crean obligaciones vinculantes²¹. El Tribunal de Canadá y el del Reino Unido han mantenido esta posición, mientras que la posición emergente en los EE. UU. parece ser que “[...] los acuerdos para negociar son ejecutables si los términos son suficientemente definidos”²². La posición moderna de EE. UU. es que “[...] los acuerdos para negociar de buena fe, a diferencia de los meros ‘acuerdos para acordar’, no son ejecutables de pleno derecho [...]”²³; sin embargo, las disposiciones no vinculantes contenidas en las cláusulas de resolución de litigios de varios niveles se ejecutan cada vez más mediante la aplicación de la Ley Federal de Arbitraje (“FAA”) y el uso de los principios del derecho contractual²⁴.

Varios tribunales de EE. UU. se han basado en la FAA y la han aplicado a la mediación alegando que esta última entra dentro del ámbito del arbitraje, ya que el concepto de arbitraje abarca todos los mecanismos contractuales de resolución de litigios, de conformidad con la intención del Congreso de EE. UU. de potenciar los métodos alternativos de resolución de litigios²⁵. En particular, algunos Estados han promulgado leyes relativas a la ejecución de las cláusulas de mediación como condición previa al litigio, pero estas leyes solo son aplicables al arbitraje por analogía²⁶.

Además, los principios del derecho contractual estadounidense se han utilizado para hacer cumplir las cláusulas de resolución de litigios de varios niveles en virtud de la regla general de que “[...] cuando una parte contrata el uso de la mediación antes del inicio del arbitraje (o

²¹ Pierre Bienvenu, “The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Canada and the United States,” *Annual Convention, International Bar Association*, 2002.

²² *Id.*

²³ *Howtek, Inc. v. Relisys, et al.*, 958 F. Supp. 46, 48 (1997) citando *Channel Home Ctrs. v. Grossman*, 79F.2d 291, 299 (3rd Cir.1986).

²⁴ Kathleen Scanlon, “Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clause - United States,” *Arbitration and ADR Newsletter of the IBA*, Vol. 6, N^o 2, 2001, p. 24.

²⁵ *Id.* citando *Cecala v. Moore*, 982 F.Supp. 609 (ND III 1997).

²⁶ *Id.*

litigio), el acuerdo contractual no puede obviarse sin una defensa válida, por ejemplo, renuncia o *estoppel* [...]”²⁷.

Los tribunales británicos también han reconocido el principio de que los tribunales o los árbitros deben suspender el procedimiento sobre una demanda presentada en incumplimiento de una cláusula de resolución de litigios de varios niveles que obliga a las partes a iniciar un procedimiento alternativo de solución de controversias antes de iniciar un arbitraje o un procedimiento judicial ordinario cuando existe una clara intención de las partes de someterse a un procedimiento alternativo de solución de controversias obligatorio previo. Este principio es particularmente cierto cuando existe suficiente certeza de compromiso, es decir, cuando las partes han ido en el contrato más allá de una mera intención de negociar de buena fe.

En el caso del túnel bajo el canal de la Mancha²⁸, el litigio surgió de un contrato de construcción que incluía una cláusula de resolución de litigios de varios niveles. El primer nivel exigía a las partes, como condición previa, someter la disputa a un panel de expertos. Si una de las partes deseaba que se revisara la decisión de los expertos, podía someter el litigio a arbitraje. La cuestión ante el tribunal era si el litigio surgido en el marco del contrato de construcción podía someterse a arbitraje cuando no se había respetado el primer nivel de la cláusula de resolución de litigios. El recurrente, sin cumplir con el proceso de resolución de disputas del contrato, presentó una citación ante el tribunal superior solicitando una orden judicial del tribunal para impedir que el demandado suspendiera las obras de construcción. El demandado solicitó la suspensión del procedimiento basándose en la existencia de fases preliminares obligatorias contractuales para la resolución de conflictos. La Cámara de los Lores dictaminó:

²⁷ *Id.*

²⁸ *Channel Túnel Group Ltd (UK) and France Manche S.A. (Fr.) v. Balfour Beatty Construction Ltd. (UK) et al.*, [1992] Q.B. 656 (C.A.).

Quienes llegan a acuerdos para la resolución de conflictos deben mostrar buenas razones para apartarse de ellos. Pero también con el interés de una regulación ordenada del comercio que habiendo prometido llevar sus quejas a los peritos y si es necesario a los árbitros, es allí donde los recurrentes deben acudir.

La sentencia de la Cámara de los Lores en el asunto Channel Tunnel se incorporó posteriormente al artículo 9(2) de la Ley inglesa de Arbitraje de 1996²⁹, que establece lo siguiente:

La solicitud [de suspensión de un procedimiento judicial] solo podrá presentarse una vez agotados otros procedimientos de solución de controversias, sin perjuicio de que el asunto se someta a arbitraje.

En el asunto *Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd.*³⁰ ante el Tribunal de Comercio británico, el litigio se refería a un acuerdo de IBM para suministrar servicios de tecnología de la información a Cable & Wireless. El contrato entre las partes incluía una cláusula de varios niveles redactada en los siguientes términos:

Si el asunto no se resuelve a través de la negociación, las Partes intentarán de buena fe resolver la disputa o reclamación a través de un procedimiento Alternativo de Resolución de Disputas (ADR) recomendado a las Partes por el Centro de Resolución de Disputas. No obstante, un procedimiento ADR que se esté siguiendo no impedirá a ninguna Parte o Parte Local iniciar un procedimiento.

Cuando Cable & Wireless inició el procedimiento, IBM trató de hacer valer la cláusula de resolución de litigios para poner en marcha el proceso ADR contemplado en dicha cláusula. La cuestión princi-

²⁹ Christopher R. Seppala, "The Arbitration Clause in the New (1999) FIDIC Contracts" (2003), disponible en <http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala.asp>.

³⁰ [2002] All E.R. (D) 277, reimpresso en *Arbitration International*, Vol. 19, N° 3, 2003, pp. 352-362. Para un comentario sobre la decisión, véase Karl Mackie, "The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM," *Arbitration International*, Vol. 19, N° 3, 2003, pp. 345-351.

pal ante el Tribunal era si la cláusula de resolución de litigios escalonada exigía a las partes participar en un procedimiento ADR como condición previa al litigio.

En *Cable & Wireless*, el tribunal consideró que la cláusula escalonada contenía una obligación exigible de participar en procedimientos ADR, “[...] una obligación mutua suficientemente definida de las partes de pasar por el proceso de iniciar una mediación, seleccionar un mediador y al menos presentarle su caso”. El Tribunal razonó además:

La referencia a la ADR es análoga a un acuerdo de arbitraje. Como tal, constituye un acuerdo autónomo, accesorio al contrato principal y susceptible de ser ejecutado por suspensión del procedimiento o por requerimiento judicial en ausencia de cualquier procedimiento pendiente.

La solución adoptada en el asunto *Cable & Wireless v. IBM* fue compartida posteriormente por un tribunal francés en el asunto *Poiré v. Tripier* (2003). Ambos casos se referían al incumplimiento de una cláusula contractual que ordenaba la resolución alternativa de litigios antes de iniciar un procedimiento judicial.

En los países de tradición jurídica romanista “[...] la tendencia es que los tribunales apliquen las cláusulas que prevén la observancia de un procedimiento alternativo de solución de conflictos antes del arbitraje o el litigio [...]”³¹. En *Tripier*, el litigio se refería a un contrato en el que la cláusula de resolución de litigios exigía que las partes recurrieran a mediadores antes de iniciar un procedimiento judicial. En concreto, el contrato establecía que cualquier disputa entre las partes debía someterse a mediadores designados por ellas, y que los mediadores intentarían resolver la disputa en un plazo de dos meses desde su designación. Cuando surgió un litigio entre las partes, el Sr.

³¹ Seppala, *Op. cit.*, nota 10.

Poiré inició un procedimiento judicial sin respetar la cláusula de resolución de litigios del contrato. El tribunal de primera instancia se pronunció sobre el fondo sin entrar en la cuestión del incumplimiento de la cláusula de mediación.

El Tribunal de Apelación de París estimó el recurso y desestimó la demanda del Sr. Poiré³². El Tribunal de Casación francés dio la razón al tribunal de primera instancia argumentando: “[...] una cláusula contractual por la que se establece un procedimiento de mediación obligatorio previo a un procedimiento judicial [...] constituye un impedimento obligatorio al procedimiento si es invocada por las partes [...]”³³.

La decisión del tribunal francés en el caso *Poiré v. Tripier* es coherente con el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional que establece lo siguiente:

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de esta.

Asimismo, de conformidad con el derecho contractual francés, en virtud los artículos 1103 y 1104 del Código Civil francés:

Art. 1103.- Los acuerdos legalmente celebrados hacen las veces de la ley para quienes los han suscrito.

³² Para un comentario sobre el caso, véase Charles Jarrosson, “Observations on Poiré v. Tripier”, *Arbitration International*, Vol. 19, N° 3, 36.

³³ *Id.*, p. 368.

Art. 1104.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe. Esta disposición es de orden público.

Por lo tanto, según la legislación francesa, los acuerdos ADR crean obligaciones jurídicamente vinculantes: en primer lugar, entablar negociaciones con la otra parte contendiente; y, en segundo lugar, actuar de buena fe con el objetivo de resolver el litigio. En *Peyrin v. Société Polyclinique des Fleurs*³⁴, el Tribunal de Casación francés sostuvo que el incumplimiento de un acuerdo de conciliación en una cláusula de varios niveles impedía recibir una acción sobre el fondo hasta que las partes intentaran resolver la disputa a través de la conciliación³⁵.

Otros países de tradición jurídica romanista reconocen la aplicabilidad de las cláusulas de resolución de litigios de varios niveles ante los tribunales. En España, las cláusulas de resolución de litigios de varios niveles son ejecutables si se establece una obligación definitiva como condición previa al arbitraje. Una cláusula que establezca que el arbitraje no puede iniciarse hasta que haya transcurrido un plazo determinado no será ejecutable hasta que dicho plazo haya expirado³⁶. Del mismo modo, una obligación de nombrar un representante con el fin de negociar, o una obligación de remitir el asunto a un mediador designado como condición previa al arbitraje, tendrá como consecuencia que la obligación de arbitrar no surja hasta que se haya agotado la fase prearbitral.

Sin embargo, una obligación amplia simplemente de negociar de buena fe o de mediar antes de iniciar el procedimiento arbitral muy probablemente será inaplicable, a pesar del deber expreso de buena fe del derecho contractual³⁷.

³⁴ *Peyrin et autres c/ Société Polyclinique des Fleurs*, Corte de Casación, Cámara Comercial, 6 de julio de 2000.

³⁵ Jason Fry, "Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clause - France," *Arbitration and ADR Newsletter of the IBA*, Vol. 6, N° 2, 2001, p. 14.

³⁶ Artículos 1125 y 1127 del Código Civil de España.

³⁷ Artículos 7 y 1258 del Código Civil de España.

7. CONCLUSIÓN

Las cláusulas de resolución de conflictos a varios niveles permiten a las partes identificar posibles conflictos y resolverlos antes de que su posición sea demasiado divergente como para resolverse fuera del ámbito del arbitraje o el litigio. El reconocimiento precoz de los conflictos y su remisión a una junta o grupo de expertos permite a las partes resolverlos mientras el contrato o proyecto está en curso.

Las juntas de resolución de disputas representan un método rentable para resolver conflictos entre las partes, pero las cláusulas de resolución de disputas escalonadas deben redactarse cuidadosamente para evitar posibles problemas de aplicabilidad. En particular, es importante que una cláusula escalonada establezca con perfecta claridad la intención de las partes de resolver futuros conflictos mediante arbitraje si fracasa el procedimiento previo de resolución alternativa de conflictos contemplado en la cláusula. Es imposible obligar a las partes a negociar de buena fe o a llegar a un acuerdo si surge una disputa, pero el diseño cuidadoso de una cláusula de resolución de disputas puede guiarlas hacia un proceso estructurado, con la participación de expertos profesionales y un calendario antes de que se desencadene el procedimiento de arbitraje, mejorando en última instancia la oportunidad de las partes de llegar a un acuerdo rápido.

CLÁUSULAS *REBUS SIC STANTIBUS* EN RECIENTE JURISPRUDENCIA POLACA *

Tomasz Darowski **

El Código Civil polaco contiene dos cláusulas *rebus sic stantibus*. La primera es una cláusula general que se aplica a todos los contratos. La segunda es específica y se aplica a los contratos de obras de construcción con remuneración a suma alzada. Estas cláusulas permiten que un tribunal aumente la remuneración del contratista si se cumplen ciertos requisitos previos. Desde hace varios años, los tribunales ordinarios polacos admiten cada vez más demandas basadas en estas cláusulas para aumentar la remuneración de los contratistas. Las sentencias ofrecen ejemplos interesantes de cómo se interpretan en la realidad del mercado moderno de la construcción en la Unión Europea requisitos como un cambio extraordinario de las circunstancias o una pérdida grave por parte del contratista.

El artículo 357.1 del Código Civil polaco establece una cláusula general *rebus sic stantibus*. Según este artículo, el tribunal, a petición de

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester). Publicado originalmente como: Tomasz Darowski, “*Rebus sic stantibus* clauses in recent Polish case law”, *Construction Law International*, Vol. 15, N° 2, 2020, p. 50-54, del International Bar Association, London, UK.

** Socio de Domanski Zakrzewski Palinka. Lleva más de 23 años en el departamento de infraestructuras y energía del mayor bufete polaco. Dirige el equipo de contratos de construcción e inversiones en infraestructuras que participa en los mayores proyectos de infraestructuras realizados en Polonia en los sectores de energía, carreteras y servicios públicos, y edificios. Trabaja para clientes tanto del sector público (principalmente inversores) como del sector privado (empresas constructoras y de diseño) en el momento en que se celebran y ejecutan los contratos de los proyectos y se realizan las liquidaciones financieras correspondientes, y también durante los litigios y arbitrajes sobre su ejecución. Ha asesorado en la negociación y ejecución de los acuerdos de CPP y concesión más importantes celebrados en Polonia en los últimos años. También ha gestionado varias operaciones de fusiones y adquisiciones, procesos de reestructuración y litigios societarios.

una de las partes de un contrato, puede modificar la forma en que se ejecuta el contrato, el valor de la prestación o resolver el contrato. El requisito previo para que el tribunal intervenga de esta manera es demostrar que se cumple cada una de las siguientes condiciones (1) un cambio extraordinario de circunstancias; (2) graves dificultades para ejecutar el contrato o amenaza de pérdidas graves; (3) un nexo causal entre (1) y (2); y (4) que las partes no previeran el impacto del cambio de circunstancias en la ejecución del contrato en el momento de celebrarlo. Al dictar sentencia, el tribunal debe tener en cuenta los intereses de todas las partes del contrato y los principios de convivencia social.

Una cláusula *rebus sic stantibus* más específica se establece en el artículo 632, apartado 2 del Código Civil, que se aplica a los contratos de obra específicos y a los contratos de obra de construcción que prevén una remuneración a suma alzada¹. Según el artículo 632, el tribunal, a petición de un contratista de obras de construcción, puede aumentar la remuneración a suma alzada o resolver el contrato, siempre que el contratista pueda demostrar que se cumple cada uno de los siguientes requisitos previos: (1) un cambio de circunstancias; (2) el cambio de circunstancias no podía preverse; y (3) amenaza de pérdida grave para el contratista. El artículo 632, a diferencia del artículo 357.1, no exige que el cambio de circunstancias sea de carácter extraordinario.

Se acepta que el artículo 632 es una disposición especial con respecto al artículo 357.1². Esto significa que un contratista de obras de construcción que ejecuta un contrato de remuneración a suma alzada debe basar sus reclamaciones, por lo general, en el artículo 632. Sin embargo, debido a los sistemas específicos de remuneración existentes en el mercado (por ejemplo, remuneración basada en la cantidad real de obras a un precio unitario fijo), en la práctica el tribunal puede evaluar

¹ Resolución del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009, III CZP 41/09; sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017, IV CSK 109/16.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2012, I CSK 333/11; sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2015, I CSK 901/14.

un caso determinado basándose tanto en la cláusula general como en la específica *rebus sic stantibus*³.

1. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Se presume que un cambio extraordinario de circunstancias en el sentido del artículo 357.1 es una condición inusual, poco común y generalmente rara. Aparte de los casos bastante obvios de catástrofes naturales, guerras o cambios de régimen, se acepta que un cambio extraordinario de circunstancias también pueda producirse en el marco de un desarrollo económico estable y ser el resultado de una secuencia de acontecimientos⁴ (es decir, más que de un único acontecimiento catastrófico). Como se ha explicado anteriormente, el cambio de circunstancias no tiene por qué ser “extraordinario” a efectos del artículo 632. La jurisprudencia considera que un acontecimiento en forma de “cambio extraordinario de circunstancias” debe contener más elementos de singularidad que un “cambio de circunstancias” en el sentido del artículo 632⁵.

Un cambio extraordinario de las circunstancias podría ser, por ejemplo, una fuerte subida de los precios. En una sentencia de 4 de julio de 2016 (basada tanto en el artículo 357.1 como en el artículo 632), el Tribunal de Apelación de Varsovia consideró que, con respecto a un contrato ejecutado en 2009-2012 para la construcción de una autopista, una subida de los precios del combustible de varias decenas por ciento (sin precedentes si se compara con las subidas de los precios del combustible de 2000-2008) y una subida de los precios del asfalto de varias decenas por ciento (considerada extrema, aunque no sin precedentes) constituían un cambio extraordinario de las circunstancias en el sentido del artículo 357.1⁶. Además, en el mismo caso, el Tribunal sostuvo que una subida de los precios de los materiales durante la ejecución del contrato de un

³ Sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 4 de julio de 2016, VI ACa 569/15.

⁴ *Ibid.*, sentencia del Tribunal Regional de Varsovia de 27 de abril de 2018, XXV C 1697/12.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2015, I CSK 901/14; véase nota 3 *supra*.

⁶ Véase la nota 3 *supra*.

16 % por encima de la tasa de inflación y el ritmo de esta subida podían demostrar un cambio significativo de las circunstancias en el sentido del artículo 632.

A parámetros similares se refirió también el Tribunal Supremo en sentencia del 29 de octubre de 2015 (con base en el artículo 632)⁷, asumiendo que la magnitud de los incrementos (23.87 %, incluyendo una inflación relativa a los materiales de construcción del 7.8 % y una subida de precios del 16 % por encima de la inflación), el alcance del incremento de precios en cuestión (la gran mayoría de los materiales de construcción debido al auge del mercado de la construcción) y el ritmo del incremento de precios podían demostrar, objetivamente hablando, un cambio significativo de las circunstancias.

En el caso de un contrato para la construcción de edificios residenciales, en una sentencia del 27 de noviembre de 2017 (basada en el artículo 632), el Tribunal de Apelación de Varsovia consideró que un fuerte aumento del precio de los materiales y servicios de construcción tras un período de estabilización de diez años puede considerarse un cambio significativo de las circunstancias (por ejemplo, cuando en 2007 los precios de los materiales aumentaron un 42.4 %)⁸.

En el caso de otro contrato para la construcción de una autopista (celebrado en 2009), el Tribunal de Apelación de Varsovia, aplicando el artículo 357.1, examinó una situación en la que, en los tres años anteriores a la celebración del contrato, se había producido un aumento medido y constante de los precios del asfalto de entre el dos y el 5 % anual.

Durante la ejecución del contrato hubo una guerra en Libia y el dólar estadounidense se fortaleció bruscamente frente al esloti polaco. Como resultado, se produjeron cambios repentinos en los precios del

⁷ Véase nota 5 *supra*, sentencia del Tribunal Supremo.

⁸ Sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 27 de noviembre de 2017, VII ACa 824/17.

crudo (un aumento de más del 143 % en el período 2009-2012), lo que a su vez provocó un aumento de los precios del asfalto del 17-18 % anual. Esta situación también fue considerada por el Tribunal en su sentencia del 6 de noviembre de 2017 como un cambio extraordinario de circunstancias⁹.

A su vez, en sentencia del 27 de abril de 2018, el Tribunal Regional de Varsovia constató que el precio medio del gasóleo en el periodo en el que el contratista y sus subcontratistas compraban combustible (2010-2012) había aumentado un 40 % respecto a los precios de la fecha en la que el contratista presentó su oferta, mientras que los precios del asfalto habían aumentado el doble de rápido que en los siete años anteriores al periodo en el que el contratista preparó su oferta (el aumento de los precios del asfalto a partir de 2009 fue del 10 % después de dos años y del 33 % después de tres años). En opinión del Tribunal, estas circunstancias confirmaban un cambio extraordinario de circunstancias en el sentido del artículo 357.1¹⁰.

Frente a estas sentencias destaca una del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2018. En esta sentencia, el Tribunal asumió que un cambio de circunstancias también puede ser una circunstancia individual, relativa únicamente a un proyecto de construcción concreto. En este caso, se trataba de cubrir los costos de los movimientos de tierra adicionales necesarios para completar el alcance básico del contrato, cuyo valor ascendía al 50 % de la remuneración del alcance básico del contrato. El contrato de obras era un contrato a suma alzada y contenía disposiciones que transferían al contratista el riesgo y el costo de realizar los movimientos de tierra adicionales necesarios para construir una instalación dentro de los parámetros indicados en el contrato. A pesar de estas disposiciones contractuales, el Tribunal consideró que, dado que las obras adicionales no podían preverse en el momento de la celebración del con-

⁹ Sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 6 de noviembre de 2017, VI ACa 1462/13.

¹⁰ Véase nota 4 *supra*, Tribunal Regional.

trato, el hecho de que fueran necesarias constituía un cambio de circunstancias en el sentido del artículo 632 y justificaba el aumento de la remuneración del contratista¹¹.

2. PÉRDIDA GRAVE Y MÉTODO DE CÁLCULO DEL AUMENTO DE LA REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA

Una pérdida grave es una pérdida que invalida el cálculo económico original de las partes del contrato, teniendo en cuenta el riesgo contractual normal. No tiene por qué ser una pérdida que amenace la situación financiera del contratista ni tiene por qué ser una pérdida que ponga al contratista en peligro de insolvencia. Se supone más bien que, al examinar la justificación de la aplicación de las cláusulas *rebus sic stantibus*, el tribunal analiza el perjuicio transaccional, es decir, el perjuicio en virtud de un contrato específico¹² (aunque no se trata de una opinión uniforme, la jurisprudencia también considera que, en función del tamaño de la empresa del contratista, el mismo perjuicio puede ser grave para un contratista, pero no para otro)¹³. En cualquier caso, hay que analizar los elementos de la remuneración acordada y comparar este análisis con elementos como el beneficio, los ingresos y otros elementos para determinar si el perjuicio se ha producido realmente, si se ha debido a un cambio de circunstancias o a otras razones, si ha sido grave y cómo podría expresarse potencialmente en cifras¹⁴.

Sentencias recientes muestran la evolución del enfoque de los tribunales en relación con el perjuicio grave. Por ejemplo, el Tribunal de Apelación de Varsovia, en la citada sentencia del 4 de julio de 2016 (basada tanto en el artículo 357.1 como en el artículo 632), consideró que el concepto de perjuicio grave también incluye el importe del lucro cesante. Es

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2018, II CSK 325/17.

¹² Sentencia del Tribunal de Apelación de Cracovia de 25 de mayo de 2016, I ACa 179/16; véase nota 1 *supra*, sentencia del Tribunal Supremo; véase nota 9 *supra*; véase nota 8 *supra*, *Ibid.*

¹³ Sentencia del Tribunal de Apelación de Szczecin de 17 de marzo de 2016, I ACa 894/15; *Ibid.*, Tribunal de Apelación de Cracovia; véase nota 8 *supra*.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 28 de junio de 2016, VI ACa 268/15.

necesario examinar toda la situación, incluida la relación entre la remuneración acordada y los gastos y beneficios asumidos. Sin embargo, el Tribunal resumió estas directrices generales afirmando que si el contratista probaba que había incurrido en una pérdida del 1.24 % del valor del contrato con un beneficio inicialmente supuesto del 1 % del valor del contrato, esto tendría que considerarse equivalente a que el contratista hubiera incurrido en una pérdida grave (el valor del contrato en este caso era de aproximadamente 150 millones de euros).

Este enfoque fue desarrollado por el Tribunal de Apelación de Varsovia en la sentencia del 6 de noviembre de 2017 (basada en el artículo 357.1), también antes mencionada, en la que el Tribunal sostuvo que, dado que la construcción de vías rápidas y autopistas no requiere una cualificación superior a la media, el contratista que esperaba un beneficio del 2 % al 3 % (es decir, en este caso, aproximadamente, 1,5 millones de euros) era razonable y cumplía los requisitos de competencia. Como el costo del asfalto asumido por el contratista al presentar la oferta era de aproximadamente 4 millones de euros y el costo real de la compra del asfalto fue de aproximadamente 6,5 millones de euros, su pérdida por el asfalto, una vez deducidos los costos de transporte y un margen por riesgo contractual normal, fue de aproximadamente 2,2 millones de euros. El Tribunal redujo la pérdida calculada de este modo por el beneficio esperado por el contratista y concedió la diferencia (aproximadamente 0,7 millones de euros) al contratista como aumento de su remuneración. El Tribunal justificó este método de cálculo por el hecho de que ambas partes se vieron afectadas por un cambio extraordinario de circunstancias y por la suposición de que la cláusula *rebus sic stantibus* no tenía por objeto garantizar que el contratista obtuviera el beneficio inicialmente previsto¹⁵, sino más bien proteger al contratista de la financiación del proyecto con sus propios fondos.

¹⁵ Cf., por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, V CSK 589/14; véase nota 13 *supra*, Tribunal de Apelación de Szczecin; auto del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019, I CSK 640/18.

Un enfoque ligeramente diferente del perjuicio grave y del cálculo del aumento de la remuneración del contratista fue el adoptado por el Tribunal de Apelación de Varsovia en la sentencia de 27 de noviembre de 2017, en la que el Tribunal consideró que el importe correspondiente al aumento inesperado de los precios de los materiales debía reducirse en el beneficio asumido por el contratista. Posteriormente, solo la mitad del importe así calculado debía adjudicarse al contratista como importe que le correspondía en relación con un cambio de circunstancias, de conformidad con el artículo 632. En este caso, el Tribunal consideró que imputar al propietario la totalidad de la pérdida calculada de este modo no sería conforme con los principios de convivencia social. Curiosamente, tras un recurso de último recurso interpuesto por el contratista, la sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo en sentencia del 24 de mayo de 2019¹⁶ y el asunto fue remitido al Tribunal de Apelación para un nuevo examen. En la sentencia del 24 de mayo de 2019, el Tribunal Supremo consideró que la aplicación de la cláusula específica *rebus sic stantibus* (artículo 632) daría lugar a un incremento tal de la retribución del contratista que su perjuicio no sería grave (no es que el contratista no incurriera en perjuicio alguno). En otras palabras, el aumento de la remuneración a suma alzada en virtud del artículo 632 debería cubrir la parte de la pérdida que excede del riesgo contractual normal. El Tribunal Supremo consideró que dividir la pérdida a partes iguales, como hizo el Tribunal de Apelación de Varsovia en su sentencia de 27 de noviembre de 2017, era, por tanto, incorrecto. El Tribunal de Apelación de Varsovia aún no ha vuelto a examinar este asunto.

También merece la pena analizar la mencionada sentencia del Tribunal Regional de Varsovia de 27 de abril de 2018¹⁷, en la que el Tribunal señaló que el contratista había incurrido en una pérdida significativa en el conjunto de las obras de construcción (no solo en ámbitos concretos de obras afectados por el cambio de circunstancias). Dado que los beneficios obtenidos en otras obras no compensaban al contratista por la

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2019, I CSK 218/18.

¹⁷ Véase nota 4 *supra*, Tribunal Regional.

pérdida generada por el aumento de los costos de combustible y asfalto causado por el importante cambio de circunstancias, los costos imprevistos de combustible y asfalto debían dividirse entre el contratista y el propietario. En consecuencia, el Tribunal concedió al contratista la mitad del importe de los costos imprevistos de combustible y asfalto.

3. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES

La legislación europea y polaca en materia de contratación pública restringe la introducción de modificaciones en los contratos públicos. Este hecho fue esgrimido por los inversores sujetos a estas restricciones como argumento en contra de la aplicación de las cláusulas *rebus sic stantibus* a los contratos públicos de obras de construcción; sin embargo, esta cuestión se resolvió en varias sentencias y ahora se acepta que la remuneración de las obras de construcción también puede ajustarse en virtud de las *cláusulas rebus sic stantibus* en relación con los contratos públicos¹⁸. Los inversores polacos que utilizan las cláusulas contractuales FIDIC suelen modificar en gran medida su contenido. Entre los cambios más comunes introducidos por las condiciones especiales se incluye la supresión o modificación de la subcláusula 13.8 de las condiciones contractuales de la FIDIC para obras de planta y diseño y construcción (el Libro Amarillo de la FIDIC). Esto se ha planteado como argumento contra el uso de las cláusulas *rebus sic stantibus* del Código Civil; sin embargo, este planteamiento ha sido rechazado por la jurisprudencia, en la que los tribunales han aceptado que la eliminación de esta subcláusula no podía interpretarse como una conclusión de que el artículo 357.1 del Código Civil no era aplicable¹⁹.

¹⁸ Véase nota 14 *supra*; véase nota 3 *supra*; véase nota 9 *supra*; véase nota 4 *supra*, Tribunal Regional.

¹⁹ *Ibid.*

¿ES NECESARIA LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN? LECCIONES DESDE EL DERECHO INGLÉS

Sergio García Long *

1. INTRODUCCIÓN

La buena fe es uno de los conceptos más complicados y debatidos en el derecho contractual comparado, como un niño problemático que nadie puede anticipar o controlar¹. Mientras unos ven a la buena fe con cautela² o simplemente la rechazan³, otros la consideran un deber general —o incluso un “principio”— que aplica a toda la vida del contrato⁴. Para comprender estas perspectivas antitéticas es necesario analizar a la buena

* Abogado *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). LLM (Master of Laws) en International Business and Commercial Law por la University of Manchester, Reino Unido. Miembro del European Law Institute (ELI) y de la Society of European Contract Law (SECOLA). Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad del Pacífico y Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido *visiting scholar* en la Universitat de Girona (España) y Università Cattolica del Sacro Cuore (Italia). Tiene una especialización en “Law and Economics of Mergers and Acquisitions” por la London School of Economics and Political Science (LSE). Su ejercicio profesional, docencia e investigación cubre derecho de contratos, societario, M&A, inversiones y arbitraje.

¹ Ewan McKendrick y Qiao Liu, “Good faith in Contract Performance in the Chinese and *common laws*” en Larry A. DiMatteo y Lei Chen (eds), *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*, Cambridge University Press 2017, p. 72.

² E. Allan Farnsworth, “The concept of good faith in American law” en *Saggi, Conferenze e Seminari, Vol. 10*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero 1993; Ewan McKendrick, “Good faith in the performance of a contract in English law” en Larry DiMatteo y Martin Hogg (eds), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford University Press 2016, pp. 196-208.

³ Michael Bridge, “Doubting good faith”, *New Zealand Business Law Quarterly*, Vol. 11, 2005, pp. 430-450.

⁴ Lando, Ole, “Is good faith an over-reaching general clause in the Principles of European Contract Law?”, *European Review of Private Law*, Vol. 15, N° 6, 2007, pp. 841-854. Véase también Mustapha Mekki y Martine Kloepfer-Pelèse, “Good faith and fair dealing in the DCFR”, *European Review of Contract Law*, Vol. 4, N° 3, 2008, pp. 338-374.

fe desde el derecho comparado, en específico, contrastando la filosofía del derecho inglés versus el sentimiento del *civil law*.

Mi objetivo es revisar y analizar críticamente el derecho inglés sobre la buena fe en los contratos comerciales en general y en los contratos de construcción en particular. Además, partiendo de un contexto internacional donde negocian partes del *civil law* y *common law*, comparo Inglaterra y el *civil law* en relación a la buena fe con el objetivo de extraer importantes lecciones sobre cómo el derecho inglés trata a la buena fe y lo que podría aprender el *civil law* al respecto.

Como civilista, para entender a la buena fe en la contratación internacional no basta con el consenso que existe en ciertas jurisdicciones del *civil law* sobre el uso de la buena fe ya que muchos contratos —buscando la internacionalización— son redactados en virtud de estándares distintos al derecho doméstico del *civil law*, o se elige como ley aplicable del contrato a la ley inglesa o un instrumento internacional de *soft law*. En tal escenario ocurren importantes transacciones, entre ellas, corporativas, financieras, y las que pertenecen al sector de la construcción. Muchos de estos últimos contratos son redactados en base a estándares propios del derecho inglés, sin perjuicio que el contrato es redactado por abogados civilistas y aplicando una ley nacional del *civil law* (y no el derecho inglés)⁵. Esta convergencia —muchas veces forzada por las fuerzas del mercado— demanda un análisis comparado para comprender por qué ciertas cláusulas de un contrato son redactados de cierta manera y no de otra, y a su vez, entender cómo se plantean y resuelven controversias arbitrales en sede internacional en materia de construcción, donde se reúnen árbitros civilistas y anglosajones, con sentimientos distintos en torno a diferentes aspectos contractuales, entre ellos, la buena fe.

⁵ Véase la discusión en Sam Moss, “Swiss law vs English law on contract interpretation: is Swiss law better suited to the realities of international construction contracts?”, *International Construction Law Review*, Vol. 4, 2015, pp. 470-471.

Dado que es común que la contratación internacional esté sometida al derecho inglés o siga estándares internacionales compatibles con el derecho inglés, se debe apreciar cómo estos contratos afrontan el problema de la buena fe. El derecho inglés rechaza a la buena fe para los contratos comerciales y, como alternativa, prefiere por otros caminos que logren un resultado similar sin generar incertidumbre ni alterar el pacto de las partes. En los contratos internacionales de construcción se observa esta tendencia, pero también, hay novedades que apuntan en el sentido contrario, esto es, hacen recurso a la buena fe. Al respecto, es importante revisar qué ha dicho la jurisprudencia al respecto y analizar críticamente estas cláusulas contractuales bajo el derecho inglés a efectos de concluir hacia dónde se dirige el derecho de la construcción.

El esquema anterior basado en el derecho inglés es relevante para extraer lecciones para el *civil law*. Es conocido que las jurisdicciones civilistas promueven el uso de la buena fe, sin embargo, lo hacen a través de una metodología ajena al derecho inglés que da prioridad a la libertad contractual y certeza, en contra del solidarismo y equidad del *civil law* que busca muchas excepciones al *pacta sunt servanda* y genera incertidumbre. Por ello, aunque el *civil law* sea el mayor promotor de la buena fe en los contratos, no ha podido resolver muchas interrogantes y preocupaciones. Por el contrario, el enfoque del derecho inglés sí ha afrontado mejor la ambigüedad de la buena fe, y estas particularidades del derecho inglés son útiles para una mejor aplicación de la buena fe en el *civil law*.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo está estructurado de la siguiente manera. La Sección 2 se enfoca en presentar el enfoque inglés sobre la buena fe —y aspectos relacionados— y contrastarlo con el *civil law*. Para tal propósito, la Sección 2 ha sido dividida en ocho subsecciones que tratan sobre características particulares del derecho inglés, que han sido categorizadas de tal manera para que sea evidente las características del derecho inglés que la diferencian del enfoque del *civil law* y que son más adecuadas para la contratación doméstica e internacional. Habiendo elaborado esta estructura, será fácil ilustrar e identificar las

lecciones para las jurisdicciones civilistas. Luego, la Sección 3 se enfoca en los contratos internacionales de construcción y en las alternativas que se usan bajo el derecho inglés. Primero se explica el desarrollo de los *relational contracts* según la jurisprudencia inglesa, para luego tratar sobre la buena fe en contratos de construcción. Sobre la buena fe, existen diversos modelos de cláusulas en los contratos modelos de construcción. Por ello, he dividido el tratamiento de la buena fe usando tres formas de contratos: NEC, JCT y PPC, sin perjuicio de hacer referencia a otros modelos de contratos de construcción. Esta clasificación presenta tres formas de redactar cláusulas de buena fe en contratos de construcción, desde una cláusula que hace referencia a “*trust and co-operation*” en lugar de “*good faith*”, pasando por otra que sí menciona a la “*good faith*”, hasta llegar al modelo de cláusula que parece crear un deber fiduciario por la redacción “*for the benefit of the project*”. Estos modelos son analizados críticamente bajo el derecho inglés y a su vez se extraen lecciones para el *civil law*. La Sección IV presenta las reflexiones finales de este trabajo.

2. DERECHO CONTRACTUAL INGLÉS

A continuación, se contraponen las siguientes visiones de la buena fe bajo la filosofía del derecho inglés frente al paternalismo del *civil law*: (i) la diferencia entre derecho comercial y derecho tuitivo; (ii) el rechazo de la buena fe para contratos comerciales; (iii) la preferencia por soluciones específicas en lugar de un concepto general de buena fe; (iv) la fricción entre la certeza y la justicia; (v) la doctrina de los *implied terms*; (vi) deber específico de buena fe versus deber general de buena fe; (vii) lista de comportamientos de buena fe en lugar de un concepto de buena fe sin contenido, y (viii) las redundancias del *civil law*.

2.1. *Derecho comercial versus derecho tuitivo*

Cuando se trata de contratos comerciales, negociados entre partes iguales (o en igualdad de condiciones), las cortes se limitan a ejecutar el

acuerdo de las partes. Por ello, se prescinde de la buena fe, y en general, de cualquier otro aspecto tuitivo o de carácter paternalista.

La distinción anterior —a veces— suele pasarse por alto entre civilistas cuando se habla indistintamente de una parte débil, el solidarismo, buena fe, equidad, entre otros aspectos que buscan un reequilibrio contractual, incluso allí donde no hay un desbalance efectivo. Incluso, tales consideraciones suelen ser usadas de manera errada como fundamento de otros conceptos como, por ejemplo, la excesiva onerosidad. ¿Qué tiene que ver un sobre costo en el contrato con la buena fe? ¿La buena fe justifica distribuir el costo entre ambas partes? ¿Es ese su fundamento?⁶ Tales consideraciones solo generan más confusión y es un buen ejemplo del uso indistinto e injustificado de la buena fe para darle explicación a todo y de manera superficial.

Por el contrario, sí tiene sentido hacer uso de la buena fe y otros conceptos relacionados cuando el contrato incluye efectivamente a una parte débil como un consumidor o trabajador. Pero fíjese que en tales casos la referencia a la buena fe se hace en la ley regulatoria o especial, no en una norma de carácter general como un Código Civil. Una norma general, que en principio regula la negociación en igualdad de condiciones, no puede ser una norma tuitiva por encima del acuerdo de las partes, cuando se asume que el acuerdo es balanceado. Por el contrario, si se identifica una situación fáctica donde una parte se encuentra en desventaja, ello requerirá un marco normativo específico como el derecho de consumidor o el de trabajo.

Por ejemplo, aunque la buena fe no es admitida en contratos comerciales bajo el derecho inglés, la Consumer Rights Act 2015 que aplica a las relaciones contractuales de consumo, hace referencia a la buena fe

⁶ Sobre esta crítica, véase Sergio García Long, *Derecho de contratos y sus circunstancias inesperadas*, Instituto Pacífico 2023 (Capítulo IV sobre la *hardship* y excesiva onerosidad).

—por ejemplo— en su sección 62(4)⁷. Solo en un caso como el mencionado se justifica usar a la buena fe⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, podría ocurrir que en un escenario de igualdad de condiciones se justifique, por las circunstancias, cuestionar el pacto de un término contractual que genera alguna consecuencia arbitraria, como una cláusula limitativa o exonerativa. El instinto haría pensar que deberá recurrirse a la buena fe, sin embargo, no necesariamente debe ser así. Por ejemplo, cuando se trata de negociación entre iguales bajo el derecho inglés, es posible cuestionar una cláusula exonerativa o limitativa bajo el Unfair Contract Terms Act 1977. Sin embargo, para que se pueda cuestionar un término contractual el mismo debe incumplir el test de razonabilidad⁹. La opción del derecho inglés de usar a la razonabilidad por encima de la buena fe se debe a que se busca evitar el empleo de un concepto subjetivo, y por ello, se prefiere por uno de naturaleza objetiva para evitar abusos en su aplicación. Por otro lado, en jurisdicciones del *civil law* es la regla usar a la buena fe para cuestionar cláusulas abusivas o vejatorias¹⁰.

En resumen, es relevante distinguir entre el derecho comercial y el derecho tuitivo (como el consumidor y laboral). El uso de la buena fe solo se justifica cuando existe un desequilibrio efectivo, por el contrario,

⁷ “62 Requirement for contract terms and notices to be fair

[...]

(4) A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.”

⁸ Véase Mindy Chen-Wishart, “Humble good faith “3 by 4””, *Singapore Law Review*, Vol. 38, 2020-2021, p. 1-12 (quien explica que la buena fe aplica de manera distinta según la categoría de contrato; si se trata de contratos comerciales, no aplica la buena fe, a diferencia de una relación de consumo o una relación fiduciaria).

⁹ Véase la sección 11 y Anexo 2 del Unfair Contract Terms Act 1977.

¹⁰ Véase, por ejemplo, la Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, que hace referencia a la buena fe y que fue la directiva que en su momento abrió un debate en torno a su incorporación en el derecho inglés. También véase Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Ups in New Divergences”, *The Modern Law Review*, Vol. 61, N° 1, 1998, pp. 243-267; Hugh Beale, “The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization”, *European Review of Private Law*, Vol. 18, N° 3, 2010, pp. 501-526.

no debe ser usado en negociación en igualdad de condiciones, e incluso en este último caso, si fuera necesario algún control contractual, la razonabilidad es mejor alternativa por su carácter objetivo.

2.2. El rechazo de la buena fe en contratos comerciales

Es conocida la posición inglesa frente a la buena fe. Cuando se refiere a contratos comerciales o negociados en igualdad de condiciones (*at arm's length*), se asume que las partes están en capacidad de negociar libremente el contrato y que la labor de las cortes es ejecutar el acuerdo de las partes, no reemplazarlo o alterarlo. Bajo el derecho inglés prima la libertad contractual, la legislación es labor del parlamento y no de las cortes, se rechaza la incertidumbre, la promueve la “exportabilidad” del derecho inglés como ley aplicable, entre otros aspectos que hacen que la buena fe sea incompatible con la filosofía del derecho inglés¹¹.

El sentimiento inglés puede traducirse en la famosa frase de Bridge “The introduction of a general principle of good faith and fair dealing would be like letting a bull loose in a china shop”¹². De igual manera, la corte de apelaciones en *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt*¹³ indicó lo siguiente:

There is in my view a real danger that if a general principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement.

Un aspecto para resaltar es la posición adversarial de las partes en las negociaciones. Las partes se encuentran en posiciones opuestas a pesar que negocian un acuerdo mutuo. Esta premisa es fundamental porque le da una “pisca de honestidad” al comercio, algo que usualmente

¹¹ Chen-Wishart, *Op. cit.*, p. 2-4.

¹² Bridge, “Doubting good faith”, *Op. cit.*, p. 448.

¹³ *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789, at 45.

es omitido en jurisdicciones del *civil law*. Como explicó Lord Ackner en el *leading case* *Walford v. Miles*¹⁴:

Each party to the negotiations is entitled to pursue his (o her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact, in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms [...]. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason.

Si pensamos en una compraventa, la idea subyacente es que el comprador intentará negociar el menor precio posible, mientras que el vendedor el mayor. Dentro de tal contexto, asumir que cada parte debería velar por el interés del otro sería irrazonable; ello asumiría que el comprador tendría que negociar un precio mayor considerando los intereses del vendedor o que el vendedor debería cobrar un precio bajo. Por el contrario, una premisa más realista para el comercio es que ambas partes velan por su propio interés, y que a pesar de ello, pueden llegar a un acuerdo para crear valor social. Asumir que cada parte debe pensar en la otra sería equivalente a forzar a cada una de ellas a contratar bajo términos menos beneficiosos, lo cual va en contra de la libertad de contratación.

Lo anterior funciona bien para contratos de ejecución instantánea o diferidos como la compraventa. Sin embargo, diferente es la situación en contratos de duración, a largo plazo o —ahora conocidos como—

¹⁴ *Walford v Miles* [1992] 2 A.C. 128. Véase Bridge, “Doubting good faith”, *Op. cit.*; Hugh Beale, “General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The ‘good faith’ clause” en Stefan Grundmann y Denis Mazeaud (eds), *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law International 2006, pp. 205-218; Sergio Garcia Long, “Towards a formalistic approach of good faith in comparative law”, *European Business Law Review*, Vol. 35, N° 7, 2024, pp. 947-976.

*relational contracts*¹⁵. En tal escenario, la doctrina inglesa¹⁶ ha argumentado en favor de la buena fe para fomentar la cooperación entre las partes, sobre todo, para hacer frente a contingencias sobrevenidas que las partes no estaban en la capacidad de anticipar al momento de la suscripción del contrato¹⁷. Incluso, lo anterior tiene una lógica económica: es preferible un contrato incompleto pero eficiente que uno completo pero ineficiente¹⁸. Dado que existen costos de transacción, las partes pueden dejar vacíos intencionales en el contrato que serán suplidos con posterioridad mediante la negociación de las partes de surgir la necesidad¹⁹. Una forma de fomentar esta negociación eficiente es con el uso de la buena fe²⁰.

Sin embargo, aunque la aplicación de la buena fe en los *relational contracts* pueda sonar bien en papel, en la práctica la jurisprudencia inglesa aún no la acepta en su totalidad. Hay jurisprudencia conocida en favor de la buena fe en el derecho inglés, sobre todo los de Lord Leggatt²¹.

¹⁵ Véase Ian Macneil, “Contracts: Adjustments of Long-term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, N° 6, 1978, pp. 854-905; Ian Macneil, *The New Social Contract*, Yale University Press 1980.

¹⁶ Véase la discusión en David Campbell, “Good faith and the ubiquity of the ‘relational’ contract”, *The Modern Law Review*, Vol. 77, 2014, p. 475 y ss.

¹⁷ En general, sobre la extensa discusión en el derecho inglés sobre la necesidad de repensar el sentimiento inglés contra la buena fe, véase Hon. Mr. Justice Steyn, “The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy”, *Denning Law Journal*, Vol. 6, 1991, pp. 131-141; Maud Piers, “Good faith in English law – Could a rule become a principle?”, *Tulane European & civil law Forum*, Vol. 26, 2011, pp. 123-169; Neil Andrews, “Good Faith Beneath the Surface: The Ethical Sensitivity of English Contract Law” en *Eppur si muove: The age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Volume II, International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT 2016, p. 953-974; Paul Davies, “The basis of contractual duties of good faith”, *Journal of Commonwealth Law*, Vol. 1, 2019, p. 1-34; John Cartwright, “Good faith in English contract law: lessons from comparative law?” en Edwin Peel y Rebecca Probert (eds), *Shaping the Law of Obligations. Essays in Honour of Professor Ewan McKendrick KC*, Oxford University Press 2023, pp. 23-38.

¹⁸ Véase Hans Henrik Edlund, “Imbalance in Long-Term Commercial Contracts”, *European Review of Contract Law*, Vol. 5, 2009, pp. 442-443.

¹⁹ Sobre este fenómeno, sus beneficios y desventajas, véase Stephen J. Choi, G. Mitu Gulati y Robert E. Scott, “Contractual Arbitrage” en Eric Brousseau, Jean-Michel Glachant y Jérôme Sgard (eds), *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*, Oxford University Press 2020.

²⁰ Sobre esto, véase mayor detalle en la sección 3.1 *infra*.

²¹ *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111; *AlNebayan v Kent* [2018] EWHC 333 (Comm) (22 February 2018); *MSC Mediterranean Shipping Co SA v Cottonex Anstalt*

Pero tales pronunciamientos han sido cuestionados²² y, sobre todo, aún no han cambiado el panorama del derecho inglés, y como tal, se mantiene el rechazo de la buena fe para no promover abusos y afectar la certeza jurídica.

Como alternativa, se ha argumentado que podría derivarse del acuerdo de las partes un *implied term of good faith*, lo cual es más fácil de decir que de aplicar en la práctica y, sobre todo, generaría más dudas que soluciones. Parece un intento forzado para hacer que la buena fe “entre por la ventana” o “asista a la fiesta sin invitación”²³.

En todo caso, diversos autores ingleses han explicado que la ausencia de la buena fe en el derecho inglés no significa un respecto absoluto de la libertad contractual sin excepciones. Existen otras vías legales que permitirían —por ejemplo— cuestionar el ejercicio de un derecho contractual, pero se prefieren por vías específicas en lugar de reconocer un concepto general que genere incertidumbre²⁴. Este es un aspecto interesante porque se parte de un puerto seguro para evitar la inseguridad jurídica: en lugar de reconocer una norma general de buena fe sin contenido definido, se respecta el contrato y se regula detalladamente excepciones²⁵. Esto se ve reforzado por la existencia de jurisprudencia inglesa

[2015] EWHC 283 (Comm) (12 February 2015) (aunque en segunda instancia fue revocada: véase *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789). Véase George Leggatt, “Contractual duties of good faith”, Lecture on the Commercial Bar Association on 18 October 2016; George Leggatt, “Negotiation in good faith: adapting to changing circumstances in contracts and English contract law” (2018) *Jill Poole Memorial Lecture*, Aston University, 19 October 2018.

²² Véase J. W. Carter y Wayne Courtney, “Good faith in contracts: is there an implied promise to act honestly?”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 75, 2016, pp. 608-619 (quienes hacen una crítica directa a *Yam Seng* según Leggatt).

²³ Sobre esto, véase mayor detalle en la sección 2.5 *infra*.

²⁴ McKendrick y Liu, *Op. cit.* (quienes comparan el derecho inglés y el chino sobre la buena fe, y concluyen que a pesar de los enfoques opuestos, ambos derechos solucionan problemas similares a través de soluciones diferentes); Michael G. Bridge, “The exercise of contractual discretion”, *Law Quarterly Review*, Vol. 135, 2019, pp. 227-248, y Michael Bridge, “Limits on contractual freedom”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, Vol. 7, N° 3, 2019, pp. 387-412 (quien explica, en general, que a pesar de que no existe la buena fe en el derecho inglés, existen otros mecanismos para evitar el ejercicio arbitrario o irrazonable de un derecho).

²⁵ Véase la sección 2.3 *infra*.

consolidada que hace efectivo el precedente y la resolución de futuras disputas en un mismo sentido, algo que no aplica en la misma extensión en el *civil law*.

En resumen, aunque el derecho inglés prescinda de la buena fe para los contratos comerciales, ello no significa que una parte perjudicada quede desprotegida ante una situación donde debería tener protección. Lo que caracteriza al derecho inglés, en todo caso, es el punto de partida: hay libertad contractual y las cortes deben garantizar el cumplimiento del contrato, y las excepciones son limitadas²⁶.

2.3. Soluciones específicas versus concepto general

Como indicó Lord Bingham en *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*²⁷, el derecho inglés prefiere soluciones específicas para las situaciones que merecen protección en lugar de aplicar conceptos ambiguos como la buena fe que no generan certeza:

In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as “playing fair,” “coming clean” or “putting one’s cards face upwards on the table”. It is in essence a principle of fair open dealing [...]

English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law has also

²⁶ El enfoque textual y formalista en la interpretación contractual bajo el derecho inglés puede encontrarse en *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36; [2015] AC 1619.

²⁷ *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433, at 439.

made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways²⁸.

Por ejemplo, bajo el derecho inglés se reconoce la *enforceability* de la cláusula de *no oral modification*. ¿Qué pasa si, a pesar de tal cláusula, las partes se alejan del contrato para realizar algo distinto, pero no llegan a suscribir una modificación por escrito? En el *civil law* se podía invocar a la buena fe, mientras que bajo el derecho inglés, en circunstancias excepcionales, se podría invocar *estoppel*²⁹. Otras doctrinas relevantes bajo el derecho inglés que darían protección de manera similar que la buena fe son *misrepresentation*, *torts de deceit* y *duress*, entre otros³⁰. Como explica Chen-Wishart: “[...] we already have it – in fact, if not in name [...] We did not call it good faith but ‘a rose by any other name would smell just as sweet’”³¹.

Considerando lo anterior, sería conveniente cortar el cordón umbilical de la buena fe para que todas las doctrinas que se consideran inspiradas en la misma tengan autonomía y puedan desarrollarse solas. Es cierto que la buena fe ha sido la “reina de todas las doctrinas” porque sirvió de base para crear teorías específicas, sin embargo, si ahora uno revisa las doctrinas “derivadas” de la buena fe, podrá comprobar que lo único que tales doctrinas tienen en común es el supuesto vínculo con la

²⁸ Véase el comentario de Shy Jackson, “Good faith under English law: Evolution or revolution?”, *Derecho & Sociedad*, N° 55, 2020, pp. 33-51.

²⁹ Véase *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24 y el comentario de Julian Bailey, “‘Faith, hope, and charity’: the role of good faith in construction – A common law perspective”, *Derecho & Sociedad*, N° 55, 2020, pp. 28-29.

³⁰ Peter Rosher, “Good faith in construction contracts: comparing French and English contract law approaches”, *International Business Law Journal*, N° 2, 2020, p. 157.

³¹ Chen-Wishart, *Op. cit.*, p. 4.

buena fe, ya que todas son muy diversas³². Mejor es pensar en las doctrinas individuales en lugar de seguir pensando en la buena fe como madre de todas ellas³³.

Una manera de buscar por soluciones específicas en identificando qué conductas vulneran a la buena fe. El obstáculo que se encuentra en el *civil law* es que los Códigos Civiles de Europa y Latino América no tienen definiciones de buena fe. Se trata de un dato curioso considerando que en el *civil law* se promueve el uso amplio de la buena fe, pero no una definición que facilite su aplicación. Seguramente el atractivo de la buena fe es su aplicación como norma general, para darle flexibilidad al juez en la resolución de casos frente a la rígida y limitada letra de la ley. Sin embargo, ello también ha generado comportamientos oportunistas y abusos. Debería preferirse por un modelo de buena fe que tenga directivas o guías. Para ello, la jurisprudencia podría ser de mucha ayuda. Sin embargo, el *civil law* no sigue la doctrina de precedente al estilo del *common law*, y en caso de existir jurisprudencia vinculante —por ejemplo, de una corte suprema—, es usual que no existan pronunciamientos sobre la buena fe en el derecho de contratos³⁴.

Mayor aporte se observa en el *common law* donde la buena fe es rechazada (derecho inglés) o vista con cautela (derecho americano). Por ejemplo, mientras la sección 61(3) del Sale of Goods Act 1969 señala que “A thing is deemed to be done in good faith within the meaning of this Act when it is in fact done honestly, whether it is done negligently or not”, la sección 1-201(20) del Uniform Commercial Code (UCC)

³² Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape” en Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (eds), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000, p. 31-32.

³³ Hein Kötz, “Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith” en Peter Cane y Jane Stapleton (eds), *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, Clarendon Press 1998, p. 250.

³⁴ Ciertamente hay casos, como en Francia, donde la jurisprudencia empezó a reconocer a la buena fe como base legal para incorporar a la *imprévision* al caso concreto, como lo hizo en su momento la jurisprudencia alemana. Sin embargo, una vez que se incorporó a la *imprévision* en el derecho privado francés, se dejó de lado el recurso a la buena fe. Entonces, al final, la jurisprudencia ya no se refiere a la buena fe sino a la *imprévision*.

—un código en Estados Unidos— define a la buena fe como “honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing”³⁵.

Similarmente, es conocida de tesis de Summers sobre la naturaleza negativa de la buena fe como concepto. Explica que la buena fe es un *excluder* que sirve para identificar las conductas que son de mala fe, ya que no es posible identificar *ex ante* un concepto positivo de buena fe de manera deductiva. Mejor es identificar las conductas que vulneran a la buena fe y, a partir del catálogo de conductas, formular de manera inductiva un concepto o directivas o guías para aplicar la buena fe³⁶.

También otra doctrina del Law & Economics de origen americano se ha encargado de explicar que la buena fe tiene como propósito evitar comportamientos oportunistas, por ejemplo, que una parte busque recapturar oportunidades perdidas con la celebración del contrato³⁷, o en general, evitar la extracción ineficiente de valor contractual en perjuicio de la otra parte o buscar “una tajada más amplia del pastel”³⁸.

Explicado lo anterior, se necesita identificar las situaciones específicas que necesitan protección y darles una solución concreta a los problemas, en lugar que optar por un camino ocioso de mirar todo desde la buena fe sin dar una respuesta afirmativa, creando así incertidumbre jurídica en el comercio.

³⁵ Sobre el UCC y la buena fe, véase Robert S. Summers, ““Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code”, *Virginia Law Review*, Vol. 54, N° 2, 1968, pp. 195-267.

³⁶ Robert S. Summers, “The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell Law Review*, Vol 67, 1982, pp. 810-840.

³⁷ Steven J. Burton, “Breach of contract and the common law duty to perform in good faith”, *Harvard Law Review*, Vol. 94, N° 2, 1980, pp. 369-404.

³⁸ Ejan Mackaay, “Good faith in *civil law* systems. A legal-economic analysis”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 18, 2012, p. 149-177; Hans-Bernd Schäfer, “Análisis económico de la buena fe contractual” en Sergio Garcia Long (ed), *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*, Instituto Pacífico 2022, pp. 401-418.

2.4. *Certeza versus justicia*

El derecho inglés se caracteriza por darle preferencia a la certeza y seguridad jurídica, incluso por encima de la justicia del caso concreto³⁹. Esto se observa de manera clara en diversos casos contractuales resueltos por cortes inglesas cuando se opta por respetar el acuerdo y la santidad contractual, incluso en situaciones donde podría quedar un sin sabor o sentimiento de injusticia.

Por ejemplo, en relación a los contratos de construcción, está el *leading case* inglés *Thorn v The Mayor and Commonalty of London*⁴⁰, por el cual, si un contratista se presenta a la licitación de una obra y se compromete a construirla, asume el riesgo de la obra y su edificabilidad, incluso si el diseño fue entregado por el comitente. Uno podría asumir que el comitente tendría una garantía implícita de edificabilidad, sin embargo, la House of Lords consideró que el contratista asume el riesgo salvo que se pacte algo distinto en el contrato; sobre todo, si el contratista pudo evaluar el proyecto y retirarse de la licitación si algo no le gustaba, luego no puede arrepentirse si a pesar de ella presenta una oferta y las cosas salen mal⁴¹.

Para entender por qué los casos anteriores no son “pronunciamientos injustos”, se debe considerar las premisas del derecho inglés, que parten del respecto del acuerdo, la libertad contractual, la certeza jurídica, y la solución efectiva de disputas. En tal escenario no es labor de las cortes rehacer el contrato para las partes o salvarlas de un mal negocio. Si las partes fueron libres al momento de redactar el contrato y no

³⁹ Roy Goode, “The concept of “good faith” in English law” en *Saggi, Conferenze e Seminari, Vol. 2*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero 1992, p. 12; Zimmermann y Whittaker, *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁰ *Thorn v The Mayor and Commonalty of London* [1876] LR 1 HL 120.

⁴¹ Para un análisis del caso *Thorn*, véase Julian Bailey y Stephen A. Hess, “Delay Damages and Site Conditions: Contrasts in US and English Law”, *Construction Lawyer*, Vol. 35, N° 3, 2015, pp. 6-47; Thomas Richards, “Builder beware? Do international concerns with the rule against implied warranties of buildability warrant a change in approach for New Zealand?”, *Construction Law International*, Vol. 15, No 2, 2020, pp. 24-32.

hubo vicio de por medio, las cortes deben ejecutar el contrato en sus términos, para bien o para mal.

Si de manera sobrevenida se materializa alguna contingencia, la corte no puede modificar el contrato para darle una solución a la contingencia. Las partes deben saber en todo momento “dónde están paradas” y ello se logra respetando el acuerdo en todo momento. Si ocurre una contingencia, la misma deberá ser asumida por la parte afectada, salvo pacto distinto como una cláusula de *force majeure* o *hardship*, de *differing site condition*. Una parte no puede liberarse o solicitar una reparación porque algo malo le pasó ya que se asume que tuvo la libertad de negociar alguna salida en el contrato, de manera que si no lo hizo, asumió una obligación absoluta. El silencio también es un acuerdo: si no hay un pacto específico es porque no se quiso tal pacto; no se debe asumir que las partes, quienes fueron libres al negociar, fueron descuidadas, y si así lo fuera, la corte no es un padre o hermano mayor que debe ir al rescate. La pérdida queda donde está. Entonces, los temas contractuales no tienen que ver con la justicia del caso concreto, sino con el respeto de la asignación de riesgos adoptada en el contrato.

Sobre todo, la justicia es un aspecto que se analiza *ex post*, no *ex ante*, y como tal, es sesgada. Lo que suele ocurrir es que, dado que el futuro es incierto, las partes manipulan el futuro a su favor. Para evitar lo anterior, uno debe entender que el derecho contractual se enfoca en el momento de la suscripción del contrato, según los términos acordados por las partes. Lo que ocurre después no puede calificarse de manera aislada al contrato. Si una parte debe asumir un mayor costo en la ejecución del contrato, ello será justo si el contrato así lo permite, por el contrario, si el contrato dispone algo distinto, no asumirá tal costo. Las cortes deben ejecutar ese acuerdo, no modificarlo.

En resumen, el derecho contractual permite a las partes asignar libremente beneficios y pérdidas, y esta asignación representa la “justicia

del contrato”. Como tal, no puede alterarse un acuerdo en un momento posterior porque a una parte el negocio le salió mal.

2.5. Término expreso o implícito

Bajo el derecho inglés una corte solo interpreta el contrato, no lo modifica o complementa. Sin embargo, existe la figura de los *implied terms* que, desde la perspectiva de un civilista, podría generar dudas ya que se diferencia entre la *implication* y la interpretación (o *construction*)⁴², aunque en el mismo derecho inglés esta distinción es debatible ya que se considera que la *implication* es una forma especial de interpretación⁴³.

Los *implied terms* son aquellos términos que se consideran implícitos en el contrato, como parte del acuerdo. Los *implied terms by law* son aquellos reconocidos en una ley para un tipo de contrato, por ejemplo, los *implied terms about title* en contratos de compraventa bajo la sección 12 del Sale of Goods Act 1969. Estos términos se aplican por defecto, en algunos casos de manera imperativa (sin posibilidad de derogación) mientras que en otros bajo la posibilidad de acordar algo distinto en el contrato. Además, están los *implied terms by custom*, aquellos derivados de los usos y prácticas comerciales. Finalmente, y tal vez los más problemáticos, los *implied terms by fact*, aquellos que son “encontrados” por una corte resolviendo un caso concreto.

La particularidad de los *implied terms by fact* es que parten de la premisa que derivan del acuerdo de las partes, como si fueran parte de una voluntad implícita. No se trata de integrar, modificar o complementar el contrato sino de una labor de “implicación” (*implication*) que consiste en

⁴² Trakman realiza un análisis completo sobre los antecedentes en la interpretación de los contratos en el *common law*, los *implied terms*, la ficción, la actitud de las cortes al momento de interpretar un contrato, los factores a considerar, entre otros. Leon E. Trakman, “Interpreting contracts: A *common law* dilemma”, *The Canadian Bar Review*, Vol. 59, N° 2, 1981, pp. 241-300.

⁴³ Véase *Attorney General of Belize & Ors v Belize Telecom Ltd & Anor (Belize)* [2009] UKPC 10. También el comentario de Adam Kramer, “Implication in Fact as an Instance of Contractual Interpretation”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 63, N° 2, 2004, pp. 384-411.

aclarar el texto del contrato para identificar un término que es obvio (*goes without saying*) y necesario para darle eficacia al acuerdo (*business efficacy*) según el test creado por la jurisprudencia⁴⁴. No se trata de cualquier término que una parte alegue, sino de uno que cumpla el test mencionado y sus propósitos.

Por ejemplo, bajo *Paradine v Jane*⁴⁵ la responsabilidad contractual era absoluta de manera que una parte no podía liberarse del contrato por imposibilidad física a menos que se haya pactado algo distinto en el contrato. Luego, para flexibilizar esta regla, en *Taylor v Caldwell*⁴⁶ se permitió a una parte liberarse del cumplimiento del contrato por imposibilidad física al considerar que había un *implied term* sobre la existencia continua de la materia subyacente al contrato (en tal caso, el escenario a ser rentar se incendió y destruyó). Tal doctrina se llamó *frustration of contract*.

Lo curioso y cuestionable de *Taylor* es que hizo recurso a la doctrina de los *implied terms* para concluir que la exoneración por imposibilidad se encontraba implícita en el contrato, a diferencia del enfoque del *civil law* que suele recurrir a la fuerza mayor o excesiva onerosidad, que no forman parte del acuerdo. Por ello, se indica que el uso de los *implied terms* en *Taylor* fue una ficción para reconocer una excepción al *pacta sunt servanda* sin hacerlo de manera expresa⁴⁷.

Para un civilista, un *implied term* sería una forma de integración contractual, ciertamente limitada porque debe cumplirse con el test de implicación. No sería posible identificar un *implied term* para otros fines,

⁴⁴ *The Moorcock* [1889] 14 PD 64 (CA); *B.P. Refinery (Westernport) Proprietary Ltd v Shire of Hastings* (Victoria) [1977] UKPC 13 (27 July 1977); *Attorney General of Belize & Ors v Belize Telecom Ltd & Anor* (Belize) [2009] UKPC 10; *Mark and Spencer v BNP Paribas* [2015] UKSC 72. También, sobre el *officious bystander*, véase *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)* [1918] 1 K.B. 592; *Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd* [1939] 2 KB 206 (CA) 227.

⁴⁵ *Paradine v Jane* [1647] Aley 26.

⁴⁶ *Taylor v Caldwell* [1863] 3 B & S 826.

⁴⁷ Sobre esta discusión, véase Leon E. Trakman, "Frustrated contracts and legal fictions", *Modern Law Review*, Vol. 46, N° 1, 1983, pp. 39-55; Paula Giliker, "Contract negotiations and the *common law*: A move to good faith in commercial contracting?", *Liverpool Law Review*, Vol. 43, 2022, pp. 175-202.

como sí ocurre en el *civil law* donde un demandante podría presentar un caso para solicitar la incorporación de un término contractual de su conveniencia y usar a la buena fe como base legal. Por ello, la doctrina inglesa de los *implied terms* no existe como tal en el *civil law*. Sin embargo, es importante observar el modelo de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. En general, en el *civil law* existe la interpretación e integración del contrato. Ambas están presentes en los Principios UNIDROIT. Pero en tales Principios se incluyó a la integración del *civil law* y a la *implication* del derecho inglés, en una combinación que genera dudas en la aplicación del derecho.

El artículo 4.8 de los Principios UNIDROIT se titula “Supplying an omitted term” y se refiere a la integración como es conocida en el *civil law*. Bajo tal norma, se podría suplir un término contractual en base a la intención de las partes, la naturaleza y propósito del contrato, la buena fe y lealtad negocial, y la razonabilidad. Sin embargo, de manera adicional el artículo 5.1.1 y 5.1.2 se refiere a *express obligations* e *implied obligations*, mientras el comentario al artículo 5.1.2 explica que “The implied obligations may for example have been so obvious, given the nature or the purpose of the obligation, that the parties felt that the obligations “went without saying””. En base al párrafo citado, queda en evidencia la influencia del derecho inglés al respecto⁴⁸. Además, el artículo 5.1.2 indica que puede derivarse un *implied term* de la naturaleza y propósito del acuerdo, usos y prácticas, buena fe y lealtad negocial, y la razonabilidad, que es idéntico al artículo 4.8 anterior.

La opción de UNIDROIT de tener dos vías hace complicada su aplicación en la práctica y deja la puerta abierta para que una parte oportunista pueda intentar justificar la incorporación de un nuevo término al contrato o derivar una obligación implícita, lo cual va en contra de la seguridad jurídica. ¿Por qué hay dos caminos? ¿Cómo se diferencian?

⁴⁸ Laura Gama, “Usages and implied obligations under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” en Fabien Gélinas (ed), *Trade usages and implied terms in the age of arbitration*, Oxford University 2016, pp. 206-207.

¿No son redundantes? Por un lado, los artículos 4.8 y 5.1.2 listan criterios similares como la naturaleza y propósito del contrato, la buena fe y lealtad negocial y la razonabilidad, mientras que difieren en otros. Sobre todo, aunque el artículo 5.1.2 parece, en primer instante, inspirado en la doctrina inglesa de los *implied terms*, curiosamente no hace referencia a la intención de las partes, a diferencia del artículo 4.8 que sí lo hace. ¿Entonces, cuál es el alcance de ambas normas y cómo se aplican en conjunto? En mi opinión, bastaría con el artículo 4.8 de los Principios UNIDROIT.

Por otro lado, el artículo 6:102 de los PECL⁴⁹ —similar al artículo 4.8 de los Principios UNIDROIT— señala que pueden existir términos implícitos que deriven de la intención de las partes, de la naturaleza y propósito del contrato, y de la buena fe y lealtad negocial⁵⁰. Collins considera que hay similitudes entre el derecho inglés y el artículo 6:102 PECL sobre términos implícitos, aunque también explica que bajo el derecho inglés no se admite abiertamente la *implication* en base a la buena fe, y ello la diferencia del *civil law*⁵¹.

Lo anterior demuestra que la *implication* bajo el derecho inglés es más directa, simple, limitada y no genera confusiones, en comparación al enfoque civilista que “mete todo en el mismo saco” y, en consecuencia, crea un esquema que no se entiende, que es complicado, amplio y genera incertidumbre.

Ahora, considerando la viabilidad de los *implied terms* y el rechazo de la buena fe en el derecho inglés, se ha argumentado que sería posible

⁴⁹ Principles of European Contract Law.

⁵⁰ Ole Lando y Hugh Beale (eds), *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised*, Kluwer Law International 2000.

⁵¹ Hugh Collins, “Implied Terms: The Foundation in Good Faith and Fair Dealing”, *Current Legal Problems*, Vol. 67, 2014, pp. 298-301.

invocar un *implied term of good faith* o un *implied term* que tendría su fundamento en la buena fe conforme a *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd*⁵².

Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties [...] I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced.

Collins explica que los *implied terms* es la vía usada por las cortes inglesas para asegurar el cumplimiento del contrato según la buena fe, y que esto la acercaría al *civil law* considerando el artículo 6:102 PECL⁵³. Si bien lo anterior sería posible en teoría siempre que se cumpla con el test de implicación, genera más problemas que alguna solución efectiva. Para empezar, si ya se rechaza a la buena fe en contratos comerciales, ¿cuál es la necesidad de intentar que entre por la ventana? El derecho inglés ya cuenta con otras doctrinas para cubrir situaciones que estarían bajo el manto de la buena fe en jurisdicciones del *civil law*. Como explicó Judge Humphrey Lloyd:

⁵² *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111. Véase el comentario de Helen Pugh, “An implied term of good faith: a watershed or a damp squib”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, junio 2013, pp. 347-348.

⁵³ Collins, “Implied Terms: The Foundation in Good Faith and Fair Dealing”, *Op. cit.*, pp. 297-298.

The proposition that “good faith” may be used as a fall-back device tellingly shows us why it is tempting but wrong to consider with the advantage of hindsight whether a term should be implied.⁵⁴

Sobre todo, ¿bajo qué escenario la buena fe sería un término obvio para la eficacia del acuerdo? Esto es complicado de responder si la buena fe es un término general sin contenido definido. Como tal, de poca ayuda es concluir que existe un *implied term of good faith*. Incluso, si se asume que se puede encontrar a la buena fe como *implied term*, en el fondo lo que se haría es encontrar una obligación específica, por ejemplo, algún tipo de cooperación. Para tal caso, mejor implicar la obligación específica y no la buena fe. Por todo lo mencionado, pensar en un *implied term of good faith* generara más problemas que respuestas.

2.6. Deber para una obligación específica versus deber para todo el contrato

Otro aspecto interesante que discuten los académicos ingleses es la extensión de un eventual deber de buena fe⁵⁵. Por un lado, no existe la buena fe como deber general. Sin embargo, ¿podría haber buena fe para una obligación específica? ¿Podría incluirse por pacto el deber de buena fe? En principio, el pacto de un deber general de buena fe sería *unenforceable* por falta de contenido y ambigüedad. Sobre todo, una norma general no podría derogar cláusulas específicas del contrato. Sin embargo diferente puede ser el escenario cuando se califica que una obligación específica deberá ser ejecutada de buena fe y en un ámbito determinado⁵⁶.

⁵⁴ *Francois Abballe v Alstom UK LTL 7.8.00* [TCC]. Véase el comentario de David Mosey, “Good faith in English construction law – What does it mean, and does it matter?”, *International Construction Law Review*, 2015, pp. 392-393.

⁵⁵ Véase Raphael Powell, “Good faith in contracts”, *Current Legal Problems*, Vol. 9, 1956, pp. 16-38; Roger Brownsword, “Good Faith in Contracts’ Revisited”, *Current Legal Problems*, Vol. 49, 1996, pp. 111-157.

⁵⁶ Véase *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200.

Por ejemplo, en un contrato de suministro de bienes que provienen de una masa, se podría calificar la obligación del vendedor de elegir bienes de buena calidad conforme a la buena fe. La referencia a la buena fe podría ser útil para evitar que el vendedor se comporte de manera oportunista y elija bienes de baja o mala calidad. En tal caso se observa un uso adecuado de la buena fe en lugar de usarla como un cheque en blanco que imponga sobre las partes un actuar de buena fe en todas sus actuaciones contractuales. La buena fe general parte de una asunción fáctica irreal que considera que en toda la ejecución del contrato una parte debe subordinar su interés para satisfacer el interés del contrato.

Entonces, si se admite una aplicación de la buena fe, sería su uso como calificador de obligaciones cuando no se puede definir de manera *ex ante* todas las obligaciones que una parte deba realizar. Esta aplicación daría mayor efectividad a la buena fe. Acá se reconoce que debe haber cierta cooperación, pero la misma no puede llegar hasta el punto de sacrificar o subordinar el propio interés para beneficiar el del otro. Como se indicó en *Gold Group Properties Ltd v BDW Trading Ltd*⁵⁷:

Thus good faith, whilst requiring the parties to act in a way that will allow both parties to enjoy the anticipated benefits of the contract, does not require either party to give up a freely negotiated financial advantage clearly embedded in the contract.

La función anterior suele ser omitida en jurisdicciones del *civil law*. Usualmente se usa a la buena fe para integrar el contrato o limitar el ejercicio abusivo de un derecho, lo cual aún es pensado en términos generales. Por el contrario, la buena fe como calificador de obligaciones puede ser visto —según corresponda— como una forma específica de integración o prohibición de abuso del derecho.

⁵⁷ *Gold Group Properties Ltd v BDW Trading Ltd* [2010] EWHC 1632 (TCC) at 91.

La buena fe como calificador sirve cuando se debe tomar una decisión determinada. En este proceso cognitivo de procesamiento de información y de toma de decisiones, la buena fe puede ser relevante para guiar a la parte pertinente o un tercero. Por ejemplo, tal situación puede presentarse en el ejercicio de discreciones contractuales, para evitar que el derecho sea ejercido de manera arbitraria o caprichosa. Ello se observa en derechos de terminación “a su sola discreción” (*in its sole discretion*), “a su sola voluntad” (“*in its sole will*”) o “a su sola opinión” (*in its sole opinion*). Incluso se usa el fraseo “a su sola y absoluta discreción” (*in its sole and absolute discretion*), para reafirmar el carácter discrecional del derecho. En tales casos la buena fe busca limitar el ejercicio de un derecho, en su función correctiva, pero de manera específica, para calificar la forma en que debe ejercerse el derecho en cuestión.

En operaciones financieras se hace recurso a la buena fe como calificador del derecho de terminación. Se suele incluir una cláusula de “Evento de Incumplimiento”, por el cual, si a sola discreción del banco se concluye que un evento ocasiona un Material Adverse Change (MAC) que altera del riesgo de incumplimiento, el banco podrá terminar el contrato (este derecho se conoce como MAC subjetivo). Al respecto, en un caso inglés se hizo recurso a la “honestidad” y “racionalidad” para resolver que el banco no puede terminar el contrato de manera arbitraria, sino que debe procesar información, analizar el caso y llegar a una conclusión razonable⁵⁸. La frase “*honest and rational*” es equivalente a una cara objetiva de la buena fe⁵⁹, que significa que una parte que debe tomar una decisión para ejercer un derecho, en efecto debe tomar esa decisión en base a un análisis razonable, caso contrario, será un ejercicio arbitrario.

⁵⁸ *Cukurova Finance International Limited and another v Alfa Telecom Turkey Ltd* [2013] UKPC 20.

⁵⁹ En el caso canadiense *Doman Forest Products Ltd v GLAC Commercial Credit Corp.* [2005] BCSB 774, la corte fue más directa y señaló que la única limitación al MAC subjetivo es la buena fe. A diferencia de Inglaterra, en Canadá es más claro el panorama hacia un reconocimiento general de la buena fe desde *Bhasin v Hrynew* (2014) SCC 71. Véase el comentario de Sergio García Long, *Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*, Fondo Editorial PUCP 2016.

En resumen, la buena fe no aplica a todo el contrato sino a una obligación específica según lo pactado. En este escenario, la buena fe puede servir como un calificador para guiar la ejecución de una obligación cuyos contornos han quedado abiertos o incompletos. Esta función de la buena fe podría ser útil para fomentar la negociación y evitar la frustración de las negociaciones. Ciertamente, debe ser bien empleada para evitar los conocidos abusos de la buena fe.

2.7. Listado de comportamientos conforme a la buena fe versus norma sin contenido

En lugar de pensar en la buena fe como una cláusula sin contenido, debe identificarse conductas que se desprendan de la buena fe, y en virtud de ello, elaborar un catálogo de comportamientos cuya ocurrencia harían presumir —con posibilidad de prueba en contrario— que se ha cumplido la buena fe. Lo mismo podría hacerse a la inversa, esto es, en sentido negativo como lo propuso Summers: elaborar un catálogo de conductas que vulneran la buena fe y de allí derivar un contenido. Será una evaluación de cada jurisdicción determinar qué camino se acomoda mejor.

Lo anterior es urgente porque es cuestionable que, por un lado, se intente reconocer un deber general de buena fe para luego, en virtud de tal deber, crear deberes específicos de buena fe. ¿Es necesario ambos? ¿Por qué no se crean directamente los deberes específicos requeridos?⁶⁰

Un ejemplo a considerar está en el deber de renegociación, donde se ha pasado de un deber general a reconocer conductas concretas de cooperación. Inicialmente, varios instrumentos internacionales propusieron un modelo de *hardship* con renegociación como primer paso. Esto se observa en los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que a su

⁶⁰ Véase la crítica en Carter y Courtney, *Op. cit.*

vez inspiraron a otros como los PECL y DCFR⁶¹. Sin embargo, algo que quedó pendiente fue darle contenido a la renegociación. ¿Cómo se debe negociar? ¿Cuándo se actúa de mala fe en las negociaciones? ¿Cuándo se considera cumplido el deber de renegociar? ¿Hasta cuándo se debe negociar? ¿Cuándo se incumple? ¿Y cuál es la sanción aplicable?⁶²

Precisamente, por la falta de contenido del deber de negociar o renegociar, bajo el derecho inglés los *agreements to agree* son *unenforceables* por su ambigüedad según lo dispuesto en *May & Butcher Ltd v The King*⁶³, sin perjuicio de cierta jurisprudencia⁶⁴ que propone lo contrario bajo ciertas circunstancias. Sobre todo, aún está vigente la explicación de Lord Ackner en *Walford v. Miles*⁶⁵ sobre la incompatibilidad de la buena fe precontractual con el derecho inglés y el rechazo de los acuerdos para contratar:

[T]he concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations [...] [H]ow is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an agreement? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are

⁶¹ Draft Common Frame of Reference.

⁶² Véase la discusión en Sergio García Long, “Usos y abusos del deber de renegociación del contrato” en Sergio García Long (ed), *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*, Instituto Pacífico 2022, p. 419-494; Yuri Vega Mere, “Responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de buena fe y renegociación” en Sergio García Long (eds), *Discusiones en torno a la responsabilidad civil*, LP Editores 2023, pp. 537-557.

⁶³ *May & Butcher Ltd v The King* [1934] 2 KB 17.

⁶⁴ Véase *Alstom Signalling Limited (ta Alstom Transport Information Solutions) v Jarvis Facilities Limited* (N° 1) [2004] EWHC 1232 (TCC); *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras* [2005] EWCA Civ 891. Véase la discusión en John Cartwright, “Negotiation and renegotiation: An English perspective” en John Cartwright, Stefan Vogenauer y Simon Whittaker (eds), *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala)*, Hart Publishing 2009, pp. 51-70; Leon E. Trakman y Kunal Sharma, “The binding force of agreements to negotiate in good faith”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 73, 2014, pp. 598-628; Paula Giliker, “Contract negotiations and the *common law*: A move to good faith in commercial contracting?”, *Liverpool Law Review*, Vol. 43, 2022, pp. 175-202.

⁶⁵ *Walford v Miles* [1992] 2 A.C. 128.

in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content.

Considerando el enfoque ambiguo del *civil law*, los Principles on Transnational Law (TransLex Principles) buscaron innovar e incluyeron en su artículo IV.6.7 el deber de renegociación, y además, el comentario 3 al mismo listó dieciocho conductas que las partes deben seguir durante la etapa de la renegociación, a efectos de definir el contenido del derecho de renegociación⁶⁶:

1. Respetar las restantes disposiciones del contrato.
2. Tener en cuenta la práctica contractual anterior entre las partes.
3. Hacer un esfuerzo serio por llegar a un acuerdo.
4. Prestar atención a los intereses de la otra parte.
5. Producir información relevante para la adaptación.
6. Mostrar una voluntad sincera de llegar a un compromiso.
7. Mantener la flexibilidad en el desarrollo de las negociaciones.
8. Buscar soluciones de ajuste razonables y adecuadas.
9. Hacer sugerencias concretas y razonables de ajuste en lugar de meras declaraciones generales de voluntad.
10. Evitar las sugerencias de ajuste precipitadas.
11. Dar razones adecuadas para las propias sugerencias de ajuste.

⁶⁶ Véase el comentario de García Long, “Usos y abusos del deber de renegociación del contrato”, *Op. cit.*

12. Obtener el asesoramiento de expertos en procedimientos de consenso difíciles y complejos.
13. Responder con prontitud a las ofertas de ajuste de la otra parte.
14. Esforzarse por mantener la relación precio-rendimiento teniendo en cuenta los parámetros considerados relevantes por las partes.
15. Evitar que la otra parte obtenga una ventaja o un perjuicio injusto (principio de “sin beneficio y sin pérdida”).
16. Prohibición de crear hechos establecidos durante las negociaciones, salvo en situaciones de emergencia (prohibición de estrategias de “escalada”).
17. Mantener los esfuerzos para alcanzar un acuerdo durante un periodo de tiempo adecuado.
18. Evitar retrasos innecesarios en los procedimientos de consenso.

Lo anterior es buen ejemplo de lo que debe hacerse con la buena fe. En lugar de dar vueltas en el mismo punto, se debe listar comportamientos requeridos por la buena fe lo más detalladamente posible⁶⁷.

En resumen, sería de mucha ayuda que en las jurisdicciones del *civil law* se elabore un catálogo de conductas conforme a la buena fe para

⁶⁷ Sobre el deber de cooperación, también véase el artículo 5.1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Sin perjuicio que dicha norma sería aplicable —de manera general— allí donde sea razonable esperar que una parte deba colaborar con la otra, el comentario al artículo 5.1.3 precisa que hay diversos casos específicos dentro de los Principios que muestran aplicaciones del deber de cooperación, como la prohibición de frustrar el cumplimiento de una condición (artículo 5.3.3), cómo cumplir cuando no se indica el lugar del cumplimiento (artículo 6.1.6), la obtención de autorización pública (artículo 6.1.14), la interferencia en el cumplimiento de la otra parte (artículo 7.1.2), subsanación del incumplimiento (artículo 7.1.4), y la atenuación del propio daño (artículo 7.4.8). Ciertamente, debe hacer un nivel razonable de vinculación y no solo agrupar indistintamente conductas y vincularlas a la cooperación, como es usual que se haga con la buena fe.

darle contenido a la buena fe y así evitar los inconvenientes de lidiar con una cláusula sin contenido.

2.8. *Evitando redundancias*

En el *civil law* se escribe mucho sobre la buena fe, y como tal, se dice de todo. Esto provoca un desorden. Si todo está vinculado a la buena fe, al final ello la vacía de un contenido propio. Ciertamente, el debate es extenso en Europa⁶⁸. Si sobre algo hay consenso es sobre la necesidad de que exista la buena fe en el *civil law*, pero ello aún está muy lejos de fijar un contenido. Al menos algunos comparatistas han buscado el núcleo común de la buena fe en el derecho privado europeo.

Se considera que la buena fe sirve para interpretar el contrato, complementarlo y corregir el ejercicio irregular de derechos⁶⁹. Lo anterior es útil porque la mejor manera de estudiar a la buena fe es en virtud de sus funciones⁷⁰. Sin embargo, el esquema del *civil law* sigue siendo muy general. ¿Cómo se interpreta un contrato de buena fe? ¿Cómo se integra un contrato de buena fe? ¿Cuándo se puede limitar el ejercicio de un derecho por vulnerar la buena fe?

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Hugh Collins, “Good Faith in European Contract Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, 1994, pp. 229-254; Jane Stapleton, “Good faith in private law”, *Current Legal Problems*, Vol. 52, 1999, pp. 1-36; Klaus Peter Berger y Thomas Arntz, “Good faith as a ‘general organising principle’ of the common law”, *Arbitration International*, Vol. 32, 2016, pp. 167-178.

⁶⁹ Véase E. Allan Farnsworth, “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, relevant International Conventions, and National Laws”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, 1995, pp. 47-64; Martijn W. Hesselink, “The Concept of Good Faith” en Arthur Hartkamp, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron y Muriel Veldman (eds), *Towards a european civil code*, 3ra edición, *Kluwer Law International*, 2004, pp. 471-498; Sergio García Long, “La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado” en Mario Castillo Freyre, Roger Vidal Ramos y Marco Silva-Santisteban Valdívía (eds), *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el Derecho Civil*, *Gaceta Jurídica* 2021, pp. 493-555.

⁷⁰ Peter Schlechtriem, “Good faith in German Law and in International Uniform Laws” en *Saggi, Conferenze e Seminari*, Vol. 24, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero 1997, p. 7-8.

Si algo se puede rescatar del esquema anterior es que permite identificar ciertas funciones específicas de la buena fe para que sean utilizadas en la práctica. Por ejemplo, las partes podrían redactar una cláusula para definir bajo qué situaciones un derecho de terminación del contrato no podría ser ejercido, en lugar de acudir a la buena fe como norma general. Lo anterior también podría ser tomado como guía para futuras reformas de los derechos nacionales, por ejemplo, al codificar los límites a un derecho de terminación en lugar de solo hacer referencia a una norma general de buena fe.

¿Hay algo del esquema del *civil law* sobre la buena fe que sea de utilidad para el derecho inglés? El enfoque civilista es útil para comprender cómo el *civil law* emplea a la buena fe y, sobre todo, para “limpiar” el derecho con el objetivo que sea más directo y claro. Por ejemplo, si existe la prohibición contra el abuso del derecho, ¿es necesaria la buena fe correctiva? Igualmente, si quien comete un daño por culpa debe repararlo⁷¹, ¿sirve la buena fe en las negociaciones? Esta redundancia en el *civil law* reconfirma la deseabilidad del enfoque inglés de rechazar a la buena fe en favor de teorías igualmente satisfactorias y que no sean inciertas.

Si el legislador no se da cuenta de las redundancias, al menos las partes podrían redactar una provisión contractual que especifique lo que una parte debe hacer frente a la otra, y esto con el tiempo puede estandarizarse como usos y prácticas. Esta costumbre puede reemplazar a la buena fe con el tiempo. Ello es precisamente lo que suele ocurrir en la contratación especializada.

Por el momento, bajo el derecho inglés se admite una función humilde o modesta de la buena fe porque la misma es rechazada para los contratos comerciales o negociados en igualdad de condiciones, sin em-

⁷¹ Como lo indicó el original artículo 1382 del Código Civil francés de 1804.

bargo, podría aplicar con poca intensidad en otras situaciones, por ejemplo, en *relational contracts*, en relaciones de consumo donde hay una parte débil, o en una relación fiduciaria⁷². Esto es vital porque usualmente el rechazo de la buena fe por el derecho inglés es contra la amplia y desmedida buena fe como norma general en el *civil law*, pero no frente a situaciones específicas. La diferencia es que tales situaciones se corrigen a través de otras teorías más sofisticadas. Ciertamente hay situaciones que merecen protección, pero en el camino no se puede afectar la libertad contractual ni generar incertidumbre. En ello, el enfoque inglés es superior al del *civil law*.

3. CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN

En esta sección presento dos temas relevantes en el sector de la construcción: los *relational contracts* y la buena fe. Primero explico la noción de los *relacional contracts* según la jurisprudencia inglesa y la doctrina, y su vinculación con la buena fe. Luego, presento tres modelos de cláusulas de buena fe en contratos de construcción para observar las diferencias entre ellas. Para tal propósito, distingo los modelos en virtud a la redacción que tienen tres grupos de formas de contratos: NEC, JCT y PCC, y otros parecidos.

3.1. *Los contratos relacionales de construcción*

Mucho se ha discutido en Inglaterra sobre la necesidad de repensarse la buena fe para los *relational contracts*, por diversos motivos y considerando un avance en la jurisprudencia inglesa⁷³. En *Yam Seng* se discutió sobre

⁷² Véase Chen-Wishart, *Op. cit.*

⁷³ Sobre esta discusión, véase en general Shy Jackson, *Op. cit.*; David S. Christie, ““Splendid, but what does it actually mean?” Good faith and relational contracts in the UK construction industry”, *Journal of Commonwealth Law*, Vol. 1, 2019, pp. 403-442; Rosher, *Op. cit.*, pp. 154-156, y la sección 2.2 *supra* incluyendo las referencias al pie. De manera más extensa, y recientemente, véase Anthony Gray, *Good Faith and Relational Contracts. Theory, Practice and Future Developments*, Hart Publishing 2024. El *common law* inglés es relevante para otras jurisdicciones de la Commonwealth, sea para seguir el mismo camino o para departir del mismo. Para el *common law* de

la posibilidad de encontrar un *implied term of good faith* en un contrato comercial, pero sobre todo, en un *relational contract* ya que en el mismo se requiere:

[...] a high degree of communication, co-operation and predictable performance based on trust and confidence and expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements⁷⁴.

Canadá (sobre todo después de *Bhasin*), véase Shannon Kathleen O'Byrne, "The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments", *Canadian Bar Review*, Vol. 86, 2007, p. 193-245; Michael Bridge, "Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?", *The Canadian Business Law Journal*, Vol. 9, N° 4, 1984, pp. 385-426; Daniele Bertolini, "Toward a framework to define the outer boundaries of good faith in contractual performance", *Alberta Law Review*, Vol. 58, N° 3, 2021, p. 573-620. Para el *common law* de Australia (que no ha llegado tan lejos como Canadá), véase David Christie, Séverine Saintier y Jessica Viven-Wilksch, "Industry-Led Standards, Relational Contracts and Good Faith: Are the UK and Australia Setting the Pace in (Construction) Contract Law?", *Liverpool Law Review*, Vol. 43, 2022, p. 287-310. Para el *common law* de Escocia (que se aleja del enfoque inglés), véase Hector MacQueen, "Good faith in Scots law of contract: An undisclosed principle?" en Angelo D.M. Forte (ed), *Good faith in contract and property law*, Hart Publishing 1999, p. 5-37; Hector MacQueen y Shannon O'Byrne, "The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison", *Edinburgh Law Review*, Vol. 3, N° 3, 2019, p. 301-331; Jonathan Ainslie, "Good faith and relational contracts: A Scots-Roman perspective", *Edinburgh Law Review*, Vol. 26, N° 1, 2022, p. 29-50.

⁷⁴ Véase, en el mismo sentido, *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd* [2014] EWHC 2145 (Ch) (02 July 2014); *D&G Cars Ltd v Essex Police Authority* [2015] EWHC 226 (QB). Hugh Collins, "Is a relational contract a legal concept?" en Simone Degeling, James Edelman y James Goudkamp (eds), *Contract in Commercial Law*, Thomson Reuters 2016 (quien hace referencia a los tres casos citados como muestra del uso del término "*relational contract*" bajo el derecho inglés); Mosey, "Good faith in English construction law", *Op. cit.* (quien también comenta los casos mencionados). Sir Rupert Jackson reporta otros casos a partir del 2015 que promueve el uso de la buena fe como *implied term by fact* en *relational contracts*: *Globe Motors Inc v TRW LucasVarity Electric Steering Ltd* [2016] EWCA Civ 396; *National Private Air Transport Services Company (National Air Services) Ltd v Creditrade LLP and anor* [2016] EWHC 2144 (Comm); *Property Alliance Group Ltd v The Royal Bank of Scotland plc* [2016] EWHC 3342 (Ch); *Portsmouth City Council v Ensign Highways Ltd* [2015] EWHC 1969 (TCC). Sir Rupert Jackson, "Does good faith have any role in construction contracts", Pinsent Mansons Lecture in Hong Kong on 22nd November 2017. Shy Jackson, *Op. cit.*, también reporta *Bates v Post Office Ltd* (N° 3) [2019] EWHC 606 (QB) como un caso más reciente.

Collins⁷⁵ explica que un *relational contract* se caracteriza por cuatro elementos, considerando la jurisprudencia inglesa bajo *Yam Seng* y posteriores fallos en el mismo sentido⁷⁶:

- relación comercial a largo plazo;
- inversión de sustanciales recursos por las partes;
- expectativas implícitas de cooperación y lealtad para darle eficacia comercial al proyecto en su ejecución, y;
- expectativas implícitas de mutua confianza y cooperación que van más allá de evitar la deshonestidad.

La noción de *relational contract* ha sido discutida para definir sus consecuencias jurídicas, entre ellas, la necesidad de una interpretación contextual del contrato a diferencia de la interpretación textual predominante, y para argumentar que en tal tipo de contrato sería más accesible encontrar un *implied term by fact* enfocado en la mutua confianza y cooperación (pensar en un *implied term by law* sería excesivo, y ello mismo es reconocido en *Yam Seng*). Por el momento, se trata de un tema aún debatible. El tiempo dirá si se trató de un presagio apresurado o uno acertado⁷⁷.

¿Por qué se exige una especial colaboración de las partes en *relational contracts* a través de la buena fe? En el *civil law*, donde la buena fe ha sido y es altamente promovida, aún se mantienen argumentos ambiguos y circulares que hacen mención a la “equidad”, “solidaridad”, “justicia”, entre otros conceptos gaseosos y filosóficos, o incluso se usan sinóni-

⁷⁵ Collins, “Is a relational contract a legal concept?”, *Op. cit.*

⁷⁶ Véase los casos reportados en las notas 21 y 74 *infra*.

⁷⁷ Collins, “Is a relational contract a legal concept?”, *Op. cit.*

mos para definir a la buena fe como “lealtad”, “honestidad”, “cooperación”, entre otros, sin aterrizar en una definición, guía o directiva que sirva para su aplicación práctica.

Por el contrario, los argumentos más convincentes vienen del Law & Economics, que tiene origen en Estados Unidos, en temas como contratos a largo plazo, contratos incompletos, costos de transacción, costos *ex ante* y *ex post*, renegociación eficiente, y ambigüedad estratégica⁷⁸.

Un contrato largo plazo (*long-term*) se diferencia de un contrato de compraventa porque en este último las partes tienen prestaciones identificadas que deben ser ejecutados en un momento dado, y nada más. Por el contrario, un contrato a largo plazo crea una relación comercial entre las partes a lo largo de un periodo de tiempo, pudiendo llegar a varios años. Bajo este escenario, es complicado definir todas las obligaciones que las partes deberán ejecutar. Algunas pueden identificarse mientras que otras no. Entonces, se redacta un contrato incompleto o abierto que requerirá de la confianza y cooperación de las partes para completar el acuerdo cuando sea necesario.

De manera similar, dado que el contrato se extiende por un periodo largo de tiempo, el mismo queda expuesto a ser afectado por contingencias previstas al momento de la suscripción del contrato, pero de baja probabilidad y que se espera que no ocurran, o pasivos ocultos que las partes no pudieron anticipar y que se materializan para mala suerte de las partes. En tal escenario, si algo malo sucede y no se puede culpar a

⁷⁸ Sobre esto temas, véase en general Ejan Mackaay, “The law and economics of good faith in the civil law of contract”, European Association of Law and Economics Conference, 2003, pp. 1-19; Claire Hill, “Bargaining in the shadow of the lawsuit: A social norms theory of incomplete contracts”, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 34, 2009, p. 191-220; Albert Choi y George Triantis, “Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions”, *Yale Law Journal*, Vol. 119, 2010, pp. 848-924; Eric Franco Regjo, “La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño”, *Derecho & Sociedad*, N° 55, 2020, pp. 175-195; Collins, “Is a relational contract a legal concept?”, *Op. cit.*; y la sección 2.2 *supra* incluyendo las referencias al pie en relación al enfoque económico.

las partes, se espera que ellas puedan colaborar para llegar a una distribución equitativa de la pérdida, en lugar de que la pérdida quede donde ocurrió. En efecto, este es un de los temas más debatidos en el derecho comparado, incluyendo a los contratos de construcción⁷⁹.

En base a este panorama, como negociar cuesta, se considera eficiente redactar un contrato incompleto que promueva la negociación de las partes para solucionar los problemas que surgen en el futuro. Si las partes quisieran negociar un contrato completo, tendrían que asumir altos costos de negociación, lo cual podría frustrar el cierre del contrato. Para evitar ello, se promueve que las partes puedan ahorrar *ex ante* en costos de transacción para cerrar el contrato, aunque queden aspectos incompletos o abiertos. Si todo sale bien, las partes habrán ahorrado en costos. Por el contrario, si surge algún problema respecto a un tema que no se negoció en el contrato, ahora será la oportunidad para que las partes asuman *ex post* los costos de transacción que ahorran en su momento y negocien una solución. Se trata de un *trade-off* entre costos de transacción *ex ante* y *ex post*.

Sobre todo, dado que el problema surgiría sobre un tema no negociado en el contrato, las partes tienen incentivos para que ellas mismas le den una solución al contrato, caso contrario, tendrían que acudir a un juez, quien estará en una peor situación para darle una solución al con-

⁷⁹ Véase recientemente Christopher Seppälä, “Extra-contractual claims against state entities under *civil law*”, *International Construction Law Review*, 2024, pp. 330-341. En específico, sobre el análisis del problema en jurisdicciones latinas del *civil law*, véase en general Thomas Sutherland Borja, “Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, 2014, pp. 161-195; Tomás Ramón Fernández, “Los riesgos imprevistos en el contrato de obras”, *Revista de Administración Pública*, N° 201, 2016, pp. 203-217; Freddy Cabarcas Gómez, *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura*, Universidad del Externado de Colombia 2018; José Manuel Valencia Cerasa, “Eventos sobrevinientes que alteran sustancialmente los términos pactados en los contratos de construcción: una mirada desde los efectos de la pandemia por COVID-19”, *Derecho y Sociedad*, N° 55, 2020, pp. 399-416; Jaime Aracibia Mattar, “La mayor onerosidad fortuita en el contrato de obra pública”, *Revista de Derecho del Estado*, N° 56, 2023, pp. 335-362.

trato sobre un aspecto que no fue negociado. Esto genera mucha incertidumbre. Entonces, incluso si las partes fueran reacias a negociar *ex post*, encontrarán incentivos para regresar a la mesa de negociación e intentar llegar a un acuerdo, para evitar la incertidumbre de acudir a una corte que podría resolver en cualquier sentido. Entonces, la sombra de un litigio caro, complejo e incierto, incentiva a que las partes busquen una solución privada.

Una forma de dejar constancia de que las partes necesitarán cooperación entre ellas en algún momento de la ejecución del contrato, es redactando una cláusula de renegociación. Por ejemplo, en la práctica contractual se han estandarizado diversas cláusulas de renegociación en diversos tipos de contratos de inversión. Las partes son conscientes que no pueden anticipar todas las contingencias en un contrato a largo plazo para realizar una inversión importante para explotar recursos naturales o ejecutar un servicio público. En lugar de esperar que algo malo pase, las partes incluyen en el contrato que deberán revisar el equilibrio económico en el quinto aniversario del contrato, por ejemplo. Esto promueve un esquema de colaboración entre las partes⁸⁰.

El esquema anterior ha encontrado fundamento en otras ciencias sociales para sectores del comercio. Los comerciantes prefieren negociar y resolver los problemas de manera privada, sin acudir a los abogados, porque consideran que llamar a los abogados significa tratar a un comerciante como si fuera un delincuente. En este sentido, un comerciante solo acude a un abogado cuando ya no quiere conversar con su contraparte y cuando no hay otra solución que acudir a una corte⁸¹.

⁸⁰ Véase Wolfgang Peter, "Arbitration and renegotiation clauses", *Journal of International Arbitration*, Vol. 3, N° 2, 1986, pp. 29-46; John Y. Gotanda, "Renegotiation and adaptation clauses in investment contract, revisited", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, N° 4, 2003, pp. 1461-1474.

⁸¹ Véase Stewart Macaulay, "Non-contractual relations in business: a preliminary study", *American Sociological*, Vol. 28, N° 1, 1963, p. 55-67; Lisa Bernstein, "Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, N° 1, 1992, pp. 115-157.

Usualmente, en el sector de la construcción, se incluyen cláusulas de resolución de conflictos escalonadas que incluyen un deber de trato directo entre las partes, que consiste en un deber de cooperación y re-negociación para solucionar el problema. En caso no haya éxito, se puede acudir a *Dispute Boards* como medio alternativo al arbitraje. Un ingeniero podría solucionar con anticipación y de manera más adecuada una disputa sobre un proyecto, a diferencia de un tribunal no especializado que podría tomar más tiempo⁸².

Lo anterior demuestra que las partes prefieren redactar cláusulas específicas para gestionar una controversia, en lugar de acudir a conceptos generales como la buena fe o cooperación que no tienen contenido. Entonces, la solución la deben proveer las mismas partes, y no el derecho de manera general, a través de los *implied terms* o *frustration*, por ejemplo. Este es un punto de referencia importante ya que por más que el enfoque económico tenga buenos argumentos, ello no significa que sea fácil encontrar un *implied duty of good faith* en un *relational contract*, ya que bajo el derecho inglés debe cumplirse con el test de *implication* para encontrar un *implied term by fact*. La doctrina económica no es parte de la *implication*. Por ende, no todo contrato que tenga las características de un *relational contract* incorpora automáticamente un *implied duty of good faith*. En *UTB LLC v Sheffield United Ltd*⁸³ se advirtió que hay que tener cuidado cuando se piensa en un *relational contract* y en la posibilidad de encontrar a la buena fe:

There is a danger in using the term “relational contract” that one is not clear about what exactly is meant by it. There is a great range of different types of contract that involve the parties in long-term relationships of

⁸² Sobre los *Dispute Boards*, véase Roberto Hernández García (ed), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, Vol. 23, Estudio Mario Castillo Freyre 2014; Nicholas Gould y Olivia Liang, “Conflict avoidance and alternative dispute resolution in the UK construction industry”, *Amicus Curiae*, Vol. 4, N° 1, 2022, p. 155-169. Sobre todo, véase recientemente Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira, “2024 dispute boards: A study on the worldwide use of dispute boards over the past six years”, Centre of Construction Law & Dispute Resolution, The Dickson Poon School of Law, King’s College London, 2024.

⁸³ *UTB LLC v Sheffield United Ltd* [2019] EWHC 2322 (Ch), para 202.

varying types, with different terms and varying degrees of detail and use of language, and to characterise them all as “relational contracts” may be in one sense accurate and yet in other ways liable to mislead. It is self-evidently not all long-term contracts that involve an enduring but undefined, cooperative relationship between the parties that will, as a matter of law, involve an obligation of good faith⁸⁴.

Además, con relación al cambio de circunstancias, bajo el derecho inglés una parte solo podrá liberarse del contrato si tiene éxito en probar *frustration*, salvo pacto en contra. Incluso una corte inglesa evaluará el pacto específico. Una cláusula de *force majeure* es más familiar para una corte inglesa que una cláusula *hardship* al estilo del *civil law*. Si se tratase de una cláusula *hardship* con renegociación o adaptación judicial, una corte inglesa la consideraría *unenforceable*. Asimismo, bajo el derecho inglés la buena fe es irrelevante ante un cambio de circunstancias, a diferencia del *civil law*. Precisamente por estos contornos estrictos del derecho inglés, la noción de *relational contracts* busca cierta flexibilidad para lograr la incorporación de la buena fe y así lidiar con circunstancias imprevistas en contratos a largo plazo⁸⁵.

Aunque la jurisprudencia inglesa no haya dado un paso firme y contundente en favor de los *relational contracts* y la buena fe, la historia es diferente en los modelos de contratos de construcción. En la práctica se observan cláusulas de buena fe de diversos tipos, algunos más intensos que otros. Es interesante observar la redacción de estas cláusulas y analizarlas críticamente bajo el derecho inglés, sobre todo en aquellos casos donde existe jurisprudencia que ha resuelto controversias sobre estos contratos de construcción. En general, se observa un avance en favor de la incorporación de la buena fe en contratos de construcción, sin embargo, la jurisprudencia inglesa aún mantiene su posición tradicional que ha puesto un freno a tales buenas intenciones.

⁸⁴ Véase el comentario de Shy Jackson, *Op. cit.*, p. 38-39.

⁸⁵ Lukas Klee, *International Construction Contract Law*, 2da edición, Wiley-Blackwell 2018, p. 80.

3.2. Modelo NEC (New Engineering Contract): la frase “mutual trust and co-operation”

La particularidad del Modelo NEC en torno a la buena fe es que no la menciona de manera expresa, sin embargo, hace recurso a otro método para cubrir situaciones que podrían entenderse que son conformes a la buena fe del *civil law*. El NEC3 y NEC4 se refieren a un “spirit of mutual trust and co-operation”⁸⁶. Es relevante notar que el fraseo del NEC está ausente en el FIDIC, otro modelo importante en el sector de la construcción⁸⁷.

La cláusula 10.1 del NEC3 señala lo siguiente:

The Employer, the Contractor, the Project Manager and the Supervisor shall act as stated in this contract and in a spirit of mutual trust and co-operation.

La cláusula 10 del NEC4 señala lo siguiente:

10.1. The Parties, the Project Manager and the Supervisor shall act as stated in this contract.

10.2 The Parties, the Project Manager, and the Supervisor act in a spirit of mutual trust and co-operation.

Al respecto, hay tres aspectos relevantes para comentar: (a) el alcance de las cláusulas NEC y su relación con la buena fe, (b) cómo entender una cláusula de mutua confianza y cooperación bajo el derecho inglés, y (c) lo que ha resuelto la jurisprudencia inglesa sobre las cláusulas NEC.

Primero, se observa que en ambos modelos se maneje la frase “spirit of mutual trust and co-operation” y no se refiere a la buena fe de manera

⁸⁶ Véase los comentarios de Sir Rupert Jackson, *Op. cit.*; Christie, *Op. cit.*; Bailey, *Op. cit.*, p. 25-26.

⁸⁷ Klee, *Op. cit.*, p. 596.

expresa. ¿Cuál sería la relación entre las cláusulas NEC y la buena fe del *civil law*? La cláusula NEC tiene un fraseo amplio y llamativo. ¿Es igual a la buena fe? Si uno mira a la buena fe desde sus funciones, podría argumentarse que las cláusulas 10.1 NEC3 y 10.2 NEC4 son una manifestación específica de la buena fe, en específico, una forma de confianza y cooperación⁸⁸. Por un lado, la confianza es sinónimo de la buena fe o están íntimamente vinculadas, como se observa en la *Treu und Glauben* del derecho alemán, que se trata de la buena fe aunque de una traducción literal significa “lealtad y fe”. Por otro lado, es común que en los derechos nacionales del *civil law*⁸⁹ o instrumentos internacionales de perfil civilista⁹⁰ se indique que el deber de cooperación tiene fundamento en la buena fe.

Además, se ha subrayado que la cláusula 10.1 NEC3 es la única disposición que impone un deber sobre las partes (“*shall*”) y con carácter general⁹¹. Este dato refuerza la tesis de que la cláusula NEC3 se refiere a la buena fe, aunque haya usado un disfraz distinto, y apoya la tesis colaborativa o de *partnership* sobre la naturaleza de los contratos NEC⁹² como *relational contract*.

Otro dato a resaltar es que el NEC4 divide en dos párrafos la provisión del NEC3⁹³. Esto podría ser visto como un intento de evitar que

⁸⁸ Véase, en general, Evaldas Klimas, “A general duty to co-operate in construction contracts? An international review”, *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 3, N° 1, 2011, p. 84.

⁸⁹ Sobre el derecho francés, véase Rosher, *Op. cit.*, pp. 149-150. Lo mismo se observa en jurisdicciones latinas como Perú, por ejemplo, influenciada por el derecho francés. Yuri Vega Mere, “Buena fe y renegociación del contrato”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 106, 2022, p. 103-111. Ciertamente, el derecho francés ha cambiado con el tiempo ya que en el siglo IX el *Code Civil* 1804 le daba prioridad al *pacta sunt servanda*, casi de manera tan escrita como lo hace el derecho inglés. Denis Tallon, “Le concept de bonne foi en droit français du contrat” en *Saggi, Conferenze e Seminari, Vol. 15*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero 1994.

⁹⁰ Véase los comentarios al artículo 5.1.3 de los Principios UNIDROIT.

⁹¹ Terrence Davies y Peter Newson Thurlow, “Good faith obligations in NEC contracts”, *Management, Procurement and Law*, Vol. 169, N° 4, 2016, p. 145.

⁹² Klee, *Op. cit.*, p. 581.

⁹³ Christie, *Op. cit.*, p. 410-411.

la “mutual trust and co-operation” esté subordinada al *pacta sunt servanda*. Después de la división, ambos propósitos estarían diferenciados y al mismo nivel. Algo similar ocurrió en el derecho francés. El original artículo 1134 del Código Napoleónico mencionaba en primer lugar al *pacta sunt servanda*, en segundo lugar a la santidad contractual, y finalmente a la buena fe. En consecuencia, se consideró que existía una jerarquía, por la cual, la buena fe estaba subordinada al *pacta sunt servanda*⁹⁴. Posteriormente, la reforma francesa del 2016 dividió al artículo 1134 en el actual artículo 1103 para el *pacta sunt servanda* y santidad contractual, y el artículo 1104 para la buena fe. Por ello, no puede omitirse la novedad del NEC4 de darle autonomía a la “mutual trust and co-operation”. Podría verse como un modelo que busca promover de manera más intensa la colaboración en contratos de construcción, a diferencia de otros. Al respecto, es necesario advertir que no se ha reportado jurisprudencia relevante sobre el NEC4, a diferencia del NEC3 como se ve más adelante.

En segundo lugar, las cláusulas NEC de mutua confianza y cooperación —o buena fe por extensión— podría tener sentido en una jurisdicción como Inglaterra, donde la buena fe no opera como norma por defecto. Pero bajo el derecho inglés una cláusula de cooperación debe superar la cuestión de *enforceability*. Por el contrario, una cláusula de mutua confianza y cooperación es innecesaria en jurisdicciones del *civil law* donde la buena fe tiene carácter imperativo o de orden público⁹⁵.

Si se incluye una cláusula de mutua confianza y cooperación en un contrato de construcción bajo derecho inglés, la misma tendría la función de incluir un deber específico bajo un contexto delimitado, y no una colaboración aplicable a todo el contrato y a cualquier conducta que las partes deban ejecutar según el acuerdo. Lo anterior podría funcionar si la cláusula es detallada. Sin embargo, el modelo NEC parece imponer

⁹⁴ Tallon, *Op. cit.*

⁹⁵ Por ejemplo, véase el artículo 1.7(2) de los Principios UNIDROIT y el artículo 1:201(2) PECL que indican que no se puede limitar o excluir el deber de buena fe. De manera similar, el artículo 1104 del Código Civil francés señala que la buena fe es una norma de orden público.

una colaboración general a todo el contrato. Tales cláusulas están redactadas al estilo de un deber general de cooperación del *civil law*⁹⁶, y bajo el derecho inglés, tales cláusulas tendrían los mismos problemas que una norma general de buena fe, esto es, serían *unenforceable*.

Algunos académicos⁹⁷ podrían explicar que en realidad existe un deber de cooperación bajo el derecho inglés. Sin embargo, ello debe ser tomado con cautela. A veces se identifican pronunciamientos de la jurisprudencia inglesa que podrían tener una lógica de cooperación, pero ello no significa que exista un deber general de cooperación propiamente dicho. Bajo el derecho inglés existen teorías específicas que ya proveen una solución; que algo tenga inspiración en la cooperación o buena fe es irrelevante si tales conceptos no tienen reconocimiento legal como deberes generales. Por ejemplo, el test de *implication* sirve para encontrar un término que le de eficacia comercial al contrato, y por ello, no es necesario acudir a un deber general de cooperación. Igual, el *duty of best endeavours* tiene un contenido conforme a la jurisprudencia inglesa y sirve para guiar las conductas que debe emprender una parte para conseguir un beneficio para la otra, de manera que no es necesario un deber de cooperación en abstracto.

Entonces, si se incluye una cláusula de mutua confianza y cooperación —o de buena fe— en un contrato de construcción sujeto al derecho inglés, la redacción debe ser precisa en su ámbito de aplicación para identificar a qué obligación se refiere, caso contrario, la cláusula será *unenforceable*. La cláusula NEC no cumple con tal requisito.

⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 5.1.3 de los Principios UNIDROIT señala “Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party’s obligations”, mientras el artículo 1:202 PECL indica “Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract”. Ello no es el enfoque que sigue el derecho inglés.

⁹⁷ Véase Catherine Pédamon y Radosveta Vassileva, “The ‘Duty to Cooperate’ in English and French Contract Law: One Channel, Two Distinct Views”, *Journal of Comparative Law*, Vol. 14, N° 1, 2019, pp. 1-25.

En tercer lugar, aunque el modelo NEC intente promover la “mutual trust and co-operation”, incluso con mayor intensidad en el NEC4, la jurisprudencia se mantiene firme en favor del enfoque tradicional inglés, lo cual se opone al modelo NEC.

En *Costain v Tarmac*⁹⁸ se discutió sobre la cláusula 10.1 NEC3. La controversia consistió en la interpretación de la cláusula 93 del contrato que tenía plazos estrictos para iniciar una adjudicación o arbitraje, y en el hecho que una parte no habría aclarado a la otra sobre la naturaleza y ámbito de aplicación de tal cláusula. La corte indicó que la cláusula 10.1 requiere cooperación efectiva, sin embargo, la misma no puede llegar hasta el punto de evitar que una parte persiga sus propios intereses⁹⁹:

Taking the obligation of mutual trust and co-operation (or even good faith) at its highest, it meant that, in the present case, the defendant could not do or say anything which lulled the claimant into falsely believing that the time bar in clause 93 was either non-operative or would not be relied on in this case. For this purpose, I am also prepared to accept that this obligation would go further than the negative obligation not to do or say anything that might mislead; it would extend to a positive obligation on the part of the defendant to correct a false assumption obviously being made by the claimant, either that clause 93 was not going to be operated or that the time bar provision was not going to be relied on. But beyond that, on any view of clause 10.1, there can have been no further obligation, because otherwise the provision would have required the defendant to put aside its own self-interest.

De manera similar, en *Mears Ltd v Shoreline Housing Partnership Ltd*¹⁰⁰ la High Court se pronunció sobre la cláusula 10.1 NEC3 e indicó que la

⁹⁸ *Costain v Tarmac* [2017] EWHC 319 (TCC).

⁹⁹ Véase el comentario de Sir Rupert Jackson, *Op. cit.* Sobre la cláusula 10.1 NEC3 hay jurisprudencia escocesa en otro sentido. Por ejemplo, véase *Van Oord UK Ltd v Dragados UK Ltd* [2021] CSIH 50 donde la corte dijo que “Clause 10.1 is not merely an avowal of aspiration. Instead, it reflects and reinforces the general principle of good faith in contract”. Ciertamente, la jurisprudencia inglesa no ha sido tan optimista en ese sentido.

¹⁰⁰ *Mears Ltd v Shoreline Housing Partnership Ltd* [2015] EWHC 1396 (TCC), para 70. Véase el comentario de Shy Jackson, *Op. cit.*, p. 42-43.

misma no puede impedir que las partes se valgan de las cláusulas expresas del contrato:

However, I am, further, not satisfied that there would be any such implied term or that the obligation to act in a spirit of mutual trust and cooperation or even in a “partnering way” would prevent either party from relying on any express terms of the contract freely entered into by each party.

Estos pronunciamientos, además de graficar el limitado rol de la buena fe bajo el modelo NEC, sirven para aclarar —en retrospectiva— el uso del término “trust” en las cláusulas NEC. Alguien podría argumentar que existiría un deber fiduciario. Sin embargo, la jurisprudencia inglesa aclara que las cláusulas NEC no pueden llegar al punto de hacer que una parte subordine sus intereses frente a la otra. Por ello, la frase “mutual trust and co-operation” debe ser entendida como un deber contractual, no uno fiduciario.

En resumen, se observa un intento en el modelo NEC de promover la naturaleza colaborativa o de *partnership* de los contratos de construcción. Sin embargo, bajo el derecho inglés un pacto de “mutual trust and co-operation” solo puede ser operativo si la cláusula se refiere a una obligación específica. Si la cláusula es general será *unenforceable*. Si la cláusula es específica, aplicará de manera limitada y no podrá ser usada para que una parte incumpla lo pactado en el contrato o para subordinar el propio interés en beneficio del interés del otro.

3.3. Modelo JCT (Joint Contracts Tribunal): “good faith” presente

A diferencia del modelo NEC, en las cláusulas JCT se hace expresa referencia a la buena fe. La cláusula 2.1 del JCT Constructing Excellence Contract CE/P 2011 requiere lo siguiente:

[to] work together with each other and with all other Project Participants in a co-operative and collaborative manner in good faith and in the spirit of mutual trust and respect.

Además, la cláusula 1 del Schedule 8 (Supplemental Provisions) del JCT SBC/2011 indica lo siguiente:

The Parties shall work with each other and with other project team members in a co-operative and collaborative manner, in good faith and in a spirit of trust and respect. To that end, each shall support collaborative behaviour and address behaviour which is not collaborative.

En general, las cláusulas JCT tienen una redacción similar a las cláusulas NEC porque requieren confianza y colaboración, aunque se hace uso de un fraseo distinto que mezcla diversos términos como “co-operative”, “collaborative”, “trust”, “respect” y “good faith”. El uso excesivo de términos similares tendría la intención de resaltar la naturaleza colaborativa o de *partnership* del contrato de construcción. Incluso las cláusulas vinculan a las partes entre ellas y también frente a otros miembros del proyecto, lo cual refuerza la tesis mencionada.

De manera similar a las cláusulas JCT, otros modelos también promueven el *partnership* a través de la buena fe, incluso frente a los subcontratistas, y agregan el término “fairly”¹⁰¹. Por ejemplo, la cláusula 1A de las Conditions of Contract GC/Works/1 señala que:

The Employer and the Contractor shall deal fairly, in good faith and in mutual co-operation, with one another, and the Contractor shall deal fairly, in good faith and in mutual co-operation, with all his subcontractors and suppliers.

Igualmente, la cláusula 2 del Perform 21 Partnering Agreement (2004) indica que:

¹⁰¹ David Mosey, *Early Contractor Involvement in Building Procurement. Contracts, Partnership and Project Management*, Wiley-Blackwell 2009, pp. 170-171.

All Partners will deal fairly with each other and work together in a spirit of mutual trust, good faith and cooperation and apply their agreed expertise in relation to the project.

En general, las cláusulas citadas hacen expresa referencia a la buena fe, y para reforzar la intención colaborativa, se agregan otros términos de significado similar. Ante ello, ¿se puede decir que las cláusulas JCT —por ejemplo— promueven mayor colaboración que las cláusulas NEC? ¿Las diferencias advertidas afectan el contenido de la cláusula o se trata de redacciones equivalentes? Para empezar, volvemos a la cuestión de *enforceability* de la cláusula en cuestión. Bajo el derecho inglés, una cláusula JCT sobre buena fe sería más susceptible de ser cuestionada porque hace referencia a la buena fe, que es rechazada, y a otros términos ambiguos. En otras palabras, la cláusula generaría un efecto perjudicial para ella misma por su excesiva redacción.

Sobre todo, bajo *Arnold v Britton*¹⁰² se requiere una interpretación textual en contratos comerciales. En este sentido, uno podría preguntarse si una cláusula de buena fe que menciona la “co-operation”, “collaboration”, “respect” y “trust” agregaría algo distinto a lo que ya señala la cláusula cuando se refiere a la buena fe. Una corte inglesa podría considerar a todos los términos como sinónimos y equivalentes y, en consecuencia, leería a las cláusulas JCT como cláusulas de buena fe a secas. Bajo esta perspectiva, si se sigue la tesis de que la buena fe sirve para asegurar que las partes no se desvíen del contrato y respeten las razonables expectativas de las partes¹⁰³, la buena fe no podría ser usada para contravenir el contrato o impedir que una parte persiga sus propios intereses, a diferencia del *civil law*.

Por lo anterior, la referencia a la buena fe en una cláusula del contrato no debería ser problemática bajo el derecho inglés. Bajo un primer

¹⁰² *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36; [2015] AC 1619.

¹⁰³ Véase Johan Steyn, “Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men”, *The Law Quarterly Review*, Vol. 113, 1997, pp. 433-442.

escenario la cláusula de buena fe sería *unenforceable* si es general y ambigua. Una segunda opción sería que la cláusula fuera *enforceable* dentro de un contexto limitado, pero bajo este contexto, no podría ser usada para contravenir el acuerdo de las partes sino para asegurar que las partes sigan la letra del contrato.

3.4. Modelo PPC (Project Partnership Contracts): ¿Hasta “for the benefit of the project”?

El modelo PPC no hace referencia expresa a la buena fe, sin embargo, tiene una redacción que podría interpretarse en un sentido similar, e incluso llegar más lejos. La cláusula 1.3 del PPC2000 Partnering Terms señala lo siguiente:

The Partnering Team members shall work together and individually in the spirit of trust, fairness and mutual cooperation for the benefit of the Project, within the scope of their agreed roles, expertise and responsibilities as stated in the Partnering Documents¹⁰⁴.

Lo más llamativo de la cláusula PPC es el fraseo “for the benefit of the project”, que está ausente en las cláusulas NEC y JCT. Tal mención podría darle un contenido distinto a la cláusula de buena fe en comparación a otros modelos equivalentes. Lo primero a discutir es si “for the benefit of the project” crearía un deber fiduciario que haga que las partes deban subordinar sus propios intereses en favor del interés del proyecto, como un interés *supra*-contractual por encima de las mismas partes del contrato. Lo anterior no significa que las partes no puedan perseguir sus propios intereses, pero en caso haya un conflicto, deberá primarse la solución que beneficie al proyecto, incluso si ello supone que una parte deba frustrar su propio interés.

¹⁰⁴ El Framework Alliance Contract (FAC-1) tiene una redacción similar que requiere “[to] work together and individually in the spirit of trust, fairness and collaboration”. Véase el comentario de Mosey, “Good faith in English construction law”, *Op. cit.*

Al respecto, Christie, Saintier y Viven-Wilksch han categorizado el sentimiento predominante en los contratos de construcción como *party-centric approach*, y que se debería cambiar hacia un *project-centric approach* en base a los avances de la jurisprudencia inglesa sobre los *relational contracts* y *good faith*. El *project-centric approach* busca diferenciar los intereses particulares de las partes del interés del contrato o proyecto, con el fin de promover el último en la interpretación del contrato¹⁰⁵. Ciertamente, una cláusula de “for the benefit of the project” apuntaría en ese sentido.

De inmediato, surge una primera cuestión: ¿estará la jurisprudencia inglesa preparada para darle un contenido más amplio al modelo PPC a diferencia del NEC y JCT? Si se llega a concluir que la cláusula PPC crea un deber fiduciario, una corte inglesa no podría seguir lo dispuesto en *Costain v Tarmac* y *Mears Ltd v Shoreline Housing Partnership Ltd* porque tales casos fueron resueltos en base a cláusulas que crearon deberes contractuales. Distinto es el caso si se concluye que por acuerdo las partes han creado un deber fiduciario para subordinar sus intereses en favor del interés del proyecto.

Sobre todo, si la cláusula PPC crea un deber fiduciario, la misma buena fe del *civil law* sería de poca ayuda. Ya no se trataría de una buena fe contractual sino de una buena fe fiduciario, la cual se acerca al derecho corporativo. Bajo el derecho inglés, este deber es más estricto en base a las reglas “*no conflict*” y “*no profit*”¹⁰⁶. Para tal efecto, sería relevante la

¹⁰⁵ Christie, Saintier y Viven-Wilksch, *Op. cit.*, p. 289-290. Entre los casos que se listan como fundamento del *project-centric approach* están *Al Nebayan v Kent* [2018] EWHC 333 (Comm) (22 February 2018); *Amey Birmingham Highways Ltd v Birmingham City Council* [2018] EWCA Civ 264; *Bates v Post Office Ltd* [2019] EWHC (606) QB. También se incluye como antecedentes jurisprudencia de otras jurisdicciones del *common law* como *Renard Construction v Minister for Public Works* [1992] 26 NSWLR 234 de la New South Wales Court of Appeal, *Overlook v Foxtel* [2002] NSWSC 17 de la New South Wales Supreme Court, *Automasters Australia Pty Ltd v Bruness Pty Ltd* [2002] WASC 286 de la Western Australian Supreme Court, entre otros.

¹⁰⁶ Véase Julian Velasco, “Fiduciary principles in corporate law” en Evan J. Criddle, Paul B. Miller y Robert H. Sitkoff (eds), *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, Oxford University Press 2019, p. 61-78.

sección 172(1) del Company Act 2006¹⁰⁷, que indica “A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole [...]”¹⁰⁸.

Teniendo en consideración lo anterior, surgen más dudas sobre cuál sería el contenido de la cláusula “for the benefit of the project”. La cláusula PPC debe ser vista con cautela y recaerá sobre las partes la responsabilidad de aclarar su contenido, caso contrario, las partes podrían autoimponerse un sacrificio indeseado. Bajo estándares comerciales razonables, es raro que las partes entren en un contrato donde sus intereses estén subordinados a un interés superior, como si se tratase de la buena fe del derecho corporativo sobre los deberes fiduciarios de un director. Por ello, en base a la jurisprudencia inglesa, se puede dudar con justificación si realmente un fraseo como el de la cláusula PPC es suficiente para concluir que se crea un deber fiduciario en favor del proyecto¹⁰⁹.

Mosey explicaba que los contratos marco no describen sistemas contractuales para la creación de valor, para compartir información, para un manejo conjunto de riesgos y el desarrollo de relaciones estratégicas, y que el uso de la buena fe no es suficiente para crear un ambiente de colaboración en relaciones a largo plazo¹¹⁰. En general, es claro que se

¹⁰⁷ Sobre este tema, véase Luca Cerioni, “The success of the company in s. 172(1) of the UK Companies Act 2006: Towards an ‘enlightened director’s primary?’”, *Original Law Review*, Vol. 1, N° 1, 2008, p. 1-31; Andrew Keay, “The duty to promote the success of the company: is it fit for purpose in a post-financial crisis world?” en Joan Loughrey (ed), *Director’s duties and shareholder litigation in the wake of the financial crisis*, Edward Elgar Publishing 2012.

¹⁰⁸ De manera más amplia sobre la buena fe como deber fiduciario en el derecho societario, véase Melvin Eisenberg, “The duty of good faith in American corporate law”, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1, 2006, p. 1-44; Leo E. Strine, Lawrence A. Hammersh, R. Franklin Balotti y Jeffrey M. Gorris, “Loyalty’s core demand: The defining role of good faith in corporation law”, *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper* N° 630, 3/2009, p. 1-93.

¹⁰⁹ Por ejemplo, en *Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd* [2014] EWHC 752 (TCC) se consideró que el pacto de cumplir “with partnering principles” y “good industry practice” no era suficiente para concluir que había un *implied obligation of good faith* o un deber fiduciario de una parte hacia la otra. Véase el comentario de Sir Rupert Jackson, *Op. cit.*

¹¹⁰ David Mosey, *Constructing the Gold Standard. An Independent Review of Public Sector Construction Frameworks*, Centre of Construction Law, King’s College London 2021, p. 24.

requiere mayor colaboración en contratos de construcción, pero también es cierto que no puede usarse cualquier camino legal, menos bajo el derecho inglés. El recurso a un deber fiduciario o *project-centric approach* en los contratos de construcción suena mejor para el *civil law*, pero aún es muy prematuro para considerarlo compatible bajo el derecho inglés.

3.5. Deberes sobre toma de decisiones

En la sección 2.6 *supra* expliqué sobre la función de la buena fe como calificador. Tal rol podría ser relevante en contratos de construcción si funciona de manera similar al estándar de razonabilidad.

Cuando una parte, o incluso un tercero, debe tomar una decisión para suplementar un término al contrato, se hace recurso a la razonabilidad para que la parte que debe tomar una decisión no realice cualquier juicio de valor. Para guiar el proceso cognitivo, y sin necesidad de entrar en mucho detalle en la cláusula respectiva, se podría indicar que la parte debe realizar un juicio razonable o conforme a la buena fe si es ejecutada de manera objetiva.

Por ejemplo, la corte de apelaciones en *Socimer International Bank Ltd v Standard Bank London Ltd*¹¹¹ sobre un *forward sales agreement* indicó si una parte debe ejercer una discreción, debe hacerlo de buena fe y sin abuso:

[A] decision maker's discretion will be limited, as a matter of necessary implication, by concepts of honesty, good faith and genuineness, and the need for the absence of arbitrariness, capriciousness, perversity and irrationality. The concern is that the discretion should not be abused¹¹².

¹¹¹ *Socimer International Bank Ltd v Standard Bank London Ltd* [2008] EWCA Civ 116 at 66. Véase el comentario de Barry Donnelly, “*Socimer International Bank v Standard Bank* ten years on: the enduring lessons”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, February 2018, p. 87-90; Barry Donnelly y Jonathan Pratt, “Are you obliged to act reasonably?”, *The In-House Lawyer*, June 2013, p. 20-22.

¹¹² Para otros fallos en sentido similar para el ejercicio de discreciones, véase *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (contrato de trabajo); *Paragon Finance plc v Nash* [2001] EWCA Civ 1466 (hipoteca).

Sin embargo, la buena fe no podría ir en contra de lo pactado en el contrato. En *TSG Building Services v South Anglia Housing Limited*¹¹³ se resolvió sobre la aplicación de la cláusula 1.1 del TPC2005 (Term Partnering Contract) que requiere a las partes “[to] work together and individually in the spirit of trust, fairness and mutual cooperation”. Se indicó que la cláusula 1.1 no era impedimento para que una parte ejerciera la cláusula 13.3 del contrato que permitía terminarlo por cualquier razón o sin razón. También se indicó que incluso si se aceptara que había un *implied term of good faith*, ello no restringiría el ejercicio de la cláusula 13.3.

I do not consider that there was as such an implied term of good faith in the Contract. The parties had gone as far as they wanted in expressing terms in Clause 1.1 about how they were to work together in a spirit of ‘trust fairness and mutual cooperation’ and to act reasonably. Even if there was some implied term of good faith, it would not and could not circumscribe or restrict what the parties had expressly agreed in Clause 13.3, which was in effect that either of them for no, good or bad reason could terminate at any time before the term of four years was completed.

Si una parte debe tomar una decisión sobre si ejerce una discreción contractual y la cláusula es muy liberal, la buena fe no podrá ser usada para ir en contra del pacto o limitar el juicio de la parte en cuyo favor se pactó el derecho. La buena fe no puede ir tan lejos. *TSG Building Services* garantiza la certeza que promueve el derecho inglés. Si el pronunciamiento hubiera sido otro, cualquier ejercicio a voluntad de una discreción contractual podría ser cuestionado y ello promovería la interposición de litigios oportunistas. Distinto es en el *civil law*, donde es usual que la buena fe sea invocada para restringir a las discreciones contractuales, incluso para limitar lo pactado en el contrato¹¹⁴.

¹¹³ *TSG Building Services v South Anglia Housing Limited* [2013] 1151 (TCC). Véase el comentario de Mosey, Ob. Cit, “Good faith in English construction law”; Klee, *Op. cit.*, pp. 82-84.

¹¹⁴ Klee, *Op. cit.*, p. 91-92 (incluso se reporta cómo ese problema es afrontado en otras jurisdicciones del *common law*, que parecen manejar un enfoque más cercano al *civil law*).

Entonces, si la buena fe tuviera algún rol en contratos de construcción, sería como garantizar que las discreciones contractuales sean ejercidas de manera razonable. La buena fe no podría ser usada para impedir el ejercicio de un derecho libremente incluido en el contrato.

4. REFLEXIONES FINALES

¿Hacia dónde apunta el futuro de la buena fe para el derecho contractual de la construcción?¹¹⁵ Hay muchos intentos de promover un marco colaborativo para los contratos de construcción, sin embargo, aún quedan dudas sobre la vía legal para lograrlo. Por un lado, es razonable asumir que las partes preferirán un sistema que les permita negociar a bajo costos de transacción y solucionar disputas de manera rápida y eficaz. Ciertamente el derecho inglés promueve este sistema; asumir lo contrario sería contra intuitivo¹¹⁶. Bajo este escenario, uno podría pensar sin mayor reflexión que los *relational contracts* y buena fe son necesarios. Sin embargo, uno debe ser cuidadoso con el camino legal elegido para lograr el propósito deseado. No todos los medios justifican el fin deseado.

Bajo el derecho inglés, si se quiere más colaboración en contratos de construcción, no es necesario incorporar conceptos ambiguos o involucrar a las cortes en el contrato. Si las partes quieren más colaboración, ellas mismas deben incluir en el contrato medios específicos que les permitan colaborar entre ellas. La respuesta —en realidad— es más sencilla de lo que uno podría imaginar. Las partes mismas son las que deben colaborar entre ellas, no una corte. Para ello, pueden crear mecanismos contractuales que les generen incentivos para colaborar. En virtud de la libertad contractual las partes pueden ajustar las cláusulas del contrato.

¹¹⁵ Reflexiones similares son habituales en el sector de la construcción. Véase John Uff, “Is the construction industry waving or drowning?”, KCCLA Sweet & Maxwell 20th Annual Lecture, King’s College 2017, p. 1-17

¹¹⁶ Steyn, “The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy”, *Op. cit.*, 131.

Sin embargo, la libertad contractual no puede omitir el rol fiscalizador o de policía del derecho inglés para asegurar certeza: si las partes incluyen cláusulas generales sin contenido —por ejemplo, de cooperación o buena fe—, las mismas serán *unenforceables*. De esta manera, el derecho inglés genera los incentivos adecuados para que las partes incluyan cláusulas específicas en sus contratos. Si las partes saben que ciertas cláusulas generales no tendrán valor legal, procederán a redactar cláusulas específicas de *force majeure*, *hardship*, *differing site conditions*, entre otras. Por ello, es correcto que el derecho inglés mire de reojo a la renegociación y la buena fe. No es el mejor camino porque genera incertidumbre.

Al respecto, una lectura conservadora la tiene Chen-Wishart cuando explica que la buena fe en el derecho contractual puede tomar diferentes formas, como un pájaro carpintero que pueda hacer huecos en el derecho o moldearlo, o un toro de carga que pueda destruirlo. Para evitar lo anterior, bajo el derecho inglés la buena fe es como una tortuga humilde: alguna función podría cumplir, pero no debe haber mucho entusiasmo porque cualquier cambio tomará mucho tiempo.

[...] arguing for the recognition of good faith might seem radical. Nonetheless, I hope it is clear that by rejecting the charging bull and the relentless woodpecker, and embracing the measured tortoise, my thesis is relatively conservative. It presses for no departure from the orthodox case-by-case incrementalism of the common law. It turns out we have been practising good faith all along. Lastly, evolution —and not revolution— has always been the name of the game in the common law. The pace of incremental development will depend on political, cultural, and even commercial considerations. The slow, humble, steady and measured tortoise can go far. However, it need not go far and certainly, it would not do so in a hurry¹¹⁷.

La analogía de Chen-Wishart explica muy bien la discusión sobre la buena fe en el derecho inglés para los contratos comerciales en general y para los contratos de construcción en particular.

¹¹⁷ Chen-Wishart, *Op. cit.*, p. 12.

Considerando la filosofía del derecho inglés, las cláusulas de los formatos de contratos de construcción (NEC, JCT, PPC, etc.) no pueden ser contraproducentes e intentar incorporar un deber general de cooperación o buena fe, o incluso un deber fiduciario. Si ello ocurre, el derecho inglés aplicará su rol de fiscalización o policía. Si las partes quieren cooperación, la forma de cooperar es redactando cláusulas específicas. Una manifestación de la buena fe sería como calificador de deberes, de manera similar como funciona la razonabilidad. Este sería un rol modesto y humilde de la buena fe, compatible con el derecho inglés.

Aunque el derecho inglés pueda parecer ajeno al *civil law*, mucho de lo que se ha dicho acá es de mucha utilidad para Europa y Latinoamérica, por ejemplo. La buena fe es importante en el *civil law*, pero muchas veces promueve la aplicación ociosa del derecho, genera incertidumbre y facilita comportamientos oportunistas. Como explicaban Zimmermann y Whittaker¹¹⁸, ya llegó un punto en el *civil law* donde la buena fe ha sido usada con tanto exceso que ahora es necesario promover su desuso y facilitar la creación de doctrinas específicas.

El derecho inglés tiene diversas características que promueven la libertad contractual y certeza jurídica, a diferencia del *civil law* que prefiere por un enfoque solidario y equitativo. Para empezar, el derecho inglés rechaza a la buena fe en los contratos comerciales. Esto significa que se marca una clara diferencia entre los contratos negociados en igualdad de condiciones de aquellos donde existe una parte débil como un consumidor. En el primer escenario, las partes deben saber en todo momento “dónde están paradas” en relaciones a sus derechos y obligaciones. No puede usarse conceptos generales para afectar el acuerdo. Incluso si ocurriese una circunstancia imprevista, la pérdida queda donde está a menos que el contrato disponga lo contrario. La corte no debe corregir el contrato. Prima la certeza por encima de la “justicia” del caso concreto. En todo caso, conceptos como la buena fe podría tener más sentido en una

¹¹⁸ Zimmermann y Whittaker, *Op. cit.*

relación de consumo, sin embargo, el recurso a la buena fe no debe ser excesivo ni repetitivo.

El esquema anterior permanece vigente, a pesar de cierta jurisprudencia que intenta darle mayor peso a la noción de *relational contract* y buena fe. El *implied duty of good faith* suena mejor en el papel que en la práctica. El test de *implication* cumple un propósito de razonabilidad comercial, no de solidarismo o equidad. Sobre todo, bajo el derecho inglés se prefiere soluciones específicas en lugar de usar un concepto general como la buena fe, y si se admite un pacto de buena fe, la misma no puede ser un deber para todo el contrato sino para una obligación específica. Entonces, pensar en un *implied term by fact* inspirado en la buena fe no soluciona un problema porque sigue siendo un deber general sin contenido.

Aún queda mucho por decir sobre la buena fe en contratos de construcción bajo el derecho inglés y para el *civil law*. Por el momento, el derecho inglés mantiene el respeto del acuerdo y esto es deseable, a pesar de toda la discusión e intentos de cambiar el enfoque hacia uno más compatible con el *civil law*. El desarrollo del derecho inglés es muy ilustrativo sobre cómo un derecho no necesita de la buena fe para ser una potencia en la contratación internacional.

DAÑOS POR DEMORA Y CONDICIONES DE LA OBRA: CONTRASTES ENTRE EL DERECHO INGLÉS Y EL AMERICANO *

Julian Bailey **

Stephen A. Hess ***

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú – University of Manchester). Publicado originalmente como Julian Bailey y Stephen A. Hess, “Delay Damages and Site Conditions: Contrasts in US and English Law”, *Construction Lawyer*, Vol. 35, N° 3, 2015, p. 6-47. Este artículo se basa en un seminario conjunto del Foro sobre Derecho de la Construcción de la American Bar Association y la Society of Construction Law, celebrado en Londres el 3 de marzo de 2015.

** Julian Bailey asesora en proyectos internacionales de construcción e infraestructuras en los sectores del transporte, petróleo y gas, energía (incluidas las renovables), petroquímica, comercio minorista, vivienda, turismo, sanidad, minería, marina, seguros y defensa. Ha representado a gobiernos soberanos, promotores y contratistas en proyectos y litigios de construcción e ingeniería. Antes de incorporarse a Jones Day en 2023, Julian representó a un contratista internacional en un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) relativo a un proyecto portuario en Irak; un contratista internacional EPC (ingeniería, suministro y construcción) de energía solar fotovoltaica en un arbitraje de la CCI relativo a un proyecto en Egipto; un contratista europeo relativo a un interconector de gasoductos en el sudeste de Europa; un contratista internacional relativo a un proyecto portuario en Marruecos; un contratista europeo en un procedimiento ante la Corte Suprema del Reino Unido relativo a un proyecto de energía hidroeléctrica; una empresa franco-noruega en un litigio ante la Corte Suprema de Irlanda del Norte y en un arbitraje relativo a un interconector eléctrico submarino; una empresa multinacional de ingeniería en un arbitraje en Qatar relativo a retrasos y perturbaciones en la construcción y puesta en servicio de una central eléctrica de gas; y una filial de una compañía petrolera nacional en un litigio relativo a la construcción de infraestructuras terrestres para una instalación de GNL (gas natural licuado). Julian fue presidente de la Society of Construction Law (Reino Unido) de 2015 a 2016, el principal organismo del sector del derecho de la construcción. También es autor de *Construction Law*, un texto general en tres volúmenes sobre el derecho de la construcción tal y como se aplica en Inglaterra, Australia, Hong Kong y Singapur, con una perspectiva internacional. Es profesor visitante en la Dickson Poon School of Law, King's College London y es profesor adjunto de Derecho en la Hamad bin Khalifa University, Doha, Qatar.

*** Stephen A. Hess es un distinguido abogado, educador y académico cuya práctica abarca dos áreas muy diferentes: el derecho de la construcción y el derecho deportivo olímpico e internacional. En el ámbito de la construcción, es Consejero General de Colarelli Construction, Inc, un importante contratista general con sede en Colorado Springs. Además, asesora a clientes selectos en asuntos de derecho de la construcción y representa a un pequeño número de partes en arbitrajes y litigios sobre disputas de construcción. También actúa como árbitro neutral en

En una ocasión, un aspirante a abogado, John Brockman, preguntó a Abraham Lincoln cómo debía proceder para aprender derecho. La breve respuesta de Lincoln fue la siguiente:

Estimado Señor:

Recibimos su pregunta del 24^o sobre “el mejor modo de obtener un conocimiento profundo de la ley”. El modo es muy sencillo, aunque laborioso y tedioso. Solo hay que conseguir los libros, leerlos y estudiarlos detenidamente. Comience con los Comentarios de Blackstone, y después de leerlos detenidamente, digamos dos veces, tome Chitty's Pleading, Greenleaf's Evidence, & Story's Equity &c. sucesivamente. Trabajo, trabajo, trabajo, es lo principal.

Atentamente

A. Lincoln¹.

El mensaje principal —“trabajen, trabajen, trabajen”— es tan relevante hoy como lo fue en la América de *antebellum*. Pero lo que también llama la atención, y puede que incluso sorprenda a nuestras formas modernas, es la referencia de Lincoln a los principales tratados ingleses como fuentes de derecho y aprendizaje para los abogados estadounidenses.

Los *Commentaries on the Laws of England* de Sir William Blackstone llevaban casi un siglo publicándose. Y no cabe duda de que una obra exhaustiva sobre el derecho inglés sería esencial para cualquier abogado estadounidense prerrevolucionario, pero tal vez cabría esperar que su relevancia disminuyera significativamente en los años que siguieron a la

la mediación y arbitraje de disputas de construcción. Participa activamente en el derecho deportivo olímpico e internacional, en el que asesora a muchos organismos rectores nacionales sobre las numerosas cuestiones empresariales y de derecho deportivo a las que se enfrentan. También trabaja como jurista para dos federaciones internacionales y asesora activamente a asociaciones en relación con programas y cuestiones de integridad deportiva.

¹ Carta de Abraham Lincoln a John M. Brockman (25 de septiembre de 1860), en Roy P. Basler (ed), *The Collected Works of Abraham Lincoln*, Rutgers University Press 1953.

independencia. Por otra parte, el *Treatise on Pleading* de Joseph Chitty —publicado por primera vez en Inglaterra en 1808— no solo había viajado desde la vieja Inglaterra a sus antiguas colonias norteamericanas, sino que se había consolidado como una guía esencial para todo abogado litigante.

Lo que se evidencia en la breve misiva de Lincoln es el vínculo perdurable entre el derecho inglés y las leyes de Estados Unidos. Esto suscita la pregunta: ¿Hasta qué punto son cercanos o divergentes los caminos que ha seguido el derecho en ambas naciones en las décadas posteriores?

La tarea de comparar las legislaciones inglesa y estadounidense sería provechosa aunque agotadora, y en ella un abogado estadounidense encontraría mucho de lo que reconoce en la legislación inglesa, y viceversa. Nuestra tarea, sin embargo, no consiste en destacar áreas del derecho de la construcción americano e inglés en las que existen puntos en común, sino todo lo contrario. En este artículo pretendemos abordar dos aspectos del derecho de la construcción en Estados Unidos e Inglaterra en los que se han desarrollado divergencias.

La primera se refiere a las cláusulas de “no daño por retraso” —*no damage for delay* (también denominadas “no indemnización por retraso”— *no damages for delay*). Estas cláusulas son bien conocidas por los abogados de la construcción estadounidenses, pero son inusuales en los contratos ingleses. Dadas sus consecuencias potencialmente graves, en Estados Unidos se han planteado cuestiones relativas a la aplicabilidad de dichas cláusulas. Analizaremos estas cuestiones de aplicabilidad, así como la forma de abordarlas desde una perspectiva inglesa.

El segundo surge de un problema común en los proyectos de construcción e ingeniería. Si un contratista celebra un contrato para construir una estructura de acuerdo con el diseño preparado en nombre del empleador (o “propietario”, como lo denominan los estadounidenses),

¿tiene derecho el contratista a una compensación en caso de que el diseño contenga errores derivados de una consideración inadecuada de las condiciones del lugar, o cuando las condiciones del subsuelo difieran de las previstas por el contratista? Como veremos, las respuestas a esta pregunta en el derecho estadounidense y en el inglés son diferentes.

1. NO INDEMNIZACIÓN POR RETRASO

1.1. “El” enfoque estadounidense

Resulta interesante tratar de caracterizar “el” derecho estadounidense en relación con un tema concreto, porque la expresión “el” derecho estadounidense es intrínsecamente engañosa. El derecho contractual se formula en 51 jurisdicciones diferentes —los 50 estados más el gobierno federal— y algunos temas, como el tratamiento de las diferentes condiciones de las obras, encuentran una feliz armonía entre esas jurisdicciones. Por otra parte, el tratamiento de las cláusulas de “no indemnización por retraso” ofrece al estudioso del derecho comparado una amplia oportunidad de experimentar el *common law* estadounidense en sus contrastes internos más vívidos. Como veremos, las cortes estadounidenses no se ponen de acuerdo en absoluto sobre los detalles de la aplicabilidad de las cláusulas “no indemnización por retraso”. De hecho, la American Bar Association encontró tantas diferencias en el tratamiento de las cláusulas “no indemnización por retraso” que se vio obligada a encargar un voluminoso tratado sobre este tema².

No obstante, el amplio estudio de las cláusulas “no indemnización por retraso” es un emprendimiento provechoso a efectos de comparar dichas cláusulas con la forma en que el derecho inglés trata los daños por demora. Como se presagiaba en la introducción, comenzamos nuestro examen con un punto común en el derecho inglés y estadounidense:

² Véase Richard G. Lowe, *State Monograph on the Enforceability of “No Damages For Delay Clauses”*: *A Report of the Subcommittee on Survey of State Laws for the Construction Industry*, Am. Bar Ass'n 1998. Esta investigación ocupó 371 páginas.

las limitaciones de los daños en ausencia de disposiciones contractuales expresas. A continuación, revisaremos la aplicabilidad general de las limitaciones contractuales a los daños por demora e identificaremos algunos de los principales puntos de controversia entre las cortes estadounidenses.

a) *La vida sin cláusulas de “no daño por retraso”*

El contraste obvio con una norma en virtud de la cual una parte no puede recuperar los daños ocasionados por retrasos atribuidos a la conducta de la otra parte es una norma en virtud de la cual dichos daños *son* recuperables. Pero, ¿qué daños exactamente? La deducción de que todos los daños causados por tales retrasos son lícitos para el litigante es demasiado amplia, y lo ha sido desde mediados del siglo XIX. En 1854, en un caso que ha suscitado tantas opiniones judiciales como la cara de Helena de Troya a los barcos³, el Barón Alderson escribió:

Ahora bien, creemos que la regla adecuada en un caso como el presente es la siguiente: Cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños y perjuicios que la otra parte debe recibir por dicho incumplimiento del contrato deben ser aquellos que justa y razonablemente puedan considerarse como derivados naturalmente, es decir, según el curso habitual de las cosas, de dicho incumplimiento del contrato en sí mismo, o aquellos que razonablemente pueda suponerse que ambas partes contemplaban, en el momento en que celebraron el contrato, como el resultado probable del incumplimiento del mismo. Ahora bien, si las circunstancias especiales en las que se celebró el contrato fueron comunicadas por los demandantes a los demandados y, por tanto, conocidas por ambas partes, los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de dicho contrato, que razonablemente contemplarían, serían la cuantía del perjuicio que ordinariamente se derivaría del incumplimiento de un contrato en esas circunstancias especiales conocidas y comunicadas. Pero, por otra parte, si estas circunstancias especiales fueran totalmente desconocidas para la parte que rompe el contrato, solo

³ Con disculpas a Christopher Marlowe.

podría suponerse que, a lo sumo, ha tenido en cuenta la cuantía del perjuicio que se derivaría en general, y en la gran multitud de casos no afectados por ninguna circunstancia especial, de tal incumplimiento de contrato. Porque, si se hubieran conocido las circunstancias especiales, las partes podrían haber previsto especialmente el incumplimiento del contrato mediante cláusulas especiales en cuanto a los daños y perjuicios en ese caso; y sería muy injusto privarlas de esta ventaja⁴.

Así, pues, la regla de *Hadley v. Baxendale* sirve como límite de los daños y perjuicios que pueden concederse por incumplimiento del contrato como aquellos daños y perjuicios dentro de la contemplación razonable de las partes o circunstancias especiales comunicadas al inicio del contrato. Y a los efectos de nuestro análisis tanto de los daños por demora como de las diferentes condiciones de la obra, quizá sea la última frase la más importante y la más enigmática: las partes tienen derecho a configurar sus relaciones comerciales como deseen, y ese derecho abarca el derecho a asignar riesgos y responsabilidades conscientemente y no de una manera que la corte supone que podrían haber tenido si (contrariamente a los hechos) las circunstancias especiales hubieran sido realmente contempladas por las partes.

b) La cláusula de “no indemnización por retraso”

En el contexto de los daños por demora, cabe observar dos hechos destacados en relación con los límites de *Hadley v. Baxendale*. En primer lugar, la aplicación de la regla es notoriamente difícil de predecir de antemano: empresarios y juristas perfectamente razonables pueden tener opiniones radicalmente distintas sobre lo que constituyen los resultados próximos de un incumplimiento del contrato. En segundo lugar, la magnitud de los daños “previsibles” puede ser bastante amplia en comparación con el alcance del compromiso inicial. Con el fin de evitar una indemnización por daños y perjuicios derivados de retrasos en la ejecución, muchos propietarios incluyen en sus contratos una cláusula de “no

⁴ *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341, 349, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

indemnización por retraso” que limita el recurso del contratista a una prórroga por cualquier retraso ocasionado por la conducta del propietario⁵. Una cláusula típica dice lo siguiente:

El Propietario no será responsable ante el Contratista y/o cualquier Subcontratista por reclamaciones o daños de cualquier naturaleza causados o derivados de retrasos. El único recurso contra el Propietario por demoras será la concesión de un plazo adicional para la finalización de la Obra, cuyo importe estará sujeto al procedimiento de reclamaciones establecido en las Condiciones Generales.

La sencillez y amplitud de este lenguaje exculpatario hacen que la limitación citada sea realmente sustancial: la prohibición de “reclamaciones o daños de cualquier naturaleza causados o derivados de retrasos” parece ilimitada en cuanto a la protección que ofrece a los propietarios frente a las consecuencias financieras más previsibles incluso de una mala conducta atroz. Y ahí radica el problema: cualquiera que sea el propósito adecuado de una cláusula de “no indemnización por retraso”, su estructura típica admite abundantes oportunidades para el abuso o la injusticia.

c) *Excepciones a la ejecutabilidad de las cláusulas de “no indemnización por demora”*

¿En qué circunstancias podría producirse un abuso o una injusticia? Una forma conveniente de investigar esas circunstancias es examinar las múltiples excepciones que los tribunales han establecido para limitar la aplicabilidad de las cláusulas de “no indemnización por retraso”. De ese modo, podemos conocer las preocupaciones subyacentes que los jueces tienen con tales cláusulas, y también saber por qué los tribunales encuentran uniformemente *algunas* aplicaciones que serían demasiado injustas para ser aplicadas.

⁵ Estas cláusulas también se imponen en muchos acuerdos entre contratistas y subcontratistas, pero a efectos de este debate, supondremos que el contrato se celebra entre un propietario y un contratista.

Comenzaremos observando que un puñado de jurisdicciones han suprimido el uso de cláusulas de “no indemnización por retraso” por ser contrarias al orden público. Sin embargo, estos rechazos se han producido a través de la acción legislativa, y no a través del activismo judicial. A modo de ejemplo, la ley de Colorado incluye el siguiente estatuto:

(1)(a) Cualquier cláusula de un contrato de obras públicas que pretenda renunciar, liberar o extinguir los derechos de un contratista a recuperar costos o daños, o a obtener un ajuste equitativo, por retrasos en la ejecución de dicho contrato, si dicho retraso es causado en su totalidad, o en parte, por actos u omisiones bajo el control de la entidad pública contratante o de personas que actúen en su nombre, es contraria al orden público y es nula e inaplicable⁶.

Sin embargo, esta ley solo se aplica a los contratos de “obras públicas”, que se definen como contratos de construcción del Estado y sus subdivisiones políticas. Llama la atención que no se aplique a los contratos privados.

Salvo acción legislativa, la norma en la mayoría de los Estados es que las cláusulas de “no indemnización por retraso” son válidas y ejecutables mientras cumplan las normas ordinarias que rigen la validez de los contratos⁷.

Desgraciadamente, el enunciado general de este principio es el final de nuestra capacidad para establecer una norma taxativa y el comienzo de las variaciones entre jurisdicciones. A modo de ejemplo, compárense las tres siguientes afirmaciones de la norma en distintas jurisdicciones. En primer lugar, la Corte Suprema de Carolina del Sur señala:

Entre las excepciones reconocidas se encuentran (a) la demora causada por fraude, tergiversación u otra mala fe; (b) la demora causada por in-

⁶ Colo. Rev. Stat. Ann., sección 24-91-103.5.

⁷ *United States ex rel. Williams Elec. Co., Inc. v. Metric Constructors, Inc.*, 325 S.C. 129, 132-33, 480 S.E.2d 447, 448 (1997).

terferencia activa; (c) la demora que se haya prolongado durante un período de tiempo tan irrazonable que la parte demorada habría estado justificada para abandonar el contrato; (d) la demora que no haya sido contemplada por las partes; y (e) la demora causada por negligencia grave⁸.

La Corte Suprema de Texas ha articulado el siguiente enunciado de la norma relativa a la “no indemnización por retraso”, y su enunciado ha sido seguido a su vez por varias otras cortes⁹:

Texas reconoce cuatro excepciones a la aplicación de las cláusulas de “no indemnización por retraso”. Se trata de los casos en que el retraso: (1) no estaba previsto o contemplado por las partes en el ámbito de aplicación de la cláusula; (2) se debe a fraude, falsedad u otra mala fe por parte de quien pretende beneficiarse de la cláusula; (3) se ha prolongado durante un periodo de tiempo tan irrazonable que la parte que ha sufrido el retraso habría tenido motivos justificados para abandonar el contrato; o (4) no se encuentra entre los retrasos específicamente enumerados a los que se aplica la cláusula¹⁰.

Nuestro último ejemplo procede del más alto tribunal de Nueva York:

En general, incluso con una cláusula de este tipo [“no indemnización por retraso”], se pueden reclamar daños y perjuicios por: (1) retrasos causados por la mala fe del contratado o su conducta dolosa, maliciosa o gravemente negligente, (2) retrasos no previstos, (3) retrasos tan irrazonables que constituyan un abandono intencionado del contrato por parte del contratado, y (4) retrasos resultantes del incumplimiento por parte del contratado de una obligación fundamental del contrato¹¹.

Hay similitudes entre las excepciones, sin duda, pero también hay diferencias que acechan bajo la superficie.

⁸ Id., 132-33, 480 S.E.2d, 448.

⁹ *Tupelo Redevelopment Agency v. Gray Corp., Inc.*, 972 So. 2d 495, 512 (Miss. 2007).

¹⁰ *Green Int'l, Inc. v. Solis*, 951 S.W2d 384, 387 (Tex. 1997).

¹¹ *Corinno Civetta Constr. Corp. v. City of New York*, 67 N.Y2d 297, 309, 493 N.E.2d 905, 910, 502 N.Y.S.2d 681, 686 (1986).

Retrasos no previstos ni contemplados en la cláusula. El trato diferente que se da a las excepciones propuestas a la aplicabilidad de las cláusulas “no indemnización por retraso” es totalmente distinto en lo que respecta a la aplicación de dichas cláusulas a los retrasos que “no estaban dentro de la intención o contemplación de las partes” en el momento en que contrataron. Curiosamente, los dos bandos opuestos invocan exactamente el mismo principio —la libertad contractual— para justificar su adopción o rechazo de la excepción propuesta.

Desde hace algún tiempo se ha establecido que las cláusulas exculpatorias no excluirán las reclamaciones derivadas de retrasos causados por el contratista si los retrasos o sus causas no estaban contemplados por las partes en el momento de celebrar el contrato. La excepción se basa en el concepto de consentimiento mutuo. Al haber aceptado la cláusula exculpatoria al celebrar el contrato, se presume que el contratista tenía la intención de quedar vinculado por sus términos. Sin embargo, difícilmente puede presumirse que el contratista haya renunciado a su derecho a reclamar daños y perjuicios derivados de retrasos que las partes no contemplaron en su momento. Así, incluso las cláusulas exculpatorias redactadas en términos amplios, como la controvertida en estos litigios, suelen considerarse que solo abarcan los retrasos que son razonablemente previsibles, que se derivan del trabajo del contratista durante la ejecución o que se mencionan en el contrato¹².

El lector atento notará algo vagamente familiar en el lenguaje citado anteriormente de una opinión del Tribunal de Apelaciones de Nueva York: parece invocar las mismas consideraciones que el Barón Alderson revisó en *Hadley v. Baxendale*, pero con un objetivo muy diferente:

La excepción “contemplada por las partes” es particularmente interesante, ya que se remonta a la norma del caso *Hadley v. Baxendale*. Resulta un tanto irónico que una norma empleada con mayor frecuencia para limitar la recuperación de los daños consecuentes se emplee para anular

¹² Id., 309-10, 493 N.E.2d, 910, 502 N.Y.S.2d, 686.

la aplicación de una cláusula cuyo propósito es limitar, entre otras cosas, la recuperación de los daños consecuentes¹³.

Para ser justos con el tribunal neoyorquino, cabe señalar que el caso *Hadley v. Baxendale* se refería a las limitaciones a las *consecuencias* previsibles de un incumplimiento del contrato, mientras que el Tribunal de Apelación de Nueva York se refería a los *retrasos* previsibles que podrían constituir un incumplimiento de contrato. Si la diferencia es material sería un debate provechoso por derecho propio, pero a efectos de este artículo nos limitamos a observar que se trata de una cuestión cuya respuesta depende de la jurisdicción que responda a la pregunta.

Así, por ejemplo, si estuviéramos en Wisconsin, obtendríamos la siguiente explicación para rechazar la excepción propuesta:

Sostenemos que el retraso “no contemplado por las partes” no es una excepción a la regla general de que las cláusulas de “no indemnización por retraso” son ejecutables. Concluimos que las partes pueden acordar mutuamente una cláusula de este tipo sin contemplar en particular todas las causas potenciales de retraso. De hecho, la adopción de una cláusula “no indemnización por retraso” demuestra que las partes son conscientes de que algunos retrasos no pueden contemplarse en el momento de redactar el contrato. Las partes incluyen la cláusula en el contrato para resolver los problemas de forma concluyente en caso de que se produzcan tales retrasos. Las partes pueden hacer frente a los retrasos que contemplan ajustando las fechas de inicio y finalización o incluyendo disposiciones particulares en el contrato. “Son los acontecimientos imprevistos los que dan lugar a la redacción amplia de la cláusula, ya que los previsibles podrían preverse fácilmente mediante una redacción específica”. *City of Houston v. R.F. Ball Construction Co., Inc.*, 570 S.W.2d 75, 78 (Tex. Civ. App. 1978). Así pues, la doctrina del consentimiento mutuo respalda nuestra conclusión de que los retrasos no contemplados por las

¹³ Philip L. Bruner y Patrick J. O'Connor JR., *Bruner & O'Connor on Construction Law*, West Group 2014, sección 19:56 n.3.

partes no deben constituir una excepción a la regla de aplicación de las cláusulas de “no indemnización por retraso”¹⁴.

Es interesante que los dos tribunales citados anteriormente se basen en la naturaleza fundamental del consentimiento mutuo para derivar decisiones contradictorias. En general, parece que la mayoría de los tribunales que han estudiado la cuestión han rechazado el enfoque neoyorquino¹⁵. De hecho, incluso en Nueva York, los tribunales han evitado invocar la excepción nominal determinando como cuestión de hecho que determinados retrasos estaban realmente contemplados por las partes en el momento en que contrataron¹⁶.

Interferencia activa. Una segunda excepción propuesta que ha recibido un tratamiento algo desigual es la interferencia indebida por parte del propietario. La controversia no se centra tanto en si un propietario puede interferir impunemente, sino más bien en qué nivel de mala conducta constituirá una “interferencia” suficiente para denegar la ejecución de una cláusula de “no indemnización por demora”. En un extremo, Illinois ha rechazado abiertamente la excepción de “interferencia activa”, pero permite a un contratista evitar la aplicación de la cláusula demostrando una “interferencia intencionada”¹⁷.

La base conceptual para reconocer una excepción por interferencia activa se estableció en una reciente decisión de la Corte Suprema de Texas:

¹⁴ *John E. Gregory & Son, Inc. v. A. Guenther & Sons Co., Inc.*, 147 Wis. 2d 298, 305-06, 432 N.W.2d 584, 587 (1988) (nota omitida).

¹⁵ *Law Co., Inc. v. Mobawk Constr. & Supply Co., Inc.*, 702 F. Supp. 2d 1304, 1323 (D. Kan. 2010) (“Las decisiones que rechazan la excepción de retraso imprevisto parecen ser tanto el enfoque mejor razonado como la tendencia moderna entre los casos.”).

¹⁶ *Bovis Lend Lease (LMB), Inc. v. Lower Manhattan Dev. Corp.*, 108 A.D.3d 135, 147, 966 N.Y.S.2d 51, 60 (App. Div. 2013) (las partes entendieron que la ejecución del contrato podría verse obstaculizada por retrasos reglamentarios).

¹⁷ *Asset Recovery Contracting, LLC v. Walsh Constr. Co. of Ill.*, 980 N.E.2d 708, 729, 366 Ill. Dec. 615, 636 (2012).

Basándose en sus años de experiencia, educación y formación, [los contratistas] pueden evaluar posibles retrasos a la hora de estimar y licitar obras públicas. Por ejemplo, pueden juzgar la calidad y la integridad de los planos y las especificaciones, determinar los posibles retrasos derivados de la escasez de materiales, analizar los datos meteorológicos históricos para detectar posibles retrasos y evaluar los posibles retrasos derivados de las condiciones del suelo estudiando los informes de análisis del suelo facilitados por la mayoría de los propietarios. Sin embargo, no pueden evaluar los posibles retrasos debidos a la interferencia directa, actos deliberados, negligencia, actos fraudulentos de mala fe y/u omisiones del propietario [...]

En general, una disposición contractual “que exima a una parte de responsabilidad extracontractual por daños causados intencionada o imprudentemente es inaplicable por razones de orden público”. Creemos que lo mismo puede decirse de la responsabilidad contractual. Concluir lo contrario incentivaría las conductas ilícitas y perjudicaría las relaciones contractuales¹⁸.

En otras jurisdicciones, la gravedad de la conducta necesaria para socavar una cláusula de “no indemnización por retraso” no es fácil de identificar. El Tribunal de Apelación de Colorado adoptó el siguiente criterio:

[...] un contratista o subcontratista demandante que alegue interferencia activa por parte del propietario o contratista demandado solo necesita demostrar que el demandado cometió un acto afirmativo y deliberado que interfirió injustificadamente en la ejecución del contrato por parte del demandante, con independencia de que se llevara a cabo de mala fe. Sin embargo, concluimos además que, si bien no es necesario demostrar mala fe o una conducta censurable, la interferencia activa requiere algo más que un simple error, un error de juicio, la falta de esfuerzo total o la falta de diligencia completa¹⁹.

¹⁸ *Zachry Constr. Corp. v. Port of Houston Auth. of Harris Cnty.*, 449 S.W3d 98, 116-18 (Tex. 2014) (las pruebas eran suficientes para confirmar el veredicto contra el propietario basado en la insistencia del propietario en que el contratista abandonara sus medios y métodos de construcción en favor de los medios y métodos alternativos impuestos por el propietario).

¹⁹ *Tricon Kent Co. v. Lafarge N. Am., Inc.*, 186 P.3d 155, 16-162 (Colo. App. 2008).

El lenguaje del tribunal de Colorado es interesante. El pasaje citado exige algún “acto afirmativo y deliberado” que “interfiera injustificadamente” en la actuación de la parte perjudicada, pero la calidad de la conducta del demandado no parece vinculada a nuestra tradicional escala móvil de mala conducta que va de la responsabilidad objetiva a la negligencia, pasando por la negligencia grave, la imprudencia temeraria y el dolo. Así pues, una mera “falta de esfuerzo total” o “falta de diligencia completa” es insuficiente para eludir la cláusula de “no indemnización por retraso”, pero ¿qué es exactamente suficiente para invocar la excepción?

En comparación con la norma de Colorado, por ejemplo, no está del todo claro si la siguiente conducta descrita por un tribunal federal de quiebras que aplique la ley de Florida viciaría la cláusula de “no indemnización por retraso”:

En este caso, EME [subcontratista] ha demostrado que las acciones de HCC [empresa conjunta] fueron más que una mera “chapuza burocrática”. HCC no programó ni coordinó adecuadamente el trabajo de EME y de todos los demás contratistas en el Proyecto. En el momento en que EME firmó el Contrato Comercial, el cronograma general del proyecto ya estaba irremediadamente estropeado y, sin embargo, HCC no informó a EME de los problemas a los que se enfrentaba el Proyecto. Parte del trabajo que EME iba a realizar no se incorporó al calendario general del proyecto que se publicó inmediatamente después de que EME firmara el Contrato Comercial. En la medida en que HCC no conocía los problemas con los elementos eléctricos de los diseños, no hay excusa, porque HCC debería haberlo sabido, ya que estaba obligada a completar una revisión exhaustiva previa a la construcción. El hecho de que HCC no programara adecuadamente el Proyecto dio lugar a un grave apilamiento de oficios y a un flujo de trabajo extremadamente desordenado. El hecho de que HCC no coordinara las inspecciones del proyecto también provocó ineficiencias. Estas fallas equivalen a la interferencia

activa de HCC en el cumplimiento de las obligaciones de EME conforme al Contrato Comercial o, más precisamente, su omisión de actuar cuando existía la obligación de hacerlo²⁰.

Por lo tanto, es fácil afirmar como regla general que la interferencia de un propietario en la ejecución de un contratista puede servir para que un tribunal deniegue la protección de la cláusula de “no indemnización por retraso”. Por otra parte, no existe una definición única de “interferencia” que constituya una declaración fidedigna de qué mala conducta es suficiente en todas las jurisdicciones, ni tampoco existe una norma uniforme de mala conducta que separe la mala conducta procesable de la inmune.

Otras excepciones. Esto no quiere decir que no haya excepciones que encuentren un apoyo más coherente. Por ejemplo, la Corte Suprema de Carolina del Sur explica:

La excepción más ampliamente reconocida a la aplicabilidad de una cláusula de no indemnización por retraso es el fraude, la tergiversación o la mala fe. Evidentemente, el dolo, la tergiversación y la mala fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales darían lugar a una violación de la obligación implícita de buena fe y lealtad negocial²¹.

Otra excepción bien reconocida es la de un retraso no previsto que sea tan irrazonable (en cuanto a su causa o duración) que constituya el abandono del contrato. Sin embargo, los tribunales también han advertido de que “la [mera] duración del retraso no transforma un retraso causado por un acontecimiento específicamente contemplado por la cláusula de 'no indemnización por retraso' en algo no previsto”²².

²⁰ *In re Elec. Mach. Enters., Inc.*, 416 B.R. 801, 891 (Bkrcty. M.D. Fla. 2009).

²¹ *United States ex rel. Williams Elec. Co., Inc. v. Metric Constructors, Inc.*, 325 S.C. 129, 133-34, 480 S.E.2d 447, 449 (1997).

²² *LoDuca Assocs., Inc. v. PMS Constr. Mgmt. Corp.*, 91 A.D.3d 485, 486, 936 N.Y.S.2d 192, 194 (2012).

El hilo conductor de estos casos (y del reconocimiento de otras excepciones, independientemente de su enunciado) es que las partes tienen una expectativa razonable de cumplimiento por la otra parte, pero también reconocen que condiciones relativamente inocuas pueden hacer que la parte contraria incumpla el contrato. Las partes tienen derecho a distribuir sus riesgos y responsabilidades al inicio del contrato y a moldear las obligaciones (y a fijar el precio de su cumplimiento) de manera adecuada. Del mismo modo, cada parte tiene derecho a esperar el cumplimiento de la otra parte (o, al menos en este caso, un esfuerzo razonable para cumplir). Cuando el cumplimiento de la parte incumplidora está tan lejos de las expectativas razonables de la parte perjudicada, los tribunales no tienen problemas en negarse a aplicar las cláusulas de “no indemnización por retraso”.

Lo que hace que la aplicación de estos sentimientos judiciales sea un tanto problemática es que la cláusula de “no indemnización por retraso” contempla específicamente los problemas en el cumplimiento. Y si los problemas en el cumplimiento se prevén como la razón misma de la cláusula de “no indemnización por retraso”, ¿qué tipo de “problema” es tan desmedido como para justificar el incumplimiento de la cláusula?

Renuncia. Por último, en casos excepcionales, es posible que una parte renuncie a la protección de la cláusula de “no indemnización por retraso”. En la medida en que la renuncia constituye el abandono intencionado a un derecho conocido, el tipo de conducta que refleja una renuncia intencionada a un derecho conocido a *no* pagar daños y perjuicios es, bueno, el pago de daños y perjuicios. Así, tenemos el siguiente ejemplo de renuncia a una cláusula de “no indemnización por retraso”:

[...] la Autoridad reconoció de forma encomiable el perjuicio que el retraso había causado a Findlen y le abonó 122,726 dólares en concepto de “[e]xtra costos debidos a los retrasos en los trabajos”. Ese acto, tal como está documentado, y otros documentos, que detallamos a continuación, apuntan a la resolución de la controversia. Las partes de un

contrato escrito pueden, por supuesto, alterarlo posteriormente, mediante una modificación oral, por su conducta conjunta o, idealmente, mediante un escrito suscrito por las personas que han de obligarse. Las palabras y los actos de las partes, como las declaraciones por carta, pueden suponer la renuncia o la modificación de una disposición contractual. En sí mismo, el hecho de que la Autoridad pagara 122,726 dólares en concepto de retraso supone una renuncia, al menos en esa medida, a la cláusula de “no indemnización por retraso”. Sin embargo, por sí sola, cabría dudar de que una única renuncia a dicha cláusula constituyera una renuncia completa. Aquí entra en juego la documentación. [La Autoridad, mediante repetidos conductos, reconoció que la reclamación estaba incompleta y contemplaba información adicional]. En conjunto, la actuación de la Autoridad en la tramitación de las reclamaciones por retraso y los documentos que indican su intención de hacerlo en lo que respecta al retraso del subcontratista de fontanería justifican la conclusión de que hubo una renuncia a la cláusula de “no indemnización por retraso” en este caso²³.

d) Conclusión

A efectos de caracterizar la legislación estadounidense para compararla con la de otros países, es ciertamente exacto decir que las cláusulas de “no indemnización por retraso” son un mecanismo común empleado en los contratos de construcción para limitar las indemnizaciones por demora derivadas de la mala conducta del promitente. En su mayor parte, son ejecutables y están prohibidas por ley con respecto a los contratos públicos en algunas jurisdicciones. No obstante, existen excepciones bien reconocidas a la aplicabilidad de estas cláusulas.

Sin embargo, es mucho más difícil elaborar una declaración general de excepciones a la aplicabilidad de las cláusulas de “no indemnización por retraso”. Como hemos señalado anteriormente, incluso los tribuna-

²³ *Findlen v. Winchendon Hous. Auth.*, 28 Mass. App. Ct. 977, 978, 553 N.E.2d 554, 556 (1990) (citadas omitidas).

les que coinciden en los principios generales —la supremacía del *consentimiento mutuo*, por ejemplo— no siempre están de acuerdo en las ramificaciones de esos principios.

1.2. “No daño por retraso”: la posición inglesa²⁴

a) *Introducción*

Cualquier persona habituada al derecho inglés de la construcción, y de hecho a los contratos de construcción ingleses, encontrará que las cláusulas “no daño por retraso” son un curioso artificio. Los redactores de los contratos de construcción ingleses pueden haber concebido tales dispositivos, pero decidieron no utilizarlos en los instrumentos contractuales.

Podemos especular sobre las razones. Lo más probable es que no veamos cláusulas de “no daño por retraso” en los contratos de construcción porque se consideran comercialmente inaceptables, tanto para los contratistas y subcontratistas como para los empresarios y consultores. De hecho, los principales formularios estándar confieren expresamente al contratista el derecho a ser indemnizado por los retrasos o trastornos derivados de la conducta del empresario²⁵.

Sin embargo, existen disposiciones que, *en determinadas circunstancias*, impiden al contratista recuperar los costos, pérdidas u otros daños del empresario cuando este ha causado retrasos en las obras del contratista. Pero no vemos ninguna *disposición general*, como las que se encuentran en Estados Unidos, que excluya de manera ampliamente cualquier derecho

²⁴ En esta sección se examina la jurisprudencia de Inglaterra y de la Commonwealth británica. Los casos de la Commonwealth citados pueden considerarse representativos de la aplicación del derecho inglés.

²⁵ Véase, e.g., JCT Standard Building Contract without Quantities 2011, cls. 4.23 & 4.24.

que un contratista pueda tener a reclamar daños y perjuicios por los retrasos sufridos debido al incumplimiento de la obligación por parte del empresario.

La cuestión que debemos examinar es si, desde el punto de vista del derecho inglés, existe algún fundamento jurídico para oponerse a la aplicación de disposiciones generales que excluyan las provisiones de “no daño por retraso” o de provisiones que excluyan la indemnización por retraso en determinadas situaciones, pero no en general. El derecho inglés, y principalmente la legislación inglesa, impone controles (aunque expresados en términos generales) sobre la capacidad de una parte para excluir o limitar su responsabilidad por incumplimiento de contrato o negligencia. ¿Infringen estas leyes las cláusulas de “no daño por retraso”, ya sean de aplicación general o particular?

Ejemplos. Antes de examinar esta cuestión con más detalle, puede ser útil contextualizar el asunto mediante ejemplos de cláusulas específicas (y no generales) de “no daño por retraso”. Veamos cuatro ejemplos de este tipo de cláusulas²⁶.

El primer ejemplo se da cuando un contrato limita el derecho del contratista a reclamar daños y perjuicios por el retraso del empresario, sin excluirlo por completo. La limitación puede expresarse como un tope monetario de los daños recuperables, o el contrato puede establecer expresamente que el contratista no tiene derecho a recuperar los costos y pérdidas “indirectos o consecuentes”, incluidos los gastos generales fuera de la obra, o puede limitar el período respecto del cual pueden reclamarse los daños. Para ilustrar este último aspecto, en el caso de *Hong Kong Brington Engineering Ltd. v. Cheerise Asia Ltd.*²⁷, el subcontrato en cuestión establecía lo siguiente:

²⁶ Por supuesto, se pueden dar innumerables ejemplos más.

²⁷ [2011] HKCFI 567.

No obstante lo dispuesto en la Cláusula SCC-11 de las Condiciones Especiales del Contrato (relativa a la Reclamación del Contratista Principal para la Prórroga del Plazo) y en la Cláusula 24 de las Condiciones Generales del Contrato, se acuerda ahora, tras negociación, que ustedes [scil. el subcontratista] no tendrán derecho a reclamar ninguna pérdida y/o gasto, prórroga de los costos preliminares y de prolongación, ya sea directa o indirectamente, incurridos con respecto a cualquier asunto para el que se haya concedido una prórroga del plazo de conformidad con la Cláusula 23 de las Condiciones Generales del Contrato durante los primeros 120 días.

El juez de la causa no cuestionó la aplicabilidad de esta disposición ni planteó ninguna duda al respecto²⁸.

En segundo lugar, la obligación de compensar a un contratista por el retraso del empresario puede verse limitada si la obligación de ejecución pertinente del empresario está matizada o condicionada. Por ejemplo, si un empresario está obligado a dar posesión de la obra al contratista en “fechas provisionales”, y no entrega la obra en esas fechas, lo que provoca que el contratista se retrase (e incurra en costos adicionales), el contratista no tendrá base para reclamar daños y perjuicios al empresario por sus costos adicionales, ya que el empresario no habrá incumplido el contrato. El empresario no se *comprometió* a entregar la obra en una fecha concreta. Dicha disposición provisional se incluyó en el subcontrato (y en el correspondiente contrato principal) y fue objeto de otro asunto en Hong Kong: *Kim Hung Construction & Engineering Co. Ltd. contra Standard Refrigeration & Engineering Co. Ltd.*²⁹ La corte sostuvo en *Kim Hung* que:

[...] la corte no puede reformular un contrato por motivos de equidad comercial. Standard [el subcontratista] tuvo la oportunidad de examinar todos los términos del Contrato Principal antes de comprometerse con el proyecto. Además, los términos de SP 6.02 son claros. Cualquiera

²⁸ DHCJ Teresa Cheng SC, una de las profesionales del derecho de la construcción más experimentadas y distinguidas de Hong Kong.

²⁹ [2013] HKCFI 100.

riesgo de que se incurriera en gastos adicionales debido a la diferencia entre las fechas reales de posesión y las fechas provisionales debía ser contemplado por Standard, y Standard siempre tuvo la posibilidad de reflejar dicho riesgo en el precio de la oferta. Como la corte no puede hacer oídos sordos al lenguaje claro de las cláusulas pertinentes, no hay lugar para que la corte altere la asignación de riesgos entre las partes tal y como se expresa claramente en el Contrato Principal y en el Subcontrato³⁰.

Una característica notable de esta conclusión es que la corte reconoció la autonomía contractual de las partes y, en particular, la capacidad del subcontratista para incluir en su oferta para el proyecto la posibilidad de sufrir retrasos debido al incumplimiento de las fechas “provisionales” de posesión. Como veremos más adelante, esta es una razón de peso para defender las cláusulas de “no daño por retraso”, aunque no excluye en absoluto la cuestión de su aplicabilidad. También cabe destacar que la redacción pertinente del subcontrato no adoptaba la forma de una cláusula de exclusión o limitación y, sin embargo, tenía el efecto de excluir o limitar la responsabilidad del contratista principal frente al subcontratista por el retraso en la posesión.

En tercer lugar, la responsabilidad por el retraso del empresario puede, en efecto, quedar excluida cuando el contrato contiene una cláusula de notificación y de prescripción que, si no es correctamente activada por el contratista en caso de retraso, le priva de todo derecho a indemnización por los perjuicios sufridos debido al retraso del empresario. Las cláusulas de prescripción son una característica común de los contratos de construcción e ingeniería en Inglaterra y a escala internacional y, en términos generales, son inobjetables desde el punto de vista jurídico³¹.

³⁰ Id., 43 (por DHCJ Lok). Véase también *Tridant Eng'g Co. Ltd. v. Mansion Holdings Ltd.*, [2000] HKCFI 1, 11 (por DHCJ To), confirmado, [2001] HKCA 338.

³¹ Véase, e.g., *Obrascon Huarte Lain SA v. A-G (Gibraltar)*, [2014] EWHC 1028 (TCC), 311-316 (por Akenhead, J.) (considerando la cláusula 20.1 del Libro Amarillo de la FIDIC (1ª ed. 1999)).

En cuarto lugar, y quizá lo más importante (a efectos inmediatos), los tribunales ingleses han confirmado disposiciones equivalentes a las cláusulas de “no daño por retraso”. El caso más notable a este respecto es *Jones v. St. John's College, Oxford*³². En este caso, el contrato exigía al contratista la construcción de ciertos edificios agrícolas en una fecha determinada por un importe de 2,340 libras esterlinas. La indemnización por daños y perjuicios se pagaba a razón de £3/día en caso de retraso. Las obras siguieron su curso y, en el transcurso de las mismas, el empresario ordenó ciertas variaciones que el contratista ejecutó debidamente. Sin embargo, como consecuencia de estas modificaciones, el contratista terminó las obras con 5,5 meses de retraso. El empresario reclamó al contratista una indemnización liquidada (*liquidated damages*) por el período de 5,5 meses. El Tribunal de Queen's Bench declaró que el empresario tenía derecho a reclamar la indemnización liquidada. Para nuestros modos y mentes modernos, tal resultado puede parecer sorprendente³³. Sin embargo, la razón por la que la corte defendió firmemente el derecho del empresario a la indemnización liquidada fue que el contrato contemplaba claramente la posibilidad de que el empresario reclamara dicha indemnización en las circunstancias particulares. La cláusula en cuestión establecía lo siguiente:

Que los contratistas no harán ni permitirán ninguna alteración, adición o deducción de las obras del contrato que suponga un costo adicional

³² (1870) LR 6 QB 115. Apropiadamente, ninguno de los jueces que decidieron el caso asistió al colegio ni a la universidad. Casos similares en Australia y Hong Kong son (respectivamente) *Reynolds v. Strelitz*, (1901) 3 WALR 143, y *Hsin Chong Construction (Asia) Ltd. v. Henble Ltd.*, [2006] HKCFI 965.

³³ Sin embargo, parece que incluso los comentaristas contemporáneos consideraban el resultado poco meritorio, aunque completamente justificado desde el punto de vista jurídico: véase, e.g., E.S. Roscoe, *A Digest of Cases Relating to the Construction of Buildings*, Reeves & Turner 1879, quien escribió:

Este caso ejemplifica la forma en que los constructores, a veces por motivos de negocio, firman estipulaciones que pueden resultar totalmente unilaterales; y demuestra además que cuando esto ocurre la ley no les ayuda, porque, citando la sentencia del Juez Hannen, “si un hombre firma directamente un contrato para realizar una imposibilidad sujeta a una penalización, no será excusado porque sea una imposibilidad”.

Algunos comentaristas modernos han sugerido incluso que los tribunales modernos no defenderían tal disposición: Michael Sergeant y Max Wieliczko, *Construction Contract Variations*, In-forma 2014, párrafo 12.64. A continuación se analiza si este planteamiento sería admisible.

para el colegio superior a la mencionada suma de 2,340 libras esterlinas, a menos que se haya entregado previamente una orden por escrito, firmada por el secretario de obras y refrendada por el tesorero del colegio. Y además, que el periodo o periodos para completar todas esas alteraciones o trabajos extra no excederán el periodo limitado por estas presentes para la finalización de los trabajos contratados, a menos que también se permita una extensión de tiempo por orden especificando el límite de extensión, firmada por el secretario de las obras y el tesorero; ninguna de esas alteraciones, adiciones, deducciones, cambios o desviaciones exonerará en modo alguno a los contratistas del cumplimiento específico en todos los aspectos, de todos los trabajos del contrato dentro del tiempo estipulado en su contrato.

Aunque se habían ordenado trabajos adicionales, y el contratista se había retrasado como consecuencia de ello, se había comprometido a terminar sus obras en una fecha determinada, y no disponía de un certificado de prórroga firmado por el secretario de obras y el tesorero del colegio. El tenor literal del contrato obligaba a llegar a esta conclusión. Por lo tanto, la corte consideró que el contratista estaba obligado a terminar las obras en el plazo estipulado en el contrato y que el empresario tendría derecho a una indemnización liquidada.

Podemos señalar que la disposición contractual pertinente en el caso *Jones v. St. John's College*, y de hecho la cuestión planteada ante la corte, se referían al efecto que tenía sobre los derechos y obligaciones de las partes el hecho de que el empleador ordenara legalmente variaciones que retrasaran al contratista. En el caso de las variaciones, al menos, para las cuales el contratista no había obtenido una prórroga, el contratista no tenía derecho a un pago adicional debido a que se había prolongado la duración de sus obras. Había, por así decirlo, “no daño por retraso” causado por el empleador, cuando la demora era resultado de una modificación. La cláusula no cubría la situación en la que el contratista se demoraba debido a un incumplimiento del contrato por parte del empleador, y el caso no analiza si sería posible que un contrato estipulara que el empleador no debería ser responsable ante el contratista por los costos de demora atribuibles al incumplimiento del contrato por parte

del empleador. Ahora analizaremos si una disposición de ese tipo sería ejecutable como cuestión de derecho inglés.

La cuestión de la ejecutabilidad - derecho común. El punto de partida (o, de hecho, el centro de atención) para considerar la ejecución de cualquier disposición contractual en virtud del derecho inglés es la “libertad de contrato”. La capacidad de las personas capaces e informadas para celebrar contratos en los términos de su elección ha sido fundamental para el desarrollo del derecho contractual inglés, del que puede considerarse que forma parte el “derecho de la construcción”. Basta un ejemplo. Como sostuvo el juez más importante de la era victoriana, Sir George Jessel MR, en *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*³⁴:

[...] si hay algo que el orden público exige más que cualquier otra cosa es que los hombres mayores de edad y con capacidad de entendimiento tengan la máxima libertad para contratar, y que sus contratos, cuando sean celebrados libre y voluntariamente, sean considerados sagrados y ejecutados por los Tribunales de Justicia³⁵.

Por lo tanto, si un empresario y un contratista jurídicamente competentes celebran un contrato que contiene una cláusula de “no daño por retraso”, dicha cláusula se mantendrá de pleno derecho a menos que exista un motivo legalmente reconocido para negarse a aplicarla.

En relación con las cláusulas de “no daño por retraso”, la cuestión que se plantea es si existe algún principio del derecho consuetudinario inglés que pueda operar de forma que desplace tal cláusula y la deje sin efecto. A este respecto, se sugiere que hay dos posibles motivos para impugnar una cláusula de “no daño por retraso” que requieren consideración.

³⁴ (1875) LR 19 Eq 462.

³⁵ Id., 465.

La primera es la doctrina de la repugnancia. Se trata de una norma del derecho común según la cual, cuando una parte asume una obligación (como, en el caso de un empresario, facilitar al contratista el acceso al lugar de trabajo), pero la obligación está sujeta a la condición de que la persona no sea personalmente responsable del cumplimiento o incumplimiento de la obligación, la condición es nula por ser contraria a la obligación. En palabras de Lord Denning:

Hay decenas de casos en los libros, desde los Anuarios en adelante, en los que una parte de un contrato ha intentado, en el mismo documento, dar con una mano y quitar con la otra. Los tribunales no le han permitido salirse con la suya³⁶.

¿Incumple esta prohibición una cláusula de “no daño por demora”? En lo que respecta a los incumplimientos de contrato, es *discutible* que sí. Si un empresario incumple su obligación de facilitar al contratista el acceso a la obra en una fecha determinada, y el contratista sufre por ello un retraso y un perjuicio, una cláusula de “no daño por demora”, si se mantiene, puede (según una opinión) hacer que la obligación del empresario sea casi ilusoria. Sin embargo, el punto de vista opuesto y (se sugiere) más persuasivo es que una cláusula “no daño por retraso” no anula las obligaciones del empresario de adoptar las medidas necesarias en el momento oportuno para permitir al contratista realizar sus trabajos. Simplemente limita la responsabilidad del empresario en caso de que incumpla dicha obligación, de modo que no se le puede exigir que indemnice al contratista por cualquier incumplimiento. Por lo general, el contratista dispondrá del recurso de una prórroga contractual en caso de que el incumplimiento del empresario le ocasione un retraso, por lo que no se da el caso de que el empresario dé con una mano y quite *todo* con la otra.

El segundo motivo posible, en derecho común, es que el denominado principio de prevención impide al empresario invocar una cláusula

³⁶ *Adams v. Richardson & Starling Ltd.*, [1969] 1 WLR 1645, 1649.

de “no daño por retraso”, al menos cuando el incumplimiento del contrato por parte del empresario provoque el retraso del contratista. Como sostuvo el juez Jackson (en su época):

La esencia del principio de prevención es que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de una obligación cuyo cumplimiento ha impedido al deudor³⁷.

Por lo tanto, un empresario no tiene derecho, por regla general, a *exigir* que un contratista ejecute sus obras en la fecha estipulada contractualmente si el incumplimiento del contrato por parte del empresario impide que el contratista lo haga. Pero esa *no* es la esencia de una cláusula de “no daño por demora”. No pretende dar derecho al empresario a insistir en que el contratista ejecute sus obras a tiempo, a pesar de la conducta del empresario que provoca el retraso. Lo que hace es *eximir al empresario* de toda responsabilidad de pagar daños y perjuicios al contratista en caso de que sus obras se retrasen debido al incumplimiento del contrato por parte del empresario. Una cláusula de “no daño por demora” es una cláusula de exclusión, un escudo para el empresario. No es un instrumento mediante el cual el empresario pueda castigar al contratista por incumplimiento. Por lo tanto, el “principio de prevención” no puede aplicarse a las cláusulas de “no daño por retraso”.

Por lo tanto, podemos concluir que una cláusula de “no daño por retraso” probablemente no sería objetable según el derecho consuetudinario inglés.

Ejecución - legislación inglesa. En un contexto comercial, la única ley pertinente que puede ofrecer la oportunidad de impugnar una cláusula de “no daño por retraso” es la Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA). El artículo 3 de dicha ley establece lo siguiente:

³⁷ *Multiplex Constructions (UK) Ltd. v. Honeywell Control Systems Ltd.* (N°2), [2007] BLR 195, 205 [47].

3(1) Este artículo se aplica entre partes contratantes cuando una de ellas negocia como consumidor o con arreglo a las condiciones generales de contratación escritas de la otra.

(2) Frente a dicha parte, la otra no puede, por referencia a ninguna cláusula contractual

(a) excluir o limitar su responsabilidad por el incumplimiento del contrato; o

(b) alegar tener derecho

(i) a realizar una prestación contractual sustancialmente diferente de la que razonablemente se esperaba de él; o

(ii) a no ejecutar la totalidad o parte de su obligación contractual,

excepto en la medida en que (en cualquiera de los casos mencionados anteriormente en esta subsección) el término del contrato satisfaga el requisito de razonabilidad³⁸.

Por lo tanto, el artículo 3(2) puede hacer inaplicable una cláusula contractual que excluya o limite la responsabilidad de una parte por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, el artículo 3(1) delimita específicamente la aplicación del artículo 3(2) de modo que solo se aplica cuando una parte trata con un “consumidor” o cuando utiliza sus condiciones generales de contratación por escrito. Esto significa que, en virtud de la legislación inglesa, no puede haber objeciones *generales* a las cláusulas de “no daño por retraso”. Una cláusula de “no daño por retraso” no infringirá la UCTA si se utiliza en un contrato comercial negociado.

³⁸ Se advierte que el artículo 3 de la UCTA ha sido modificado. En la actualidad, ya no se hace referencia al consumidor en el artículo 3(1) ya que cuando se trata de cláusulas exonerativas donde interviene un consumidor, la ley aplicable es la Consumer Rights Act 2015. Léase con esta advertencia.

Sin embargo, si las condiciones generales de contratación de una parte *sí* contienen una cláusula de “no daño por retraso”, que tiene por efecto limitar la responsabilidad del empresario por incumplimiento de contrato, la cláusula solo subsistirá —y se mantendrá— si cumple el “requisito de razonabilidad”.

Entonces, ¿cómo debe evaluarse una cláusula “no daño por retraso” en virtud del artículo 3(2) de la UCTA? ¿Es o no “razonable” dicha cláusula? Es difícil ofrecer una respuesta segura a estas preguntas, ya que las impugnaciones de la UCTA han demostrado ser un asunto proteico, y el resultado de las impugnaciones de la UCTA es difícil de predecir. En gran medida, en los casos relativos a cláusulas de exclusión y limitación novedosas, debemos avanzar examinando casos anteriores relativos a materias afines.

A este respecto, podemos observar que las disposiciones contractuales que pretenden actuar como una exclusión *general* de responsabilidad por incumplimiento de contrato han atraído la aplicación de la UCTA, y no han sido aplicadas³⁹. Una disposición contractual no puede considerarse “razonable” si su efecto es hacer nugatorias las obligaciones contractuales declaradas de una parte. No es razonable que nunca pueda haber *algún* remedio para el incumplimiento de un contrato. Pero cuando, por el contrario, un contrato ofrece *algún remedio* para un incumplimiento del contrato pero circunscribe el alcance de ese remedio, las cuestiones de razonabilidad pueden considerarse como matices en un espectro. Así, las disposiciones contractuales que limitan la responsabilidad de una parte a su “parte equitativa” de una pérdida (como es el caso de las cláusulas de contribución neta)⁴⁰ o que hacen irrecuperables

³⁹ Por ejemplo, una cláusula de un contrato de garantía relativo a una imprenta que pretendía excluir la responsabilidad por “pérdidas inmediatas” u otras pérdidas directas sufridas debido al mal funcionamiento de la imprenta se consideró irrazonable en *Lobster Group Ltd. v. Heidelberg Graphic Equipment Ltd.*, [2009] EWHC 1919 (TCC), 130 (por Ramsey, J.). El efecto de esta cláusula era excluir la responsabilidad del proveedor por cualquier defecto de la imprenta.

⁴⁰ Véase, a este respecto, *West v. Ian Finlay & Assocs. (A Firm)*, [2014] EWCA Civ 316.

ciertos tipos de pérdidas o daños (como las “pérdidas o daños indirectos o consecuentes”)⁴¹ pueden pasar intactas por el fuego de la UCTA.

Puede considerarse que estas cláusulas eliminan los recursos de la contraparte, pero no en su totalidad. Funcionando así, pueden satisfacer el importantísimo “requisito de razonabilidad”.

Teniendo esto en cuenta, y dado que las cláusulas de “no daño por retraso” no operan de manera que excluyan *todos* los recursos contractuales de un contratista en caso de que un empresario cause demoras en sus obras —el contratista normalmente tendrá derecho a una prórroga—, puede ser razonable concluir que las cláusulas de “no daño por retraso” no infringirían la UCTA.

b) Conclusión

En conclusión, aunque es concebible que las cláusulas “no daño por retraso” puedan ser impugnadas en virtud del derecho inglés (tanto en virtud del derecho común como de la ley), parece más probable que los tribunales ingleses las respalden. Dicho esto, es probable que la actitud de un tribunal inglés a la hora de aceptar una cláusula de “no daño por retraso” se vea influida de algún modo por las circunstancias en las que una parte pretenda invocarla. Cabe esperar que un tribunal inglés considere inexcusable un incumplimiento *deliberado* o *imprudente* del contrato que dé lugar a un retraso del contratista, al igual que han hecho los tribunales estadounidenses.

⁴¹ Véase *Lobster Group Ltd. v. Heidelberg Graphic Equip. Ltd.*, [2009] EWHC 1919 (TCC), 131, 148 (por Ramsey, J.).

2. DIFERENTES CONDICIONES DE LA OBRA

2.1. *La posición estadounidense*

El aforismo de que “la necesidad es la madre de la invención” encuentra una buena ilustración en la ley que rige las condiciones de obra diferentes. A los ojos de los contratistas, la “necesidad” de estas cláusulas surge de la falta general de simpatía que las cortes han mostrado hacia los promitentes cuando una promesa concreta resulta más difícil de cumplir de lo previsto inicialmente por el promitente. Por supuesto, esa falta de simpatía no se ha producido ni limitado a los contratos de construcción. Más bien, las cortes permitirán a una parte eludir una obligación contractual solo cuando el cumplimiento prometido sea imposible, y no cuando sea meramente difícil o costoso. La “invención” es, pues, la cláusula de “diferentes condiciones de obra”, en virtud de la cual un contratista puede encontrar una solución (contraria al derecho consuetudinario) cuando su cumplimiento puede ser posible, pero resulta más difícil, largo o costoso de lo previsto inicialmente.

Al examinar estas cláusulas de diferentes condiciones de obra, comenzaremos por la naturaleza de las obligaciones de un contratista en ausencia de una cláusula de diferentes condiciones de obra. A continuación, analizaremos una cláusula prototípica y veremos cómo esta “invención” libera al contratista de obligaciones que, de otro modo, le resultarían gravosas.

A diferencia de lo que ocurre con las cláusulas de “no indemnización por retraso”, la aceptación y aplicación judicial de las cláusulas de diferentes condiciones de obra es relativamente uniforme en los 50 estados y en los casos federales. Una parte que argumente a favor de una reparación en virtud de las cláusulas de diferentes condiciones de obra puede esperar que las decisiones judiciales de otras jurisdicciones sean persuasivas, y se pueden enunciar principios generales relativos a estas

cláusulas con más confianza que con respecto a las cláusulas “no indemnización por retraso”.

a) *Reparación por las diferencias en las condiciones de la obra según el derecho común*

Antes de que se generalizara el uso de las cláusulas relativas a las diferencias en las condiciones de la obra, los contratistas tenían poca protección contra las condiciones ocultas que encarecían su trabajo. Más bien, las cortes entendían que un contratista que contrataba la construcción de una estructura se comprometía esencialmente a entregar la estructura por el precio establecido en el contrato y, al hacerlo, aceptaba cualquier dificultad de construcción, prevista o no. Como explicó la Corte Suprema de los Estados Unidos al rechazar la petición de un contratista de una compensación adicional ante las condiciones adversas del subsuelo:

Era obligación [del contratista] cumplir este pacto [de terminar los edificios “listos para su uso y ocupación”], y estaba obligado a hacer todo lo necesario para su cumplimiento. Ante la dificultad del caso, podría haberse protegido mediante una disposición en el contrato. No habiéndolo hecho, no está en el poder de esta corte eximirle. [Este principio] descansa sobre una base sólida de razón y justicia. Se refiere a la santidad de los contratos. Requiere que las partes hagan lo que han acordado hacer. Si surgen impedimentos inesperados en el camino y debe producirse una pérdida, deja la pérdida donde el contrato la sitúa. Si las partes no han previsto una dispensa, el Estado de Derecho no la concede. No permite que se anule un contrato justo y no permite que se interpola lo que las partes no han estipulado⁴².

Esto supone una interesante comparación con las circunstancias del caso *Hadley v. Baxendale*, en el que el Barón Alderson reflexionó que sería injusto hacer recaer sobre el promitente las consecuencias económicas de retrasos imprevistos: si el promitente supiera que va a soportar las

⁴² *Dermott v. Jones*, 69 U.S. 1, 7-8, 17 L. Ed. 762 (1864).

consecuencias de consecuencias imprevistas, podría negociar de antemano una protección contra dichas consecuencias. Lo mismo podría decirse de los contratistas que construyen en una propiedad que no es suya y en un lugar que no han elegido: si *saben* de antemano que asumirán la carga de las condiciones imprevistas, pueden negociar la protección. Si optan por no negociar la protección, las cortes no se la proporcionarían.

En un caso del siglo XIX, por ejemplo, un contratista de Minnesota construyó un edificio sobre arenas movedizas, a consecuencia de lo cual el edificio se derrumbó durante la construcción del tercer piso. Al parecer, la lección de “quien mucho abarca, poco aprieta” no había llegado a Minnesota al año siguiente, ya que el contratista comenzó de nuevo la construcción y la obra se derrumbó. El propietario interpuso una demanda por incumplimiento de contrato y ganó. En opinión de la Corte Suprema de Minnesota, el derecho del propietario a reclamar estaba claro:

Si un hombre se obliga, mediante un contrato positivo y expreso, a realizar un acto en sí mismo posible, debe cumplir su compromiso, a menos que se lo impidan la acción de Dios, la ley o la otra parte del contrato. Ninguna dificultad, ningún obstáculo imprevisto, ninguna dificultad que no sea absolutamente imposible, lo excusará de hacer lo que expresamente ha acordado hacer. Esta doctrina puede parecer a veces gravosa para los contratistas; pero, en tales casos, la dificultad es atribuible, no a la ley, sino al propio contratista, que ha asumido imprudentemente una responsabilidad absoluta, cuando podría haber asumido solo una responsabilidad cualificada. La ley se limita a hacer cumplir el contrato tal como las partes lo han celebrado⁴³.

Desgraciadamente, tuvo que pasar medio siglo desde *Dermott v. Jones* y *Steas v. Leonard* para que esas protecciones contractuales se convirtieran en algo habitual y establecido, y en breve veremos los contornos generales de esa protección.

⁴³ *Steas v. Leonard*, 20 Minn. 4941 (1874).

Por supuesto, esto no quiere decir que los contratistas estuvieran indefensos en tales circunstancias. Ante la responsabilidad por las condiciones ocultas de la obra, los contratistas podían (y pueden) simplemente ofertar precios que mitiguen el riesgo de gastos imprevistos. Al menos teóricamente, los propietarios pagan a largo plazo por las diferentes condiciones de la obra en el amplio mercado de servicios de construcción mediante el pago de una compensación adicional por cada contrato, siempre y cuando el mercado no esté superpoblado de contratistas que apuesten por condiciones favorables de la obra ofertando por debajo de lo que dicha protección aconseja.

b) Excepciones del derecho común

En el derecho común, existían dos circunstancias específicas en las que un propietario podía soportar los costos adicionales de construcción derivados de la ocultación de las condiciones del subsuelo. La primera era cuando el propietario declaraba expresamente al contratista la naturaleza de las condiciones del subsuelo. En tales circunstancias, el contratista tenía derecho a confiar en las declaraciones del propietario a la hora de licitar el trabajo y, en la medida en que los hechos reales variaran de los representados por el propietario, el contratista tenía derecho a recibir una compensación adicional. Un propietario podía protegerse contra esa responsabilidad no haciendo declaraciones *expresas* sobre las condiciones del subsuelo.

Las tergiversaciones expresas son bases relativamente fáciles para la responsabilidad del propietario. Pero, ¿podría ir más allá la protección? En el caso *United States v. Spearin*⁴⁴, que marcó un antes y un después, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la imposición por parte de un propietario de la obligación de construir una estructura de estricta conformidad con los planos y especificaciones proporcionados

⁴⁴ 248 U.S. 132, 136-37, 39 S. Ct. 59, 61 (1918).

por el propietario implica una garantía por parte de este de que los planos y especificaciones son adecuados para la construcción de la estructura en cuestión:

En el caso que nos ocupa, el alcantarillado, al igual que las demás estructuras, debía construirse conforme a los planos y especificaciones facilitados por el Gobierno. El riesgo de que el sistema existente resultara adecuado podría haber recaído sobre Spearin si el contrato del dique seco no hubiera incluido la disposición relativa a la reubicación de la alcantarilla de 6 pies. Pero la inserción de los artículos que prescribían el carácter, las dimensiones y la ubicación de la alcantarilla implicaba una garantía de que si se cumplían las especificaciones, la alcantarilla sería adecuada. Esta garantía implícita no queda anulada por las cláusulas generales que obligan al contratista a examinar el sitio, comprobar los planos y asumir la responsabilidad de la obra hasta su finalización y aceptación⁴⁵.

La doctrina *Spearin*, como se conoce a la garantía implícita, solo se aplica a los planos y especificaciones que indican al contratista la forma precisa de ejecución —especificaciones de diseño—, en lugar de limitarse a describir el resultado final que debe alcanzarse —especificaciones de ejecución—. Cuando los planos y las especificaciones dejan en manos del contratista la forma precisa de ejecución, *Spearin* no se aplica y el contratista sigue soportando (a falta de protección contractual) la carga de las condiciones adversas de la obra. En palabras de *Spearin*, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema se basó en gran medida en el hecho de que el contrato establecía el “carácter, dimensiones y ubicación específicos de la alcantarilla”⁴⁶.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Aunque *Spearin* surgió en el contexto de la construcción del subsuelo, su aplicación ha ido mucho más allá de los casos de diferencias en las condiciones de la obra. De hecho, *Spearin* no se enseña normalmente como un caso de condiciones diferentes de obra, sino más bien como la imposición de una garantía implícita de idoneidad de los planos y especificaciones para la construcción en general. Su relevancia limitada a las reclamaciones por condiciones diferentes de la obra es que cuando los planos y las especificaciones dictan cómo debe realizarse la construcción del subsuelo, dichos planos y especificaciones llevarán consigo una garantía de que las condiciones de la obra son tales que admitirán la construcción dictada.

c) Solución contractual

Un mecanismo obvio para hacer frente a las condiciones potencialmente adversas de la obra consiste únicamente en contratar sobre una base de costo incrementado (*cost-plus*), en virtud de la cual el propietario asume todos los costos de la construcción. En un contrato de costo incrementado, las condiciones ocultas de la obra rara vez son problemáticas para el contratista, ya que este no soporta la carga económica de las sorpresas⁴⁷. Al mismo tiempo, los propietarios no suelen estar a favor de los contratos de costo incrementado, por lo que se requieren soluciones alternativas.

La solución más habitual consiste en incluir una cláusula de diferentes condiciones de la obra, en virtud de la cual el propietario se hace cargo de los costos adicionales de construcción atribuibles a las condiciones adversas de la obra. Sin embargo, no todas las condiciones adversas de la obra entran en el ámbito de aplicación de la mayoría de las cláusulas de diferentes condiciones de la obra, sino solo dos tipos de condiciones diferentes, como se ejemplifica en la siguiente cláusula de diferentes condiciones de la obra tomada de contratos del gobierno federal con arreglo al Reglamento Federal de Adquisiciones:

El Contratista notificará por escrito al Oficial de Contrataciones, sin demora y antes de que se alteren las condiciones, lo siguiente: [Tipo I] Condiciones físicas del subsuelo o latentes en la obra que difieran sustancialmente de las indicadas en este contrato, o [Tipo II] Condiciones físicas desconocidas en la obra, de naturaleza inusual, que difieran sustancialmente de las encontradas normalmente y generalmente reconocidas como inherentes a trabajos del carácter previsto en el contrato. El Oficial de Contrataciones investigará las condiciones de la obra inmediatamente después de recibir el aviso. Si las condiciones difieren materialmente y causan un aumento o una disminución en el costo o en el tiempo requerido por el Contratista para ejecutar cualquier parte de los trabajos en

⁴⁷ Incluso en los contratos de costo incrementado, las diferentes condiciones de la obra pueden causar problemas hasta el punto de retrasar sustancialmente la construcción si el contratista no ha incluido un mecanismo para recuperar las “condiciones generales” ampliadas.

virtud de este contrato, hayan cambiado o no como resultado de las condiciones, se hará un ajuste equitativo en virtud de esta cláusula y el contrato se modificará por escrito en consecuencia⁴⁸.

En los contratos federales, estos dos tipos de diferentes condiciones de obra suelen denominarse por su identificación. Las condiciones de tipo I, es decir, las que difieren de las indicadas en los documentos contractuales, eran indemnizables incluso con arreglo al derecho común. No obstante, la inclusión en un contrato es beneficiosa, ya que elimina cualquier cuestión de culpa o confianza justificable que de otro modo podría ser necesaria para demostrar una tergiversación procesable en responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, las condiciones de tipo II son precisamente el tipo de condiciones que *no* admiten reclamaciones de indemnización adicional a la luz de la norma del derecho común articulada en *Dermott v. Jones*. Debe tenerse en cuenta que la cláusula no prevé una indemnización por todas las condiciones de la obra que difieran de las previstas subjetivamente por el contratista, sino solo por “las que se encuentren habitualmente y se reconozca generalmente que son inherentes a un trabajo del carácter previsto en el contrato”. En resumen, se imputará al contratista el conocimiento de las condiciones de la obra que los contratistas que realizan trabajos similares deberían razonablemente prever.

¿De qué manera las condiciones de obra diferentes del tipo II ofrecen una solución que el derecho común no ofrece? Sencillamente, traslada directamente la carga de las condiciones adversas del sitio al propietario, excepto cuando un contratista razonable debería haber previsto la posibilidad de tales condiciones adversas.

⁴⁸ 48 C.F.R. sección 52.236-2.

d) *La respuesta del propietario*

Ante una cláusula de diferentes condiciones de obra, al propietario le conviene asegurarse de que el contratista está tan informado como sea razonable (y económicamente) posible antes de fijar el precio de la obra. Una forma de informar al contratista consiste en obtener informes geotécnicos detallados antes de solicitar una oferta. Por supuesto, los estudios geotécnicos previos a la construcción no eliminan las reclamaciones por diferencias en las condiciones del sitio. Los estudios geotécnicos tienen limitaciones científicas y prácticas, y su costo limita la información previa a la licitación disponible para propietarios y contratistas.

Un segundo mecanismo consiste en que el propietario transfiera al contratista al menos parte de la carga de la investigación de la obra. Por ejemplo, un complemento de la cláusula sobre las diferentes condiciones de la obra mencionada anteriormente impone las siguientes obligaciones al contratista:

(a) El Contratista reconoce que ha tomado las medidas razonablemente necesarias para cerciorarse de la naturaleza y localización de la obra, y que ha investigado y se ha cerciorado de las condiciones generales y locales que pueden afectar a la obra o a su costo [...] El Contratista reconoce también que se ha cerciorado del carácter, calidad y cantidad de los materiales u obstáculos de la superficie y del subsuelo que se encontrarán, en la medida en que esta información sea razonablemente determinable a partir de una inspección del lugar, incluidos todos los trabajos exploratorios realizados por el Gobierno, así como de los planos y especificaciones que forman parte de este contrato. Cualquier omisión del Contratista no le eximirá de la responsabilidad de estimar adecuadamente la dificultad y el costo de la ejecución satisfactoria de los trabajos, o de proceder a la ejecución satisfactoria de los trabajos sin gastos adicionales para el Gobierno⁴⁹.

⁴⁹ 48 C.F.R., sección 52.236-3.

Cuando un contratista presenta una reclamación por diferencias en las condiciones de la obra, la respuesta del propietario suele ser que el contratista habría conocido las posibles diferencias en las condiciones de la obra —y habría incluido la construcción en esas condiciones en su oferta— si solo hubiera “tomado las medidas razonablemente necesarias” para determinar las condiciones de la obra.

3. EQUILIBRIO JUDICIAL

La cuestión sigue siendo dónde deben las cortes equilibrar los intereses y obligaciones de las partes entre la obligación de realizar investigaciones previas a la licitación y el derecho a ser compensado por las diferentes condiciones de la obra. Una corte federal sopesó recientemente los intereses contrapuestos y encontró la solución inherente al propio contrato:

[...] [la cláusula relativa a las diferentes condiciones de la obra antes citada] [...] existe precisamente para “eliminar de la licitación al menos parte de la apuesta sobre las condiciones del subsuelo”: en lugar de exigir precios elevados que deban asegurarse contra los riesgos inherentes a un conocimiento previo a la licitación inevitablemente limitado, la disposición permite a las partes ocuparse de las condiciones reales del subsuelo una vez que, cuando comiencen los trabajos, pueda razonablemente obtenerse información “más precisa” sobre ellas.

Por ese motivo, incluso los requisitos de inspección previa a la licitación por parte del contratista se han interpretado con cautela en lo que respecta a las condiciones que son difíciles de identificar con precisión antes de que comiencen los trabajos, de modo que “la obligación de realizar una inspección de la obra no anula la cláusula de cambio de las condiciones al poner al contratista en peligro de descubrir condiciones del subsuelo ocultas o que superen los límites de una inspección adecuada al tiempo disponible”⁵⁰.

⁵⁰ *Metcalf Constr. Co., Inc. v. United States*, 742 F.3d 984, 996 (Fed. Cir. 2014) (citando en parte *Foster Constr. C.A. & Williams Bros. Co. v. United States*, 193 Ct. Cl. 587, 435 F.2d 873, 887 (1970)).

Así, pues, la corte consideró que una obligación “razonable” previa a la licitación consiste en realizar “una inspección adecuada al tiempo disponible”. Cabe señalar que una inspección “razonable” previa a la licitación está limitada además por la sensibilidad económica: incluso en los casos en que el contratista dispone de semanas para preparar una oferta, un contratista “razonable” limitaría el costo de una investigación previa a la licitación. ¿Cuál podría ser un coste “razonable”? No hay una respuesta sencilla, para bien o para mal, pero vale la pena observar que el propio propietario casi siempre contrata a un ingeniero geotécnico para evaluar la idoneidad y los requisitos de la construcción en un lugar determinado, y el alcance de la investigación del propietario bien podría educar a la corte en cuanto al equilibrio entre las conjeturas temerarias y la omnisciencia ineficiente⁵¹.

3.1. La posición inglesa

a) La posición general del derecho inglés

La pregunta habitual “¿Quién asume el riesgo del mal estado del suelo según la legislación inglesa?” ofrece una respuesta clara, aunque matizada. La respuesta es que el riesgo de mal estado del terreno o, expresado de forma más precisa y exhaustiva, “condiciones imprevistas del terreno”, puede asignarse con arreglo a las líneas contractuales que las partes elijan. Sin embargo, si las partes no han llegado a un acuerdo expreso sobre el riesgo de que se produzcan condiciones adversas en la obra, la legislación inglesa es clara en el sentido de que, en un contrato de precio fijo, es el *contratista* quien asume el riesgo de sufrir retrasos o trastornos, o de incurrir en costos adicionales, porque sus obras resulten más difíciles o costosas de ejecutar de lo que había previsto (y podía haber previsto).

⁵¹ Hay que tener en cuenta que no todas las diferentes condiciones de obra son el tipo de condiciones que los ingenieros geotécnicos deben (o pueden) descubrir. De hecho, algunos contratistas son tan aptos para predecir las condiciones de construcción como los ingenieros, pero el alcance de tales consideraciones queda fuera de nuestro examen actual.

Este enfoque se ilustra vívidamente en un caso ferroviario de finales de la era victoriana, que implicaba la construcción de una vía férrea por un importe global de 42,600 libras. El contratista encontró cantidades sustanciales de roca dura durante sus excavaciones, lo que causó retrasos e hizo que el contrato no le resultara rentable. A pesar de ello, la naturaleza de las obligaciones del contratista fue descrita por A.L. Smith, LJ (como era entonces), de la siguiente manera:

Me parece [...] que es un contrato absoluto; tanto si [el contratista] encontró roca en un grado pequeño, como si [el contratista] encontró roca en un grado grande, el acuerdo era hacer el trabajo por 42,600 libras⁵².

Como consecuencia de este planteamiento, la legislación inglesa exige que un contratista motivado para evitar aceptar el riesgo contractual de encontrarse inesperadamente con condiciones adversas en la obra busque una estipulación contractual que mejore el impacto económico de tales cuestiones. Sin embargo, en la práctica en el Reino Unido, es pertinente observar que el principal formulario estándar de contrato de construcción —el formulario JCT— *no* da derecho al contratista a una reducción de tiempo o dinero si se encuentran condiciones adversas. Sin embargo, sería inexacto sugerir que esto representa de algún modo una asignación de riesgos generalmente aceptada. Siempre es una cuestión de negociación.

Hasta ahora, hemos visto que la legislación inglesa está totalmente de acuerdo con la estadounidense en lo que respecta a las condiciones imprevistas de la obra. Sin embargo, como veremos a continuación, hay un aspecto de la legislación relativa a las condiciones imprevistas de la obra en el que existe un marcado contraste entre la legislación estadounidense y la inglesa.

⁵² *Re Nuttall & Lynton & Barnstaple Ry. Co.*, (1899) Hudson's BC (4ta ed., vol. 2) 279, 286.

b) *Información facilitada por el empresario al contratista*

En todo proyecto de construcción o ingeniería, es necesario que el empresario comunique al contratista cierto nivel de información sobre las obras propuestas antes de que este acepte emprenderlas. A este respecto, existen al menos dos tipos de información pertinentes.

En primer lugar, está la información sobre las obras que el empresario desea que se realicen. Esto, por supuesto, es fundamental para cualquier proyecto; sin embargo, dicha información puede adoptar diversas formas. En un extremo, puede consistir en una descripción básica y general de lo que el empresario desea que se construya, por ejemplo, “una casa de cinco dormitorios”. En el otro extremo del espectro, el trabajo que el empleador desea que se realice puede expresarse con gran detalle en forma de planos de diseño, especificaciones y similares, de modo que todo lo que el contratista debe hacer es construir la estructura, tal como se muestra en los planos.

El segundo tipo de información que un empresario puede facilitar a un contratista es la relativa a las condiciones de la obra. Dicha información puede obtenerse a partir de investigaciones del suelo, de registros geológicos o meteorológicos de la zona de la obra, de registros conservados por el empresario de estructuras artificiales ya existentes en la obra (como la ubicación de tuberías y otros servicios) o de otras características u obstáculos ocultos⁵³, o de otras fuentes. Con arreglo al derecho contractual inglés, el empresario no tiene obligación legal de facilitar dicha información al contratista, en caso de que dicha información forme parte de sus registros comerciales. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, puede ser muy útil que el empresario facilite esta información al contratista, para que este pueda anticiparse a las dificultades que puedan surgir y gestionarlas mejor, en lugar de tropezar con ellas durante el

⁵³ Lo que podría incluir, por ejemplo, contaminación conocida en el lugar.

transcurso de las obras, lo que provocaría retrasos inesperados y sobrecostos.

Existe una interrelación evidente entre ambos tipos de información. La posibilidad de construir lo que el empresario desea depende de las condiciones del lugar. Una estructura puede construirse perfectamente en un sitio pero ser difícil o imposible de construir en otra obra debido a las condiciones del sitio. Por lo tanto, si el empresario ha facilitado información sobre las condiciones de la obra que indica que son más favorables de lo que en realidad son, de modo que inevitablemente sea necesario modificar el diseño del empresario, el método de trabajo del contratista, o ambos, dos consecuencias serán casi inevitables: el proyecto se retrasará y aumentarán los costos en que incurra el contratista.

La pregunta que se plantea entonces es: ¿qué parte asume el riesgo de retraso y aumento de costos debido a que las condiciones de la obra son más adversas de lo previsto? Desde la perspectiva del derecho inglés, como hemos visto, el punto de partida será que el contratista está obligado a hacer lo que se ha comprometido a hacer, y el hecho de que las cosas hayan ido a peor (debido a unas condiciones de la obra imprevistas) no le exime de sus obligaciones, del mismo modo que el hecho de que las condiciones de la obra sean más favorables de lo previsto no confiere al empresario ningún derecho a un descuento sobre el precio fijo del contrato. No obstante, esta posición puede modificarse mediante contrato, y es habitual que los modelos de contrato confieran algún tipo de alivio al contratista cuyas obras se vean afectadas por condiciones adversas del lugar.

Dejando a un lado las condiciones contractuales, la cuestión que debemos considerar es la resuelta por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Spearin*, descrito anteriormente: ¿Es responsable un contratista del fracaso de una construcción realizada de estricta conformidad con los planos y especificaciones facilitados por el propietario? Como se ha señalado, *Spearin* atribuyó efectivamente la responsabilidad

al propietario, cuyo ingeniero facilitó planos y especificaciones que implícitamente garantizaban que eran adecuados para la construcción que se estaba llevando a cabo.

Así pues, el efecto de *Spearin* es liberar al contratista de las consecuencias perjudiciales que pueden derivarse de que las condiciones de la obra difieran de las descritas por el propietario.

¿Adoptan las cortes inglesas un enfoque igual, similar o totalmente diferente al adoptado en *Spearin*? Como veremos a continuación, la respuesta es “totalmente diferente”.

c) *Thorn v London Corporation*

Un caso que ilustra vívidamente los enfoques opuestos de las cortes inglesas y estadounidenses es *Thorn v. The Mayor and Commonalty of London*⁵⁴, una decisión de la Cámara de los Lores⁵⁵. El caso se refería a un contrato para la construcción de un nuevo puente en Blackfriars, Londres, sobre el río Támesis, un puente que todavía se mantiene en pie. El nuevo puente fue diseñado para el empleador por el ingeniero Joseph Cubitt. En los planos de Cubitt, las pilas del puente se construirían con cajones de hierro que se hundirían en el lecho del río. Una vez en su lugar, los pilares del puente podrían construirse dentro de una zona estanca y no se verían afectados por el movimiento de las mareas a lo largo del Támesis.

Desgraciadamente, el método de trabajo propuesto por Cubitt resultó inadecuado. Los cajones no podían resistir el flujo de agua del río y, por consiguiente, se introdujo un método de trabajo modificado sin utilizar algunos de los cajones. El efecto de esto fue aumentar el tiempo

⁵⁴ (1876) LR 1 HL 120.

⁵⁵ Que era entonces el tribunal supremo del Reino Unido, es decir, equivalente a la Corte Suprema de los Estados Unidos. En la actualidad, la máxima corte de apelación de Inglaterra y Gales es la Corte Suprema.

de las obras porque la capacidad de trabajo del contratista estaría sujeta a las condiciones de las mareas. Esto, a su vez, incrementó el costo de ejecución de las obras.

El contratista, que había sido contratado para construir el puente siguiendo el diseño proporcionado por el empresario, demandó al empresario por el costo adicional en que incurrió debido al cambio de diseño que fue necesario por el error en los planos de Cubitt. Las cláusulas del contrato no abordaban expresamente el problema concreto que se planteaba, a saber, si el contratista tenía derecho a una compensación económica o de otro tipo en caso de que el método de trabajo exigido por el diseño del ingeniero resultara intrínsecamente inadecuado en las circunstancias particulares.

La demanda del contratista contra el empresario se basaba en una cláusula que, según el contratista, debería estar implícita en el contrato como una cuestión de intención común (aunque no expresada) de las partes. La supuesta cláusula implícita era la siguiente:

Si un hombre celebra un contrato por el que obliga a otro a realizar cierto trabajo para él en un lugar determinado, se compromete implícitamente a que el lugar esté libre y a que el trabajo se realice allí. Del mismo modo, si estipula que el trabajo se realizará de una determinada manera, se compromete a que pueda realizarse de esa manera⁵⁶.

El argumento del contratista era que el empresario había incumplido esta garantía al exigir al contratista que realizara las obras de acuerdo con un diseño defectuoso⁵⁷, con la consecuencia de que el contratista tenía

⁵⁶ *Thorn*, (1876) LR 1 HL 120, 123 (asumiendo, por el Sr. Judah Philip Benjamin QC - un hombre que era propenso a apoyar causas pérdidas, incluyendo (antes de la Guerra Civil Americana) el mantenimiento de la esclavitud en América, y en Londres tratando de anular la sentencia de 14 años dada al demandante Tichborne). Tal era la fama del Sr. Benjamin que, en un temprano caso de construcción en Hong Kong, el presidente de la Corte Suprema lo describió (en referencia a sus argumentos en *Thorn*) como “uno de los abogados más inteligentes del Colegio de Abogados.” *Lau Yeong Wood v. Standard Oil Co. of New York*, [1908] HKLR 53, 61 (por Piggott, C.J.).

⁵⁷ Defectuoso, es decir, dado el entorno en el que debían realizarse las obras.

derecho a una indemnización por daños y perjuicios que representara sus costos adicionales durante el período de prolongación de las obras.

Cuando el caso se debatió ante la Cámara de los Lores, sus Señorías evidentemente tenían una opinión tan poco favorable de esta cláusula implícita propuesta que no se pidió al abogado del empresario que presentara alegaciones ante la Cámara.

En su discurso ante la Cámara, el Lord Cairns, Canciller de los Lores, dijo lo siguiente al considerar por qué no se debía encontrar tal cláusula implícita:

Señores, si el contratista en este caso hubiera acudido al Comité del Puente [el empleador], entonces encargado de supervisar las obras, y hubiera dicho: Queréis reconstruir el puente de Blackfriars, tenéis las especificaciones preparadas por el Sr. Cubitt; me pedís que licite por el contrato; ¿os comprometéis y me garantizáis que el puente se puede construir con cajones de esta manera que el Sr. Cubitt considera factible, pero que nunca antes he puesto en práctica? ¿Qué habría respondido el comité? ¿Puede alguien por un momento albergar alguna duda razonable sobre la respuesta que habría recibido? Se le habría dicho: Ustedes conocen a Mr. Cubitt tan bien como nosotros; nosotros, como ustedes, confiamos en él, debemos confiar en él; nosotros no garantizamos a Mr. Cubitt ni sus planes; ustedes son tan capaces como nosotros de juzgar si sus planes pueden llevarse a la práctica o no; si quieren confiar en ellos, bien; si no, pueden hacerlos probar por un ingeniero propio, o no necesitan emprender el trabajo; otros lo harán⁵⁸.

La afirmación anterior resume el enfoque inglés de la asignación de riesgos contractuales de que el trabajo sea más difícil o costoso de realizar debido a condiciones inesperadas de la obra. En resumen, si un contratista se compromete a realizar un determinado trabajo, ya sea sobre la base de su propio diseño o de un diseño que se le haya proporcionado, debe realizar dicho trabajo por el precio contractual acordado y dentro

⁵⁸ *Thorn*, (1876) LR 1 HL 120, 129. Los otros Lores de Derecho, Lords Chelmsford, Hatherley y O'Hagan, pronunciaron discursos en términos similares, aunque menos exorbitantes.

de los plazos establecidos. Un contrato puede conferir a un contratista derechos a tiempo y dinero adicionales si se encuentran condiciones de obra inesperadamente adversas; sin embargo, si no lo hace, no habrá ninguna cláusula implícita en el contrato que confiera al contratista ninguna de esas desgravaciones.

En resumen, la ley inglesa dice a los contratistas: “Haz lo que debas antes de firmar un contrato”. Si surgen imprevistos, incluidos aquellos que el empresario puede estar mejor situado para conocer que tú, no te eximen de tu compromiso contractual de construir una estructura por el precio £X en la fecha Y. La famosa afirmación del juez Brandeis en *Spearin* —que “si el contratista está obligado a construir de acuerdo con los planos y especificaciones preparados por el propietario, el contratista no será responsable de las consecuencias de los defectos en los planos y especificaciones”⁵⁹— representa la antítesis misma del derecho inglés, tal como se articuló en *Thorn*.

4. CONCLUSIÓN

Como ha reflejado nuestro estudio, las legislaciones inglesa y estadounidense han tomado caminos muy diferentes en lo que respecta a la asignación de responsabilidades por las diferentes condiciones de la obra. El tratamiento de las cláusulas “no indemnización por retraso” podría ser el mismo según nuestros principios de derecho común, pero la relativa rareza de este tipo de cláusulas en los contratos ingleses deja la cuestión sin respuesta.

Lo que también puede afirmarse con bastante seguridad es que el derecho estadounidense ha seguido al derecho inglés en su respeto subyacente por la capacidad de las partes para configurar sus propias relaciones comerciales y la reticencia de las cortes a interferir en los acuerdos privados salvo en casos de verdadera injusticia o abuso, como se refleja

⁵⁹ *United States v. Spearin*, 248 U.S. 132, 136 (1918).

en la jurisprudencia estadounidense sobre las cláusulas “no indemnización por retraso”. De hecho, la sólida jurisprudencia estadounidense relativa tanto a las cláusulas “no indemnización por daños” como a las cláusulas “diferentes condiciones de obra” surgió precisamente porque dichas cláusulas son habituales en los contratos estadounidenses como medio para ordenar las relaciones entre las partes. Si los contratos ingleses emplearan estas cláusulas, sería agradable pensar que esas cortes podrían recoger algunas de las opiniones judiciales surgidas de las semillas del derecho común inglés.

¿TENGA CUIDADO, CONSTRUCTOR? ¿LA PREOCUPACIÓN INTERNACIONAL POR LA NORMA CONTRA LAS GARANTÍAS IMPLÍCITAS DE EDIFICABILIDAD JUSTIFICA UN CAMBIO DE ENFOQUE EN NUEVA ZELANDA? *

Thomas Richards **

1. INTRODUCCIÓN

La libertad contractual significa que las partes son libres de emprender lo imposible. Por tanto, cuando un contratista se compromete a completar un proyecto, asume el riesgo de que esa tarea resulte imposible. Por lo general, un contratista no tendrá ninguna razón o inclinación para asumir ese riesgo y solo una disposición contractual expresa convencerá a un tribunal de que lo ha hecho. En resumen, los comitentes no garantizan implícitamente la edificabilidad de los proyectos.

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester). Publicado originalmente como Thomas Richards, “Builder beware? Do international concerns with the rule against implied warranties of buildability warrant a change in approach for New Zealand?”, *Construction Law International*, Vol. 15, N° 2, 2020, pp. 24-32, del International Bar Association, London, UK.

** Cuenta con una amplia experiencia internacional en litigios comerciales, centrada en litigios de construcción. Asesora a organismos gubernamentales, contratistas y consultoras en litigios por variaciones y retrasos derivados de grandes proyectos públicos y privados. También tiene especial experiencia en la prevención de litigios en proyectos en curso. Ha trabajado con una amplia gama de clientes en los sectores de energía eólica marina, hospitales y autopistas, así como en proyectos comerciales de gran valor. Se graduó como *Barrister and Solicitor* del Tribunal Superior de Nueva Zelanda en 2015 y recibió su LLM de la LSE en 2022. Fue ganador del Concurso de Ensayos de la Sociedad Neozelandesa de Derecho de la Construcción 2019, y su trabajo sobre edificabilidad fue publicado por la revista *Construction Law International* de la Asociación Internacional de Abogados en 2020. En 2021 se presentó a la 9ª Conferencia de la Sociedad Internacional de Derecho de la Construcción sobre mitigación del riesgo de edificabilidad. En 2022 ganó el LSE Atkin Chambers Construction Law Moot.

Sin embargo, varias autoridades de toda la Commonwealth (y la autoridad gobernante en Estados Unidos) cuestionan la utilidad del enfoque ortodoxo sobre la base de que impone una carga inviable a los posibles contratistas y no logra emparejar eficazmente el riesgo con el control.

Está claro, tanto por la experiencia práctica como por la quiebra de varias grandes empresas del sector en los últimos años, que el riesgo (incluido el riesgo de edificabilidad) no siempre se gestiona bien en el sector de la construcción neozelandés.

Sin embargo, este artículo sostiene que los desafíos internacionales a la ortodoxia no justifican un cambio de enfoque en Nueva Zelanda. El enfoque actual vincula el riesgo con el control y la carga que impone a los contratistas (aunque no es ligera) no es irrazonable. De hecho, la respuesta más viable al riesgo de edificabilidad es que los contratistas hagan uso de los procesos de etiquetado existentes y adopten un enfoque más conservador a la hora de licitar (incluyendo, cuando sea necesario, simplemente retirarse).

En el *common law*, el mismo principio asigna por defecto a los contratistas el riesgo tanto de edificabilidad como de las condiciones del subsuelo. Este artículo examina las autoridades relativas a ambos tipos de riesgo al analizar ese principio subyacente; sin embargo, en la práctica, las cláusulas estándar suelen modificar la asignación por defecto del riesgo de las condiciones del subsuelo. Por consiguiente, las observaciones de este artículo solo se aplican a los riesgos de edificabilidad (como detalles incoherentes que deben conciliarse, lo que a menudo da lugar a retrasos y costos adicionales), que siguen rigiéndose por el derecho común.

Cada vez es más frecuente que los comitentes recurran a la información anticipada del contratista (*early contractor input*) (ECI) para detectar problemas de edificabilidad. Aunque en este artículo no se aborda la

ECI, los contratistas deben tener en cuenta que no afecta a la asignación del riesgo de edificabilidad (que los contratistas siempre asumen por defecto), se trata simplemente de un intento práctico de reducir los riesgos que a los contratistas les interesa evitar, independientemente de que la edificabilidad sea o no su riesgo.

2. ENFOQUE ORTODOXO DE LA EDIFICABILIDAD

El planteamiento ortodoxo de la Commonwealth sobre la imposibilidad de realizar obras de construcción es que si un contratista garantiza que realizará determinados trabajos, la imposibilidad real de realizarlos no es excusa para su incumplimiento.

Es responsabilidad del contratista inspeccionar cuidadosamente el diseño antes de comprometerse a llevarlo a cabo¹. Si el contratista garantiza, entonces que realizará las obras de acuerdo con el diseño del comitente, el hecho de que el diseño no sea susceptible de construcción no dará al contratista ningún derecho a pago o plazo adicionales, a menos que el comitente haya garantizado expresamente la edificabilidad del diseño².

Esta regla tiene mayor fuerza cuando el diseño es elaborado por un consultor del comitente. El comitente no es responsable de la posibilidad o viabilidad del proyecto a menos que acuerde expresamente lo contrario³.

¹ *Tharsis Sulphur and Copper Co v McElroy & Sons* (1878) 3 App Cas 1040, 1043-1044, 1052-1053; *Thorn v Mayor and Commonalty of London* (1876) 1 App Cas 120, 128, 132-133, 138.

² *Laws of New Zealand. Building and Construction: Performance* (edición online, <https://tinyurl.com/yc9zpzjq>), 169; véase la nota 1 *supra*, *Thorn*, 131-133; véase la nota 1 *supra*, *Tharsis*, 1043-1044, 1053; *Wilkins and Davies Construction Co Ltd v Geraldine Borough* [1958] NZLR 985 (SC), 994, 996-997.

³ Julian Bailey, *Construction Law*, 2ª edición, Informa Law 2016, Vol. 1, párrafo 3.154.

Hudson lo explica así:

El principio cardinal, en ausencia de una cláusula de exención de responsabilidad expresa, es que un empresario que recurre a un asesor profesional no garantiza que la finalización de acuerdo con los planes o el diseño del asesor sea factible [...] En consecuencia, cualquier trabajo adicional necesario para lograr la finalización debe ser realizado por los contratistas a sus expensas si quieren cumplir con su responsabilidad en virtud del contrato, y no tendrán derecho a un pago adicional como una variación, incluso si se les hubiera instruido formalmente para hacer el trabajo en cuestión⁴.

Como explica Hudson, hay muy buenas razones para esta asignación de responsabilidades⁵:

Se considera que la experiencia del diseñador de un empleador radica en el diseño de la obra permanente final en el lugar, para satisfacer de la mejor manera posible la comodidad y otras necesidades de su cliente. Dichas necesidades pueden implicar mayores o menores elementos de durabilidad, calidad y rendimiento posterior al contrato, o de facilidad de mantenimiento y comodidad, por ejemplo. Por otro lado, la experiencia del contratista y su éxito en la competencia comercial con sus rivales depende de su habilidad en el área de la “edificabilidad”, es decir, en el “cómo”, no en el “qué”, de la construcción.

2.1. Thorn v Mayor and Commonalty of London

La principal autoridad de la Commonwealth en materia de edificabilidad es *Thorn*⁶. El caso se refería a la sustitución del puente de Blackfriars en Londres.

⁴ Nicholas Dennys y Robert Clay (eds.), *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 13th ed, Sweet & Maxwell 2015, párrafo 3-074.

⁵ *Ibid.*, párrafo 3-075.

⁶ *Thorn v Mayor and Commonalty of London* (1876) 1 App Cas 120 (HL).

En aquella época, el método convencional para cimentar pilares consistía en utilizar ataguías, pero el pliego de condiciones de la licitación exigía a los contratistas que utilizaran cajones de hierro.

Resultó que los cajones de hierro especificados eran inadecuados y se doblaban bajo presión. Al final, los cimientos se colocaron trabajando en las partes inferiores de los cajones en marea baja (lo que llevó más tiempo) y el contratista reclamó al comitente por el tiempo y la mano de obra adicionales que requirió el fallo de los cajones.

La Cámara de los Lores falló a favor del comitente⁷:

- Cuando un comitente invita a presentar ofertas para realizar un trabajo de acuerdo con determinadas especificaciones, ello no implica una garantía de que el trabajo pueda llevarse a cabo de acuerdo con dichas especificaciones.
- Antes de presentar una oferta, el licitador debe informarse exhaustivamente de todos los pormenores del trabajo, especialmente de la viabilidad de realizar el trabajo de acuerdo con las especificaciones. En caso necesario, el licitador deberá solicitar el asesoramiento de un experto para comprender correctamente el pliego de condiciones.
- Si un licitador confía en un pliego de condiciones facilitado por un comitente, en lugar de examinarlo por sí mismo, se trata de una “confianza ciega de lo más irrazonable”⁸.

La Cámara de los Lores también observó, en el siguiente pasaje, que el contratista podría haberse protegido del riesgo de que el diseño no fuera edificable⁹:

⁷ *Ibid.*, 131-132.

⁸ *Ibid.*, 132.

⁹ *Ibid.*, 133, por Lord Chelmsford.

Si el [Contratista] hubiera considerado, como estaba obligado a hacer, los términos del pliego de condiciones, se habría abstenido de licitar por el trabajo, o habría pedido al [Comitente] que le protegiera de la pérdida que probablemente sufriría si el [...] pliego de condiciones resultara ser incorrecto.

El pliego de condiciones de *Thorn* también incluía una serie de cláusulas de exención de responsabilidad por parte del comitente en relación con la información facilitada a los licitadores. Un error común es creer que esas cláusulas de exención de responsabilidad influyeron en la decisión de la Cámara de los Lores. En aras de la exhaustividad, hay que señalar que los lores solo se refirieron a esas cláusulas de exención de responsabilidad al rechazar un argumento según el cual eran pertinentes¹⁰.

2.2. Tharsis Sulphur and Copper Co v McElroy & Sons

Al año siguiente, la Cámara de los Lores volvió a enfrentarse a la cuestión de la edificabilidad en *Tharsis*¹¹.

En ese caso, el contratista se comprometió a construir una fábrica de acuerdo con un pliego de condiciones que exigía vigas de hierro inusualmente ligeras. Durante la construcción, el contratista descubrió que era difícil (si no imposible) moldear vigas del peso especificado. El contratista solicitó permiso, que le fue concedido por el ingeniero del contrato, para utilizar hierro adicional en la fundición de las vigas. El uso de hierro adicional incrementó el costo de finalización de las obras, y el contratista reclamó el pago de la diferencia.

La Cámara de los Lores sostuvo que el comitente no era responsable de las dificultades de especificación y no estaba obligado a pagar. El

¹⁰ *Ibid.*, 131.

¹¹ Véase la nota 1 *supra*, *Tharsis*.

contratista estaba obligado a terminar las obras que había contratado; si encontraba dificultades para hacerlo, era un riesgo que había asumido.

Las primeras autoridades inglesas son claras: en igualdad de condiciones, el acuerdo del contratista para realizar las obras especificadas significa que el contratista es responsable de completar esas obras, incluso si las especificaciones son difíciles o imposibles de cumplir¹².

2.3. *Wilkins and Davies v Geraldine Borough*

Los principios mencionados se adoptaron expresamente en Nueva Zelanda en *Wilkins and Davies v Geraldine Borough*¹³. El tribunal de *Wilkins and Davies* distinguió la anterior autoridad neozelandesa de *Thomas v Amuri County Council*, que (con todos los respetos, erróneamente) concluyó que *Thorn* no asignaba el riesgo de los hechos asumidos a los contratistas¹⁴.

El contrato de *Wilkins and Davies* preveía que el suelo de un depósito de hormigón se vertiera en seco y, para ello, el pliego de condiciones preveía que un bidón de 44 galones hiciera las veces de pozo. Resultó que ni un bidón de 44 galones, ni siquiera uno de 400 galones, era suficiente para mantener seca la zona. El contratista se vio obligado a adoptar un enfoque diferente.

El contratista presentó demandas alegando que el comitente había incumplido las garantías implícitas en cuanto a las condiciones físicas de

¹² *Ibid.*, 1043-1044, 1051-1052; véase la nota 6 *supra*, 132-133; *Jones v President and Scholars of St John's College* (1870) LR 6 QB 115, 127; *Hills v Sughrue* (1846) 15 M & W 253, 153 ER 844, 847.

¹³ Véase la nota 2 *supra*, *Wilkins and Davies*, 997-998; véase también *Sloney v Lodder* (1900) 20 NZLR 321 (CA), 366.

¹⁴ *Thomas v Amuri County Council* (1891) 9 NZLR 664; Cf. John Walton, "Unforeseen ground conditions and allocation of risk", *New Zealand Law Journal*, 2007, p. 209, 210, que señala que la asignación por defecto del riesgo según *Thorn* se aplica tanto a la edificabilidad como a las condiciones físicas.

la obra y la viabilidad del pliego de condiciones. El tribunal aprobó expresamente tanto *Thorn* como *Tharsis* al rechazar dichas reclamaciones, observando que:

La Cámara de los Lores rechazó en *Thorn v Mayor and Commonalty of London* (1876) 1 App Cas 120 cualquier pretensión de que exista una garantía implícita de que la obra puede realizarse de la forma y en las condiciones previstas en el pliego de condiciones¹⁵.

3. DESAFÍOS INTERNACIONALES A *THORN*

Thorn es la ortodoxia en la Commonwealth, pero Estados Unidos reconoce las garantías implícitas de edificabilidad desde hace más de un siglo y cada vez hay más decisiones de la Commonwealth que cuestionan o desafían discretamente a *Thorn*. Todas estas decisiones poco ortodoxas de la Commonwealth son posteriores a *Wilkins and Davies* y plantean la cuestión de si Nueva Zelanda debe o no seguir aplicando *Thorn*.

3.1. *Australia y Canadá*

3.1.1. *Australia*

En general, las autoridades australianas adoptan un razonamiento coherente con *Thorn*¹⁶. Pero varias decisiones (incluso al más alto nivel) cuestionan la idea que los contratistas deban ser responsables de informarse sobre un proyecto.

En *Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority*, Mason CJ expresó la opinión de que era de sentido común que los contratistas se informaran sobre todos los detalles de un proyecto antes de licitar, pero que el comentario en *Thorn* de que los contratistas *deberían* hacerlo,

¹⁵ Véase la nota 2 *supra*, *Wilkins and Davies*, 994, 996.

¹⁶ E.g., *In Re an Arbitration between Carr and The Shire of Wodonga* [1925] VLR 238; *George Wimpey & Co Ltd v Territory Enterprises Pty Ltd* (1971) 45 ALJR 38; *Thiess Services Pty Ltd v Mirvac Queensland Pty Ltd* [2006] QCA 50, párrafo 33.

no puede elevarse a norma jurídica absoluta – su valor y su fuerza dependen necesariamente de la relación entre las partes y de los acuerdos a los que lleguen¹⁷.

Más concretamente, en el caso *Morrison-Knudsen International v The Commonwealth*, el Tribunal Supremo interpretó a la baja la cláusula de exención de responsabilidad de un comitente sobre la exactitud de la información de la licitación, de modo que solo se aplicaba a las “inferencias o conclusiones [...] que el licitador pudiera” extraer de dicha información. El Tribunal razonó que la limitada oportunidad del contratista de recabar información por sí mismo le obligaba, efectivamente, a confiar en la información facilitada¹⁸.

3.1.2. *Canadá*

Varias autoridades canadienses han cuestionado el planteamiento de la propia sentencia *Thorn*¹⁹ o han permitido que los contratistas reclamen a los ingenieros de los comitentes por declaraciones erróneas negligentes²⁰. En ambas situaciones, los tribunales pertinentes razonaron que, en determinadas circunstancias (en particular, cuando los procesos de licitación estaban condensados), no debía esperarse que un contratista llegara a sus propias conclusiones.

Los tribunales canadienses, en particular, también han discrepado con el hecho de que los ingenieros de los comitentes (diseñadores) no

¹⁷ *Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority (NSW)* (1982) 149 CLR 337, 355. Cabe señalar que, sin embargo, Mason CJ estuvo de acuerdo en que el comitente en ese caso no había dado una garantía implícita de edificabilidad, en particular porque el contrato pertinente no fue negociado - los contratistas fueron simplemente dejados a tomarlo o dejarlo.

¹⁸ *Morrison-Knudsen International v The Commonwealth* (1972) 46 ALJR 265, 267.

¹⁹ *Auto Concrete Curb Ltd v South Nation River Conservation Authority* (1992) 89 DLR (4th) 393. Aunque, finalmente, la Corte Suprema de Canadá revocó la sentencia *Auto Concrete*, tanto el tribunal de primera instancia como el Tribunal de Apelación sostuvieron que el riesgo de la suposición no declarada del contratista (que podía emplear la metodología ilegal en la que se basaba su oferta) debía recaer en el comitente, porque no debía esperarse que este duplicara el trabajo que aparentemente ya había realizado el ingeniero del comitente.

²⁰ *Edgeworth Construction Ltd v ND Lea And Associates Ltd* (1993) 3 SCR 206 (SCC), véase en particular las observaciones del apartado 18.

asuman el riesgo de la edificabilidad de sus propios diseños, sino que obliguen a los contratistas a contratar a sus propios ingenieros y volver a hacer el trabajo.

3.1.3. La preocupación común

El tema común que subyace a esos desafíos australianos y canadienses es que *Thorn* encaja incómodamente con las realidades de la licitación en la industria de la construcción actual, en particular debido a:

- Las desiguales oportunidades que se dan a comitentes y contratistas para recabar información y examinar los diseños propuestos.
- La aparente duplicación de responsabilidades de diseño entre el ingeniero del comitente (el diseñador) y el contratista.

3.2. Estados Unidos

3.2.1. La doctrina Spearin

Estados Unidos nunca ha seguido el ejemplo de *Thorn*. La principal autoridad en el enfoque estadounidense de la edificabilidad es *United States v Spearin*, que resume claramente la posición de la siguiente manera:

Si el contratista está obligado a construir de acuerdo con los planos y especificaciones preparados por el propietario, no será responsable de las consecuencias de los defectos en los planos y especificaciones [...] Esta responsabilidad del propietario no se supera con las cláusulas habituales que exigen a los constructores visitar la obra, comprobar los planos e informarse de los requisitos de la obra²¹.

²¹ *United States v Spearin* (1918) 248 US 132, 135-136.

Sin embargo, aunque *Spearin* resumió y confirmó el planteamiento estadounidense, la Corte Suprema no desentrañó su lógica subyacente. Más bien, ese razonamiento se encuentra en las autoridades anteriores confirmadas en *Spearin*, una de las cuales (*Bentley v State*) es especialmente relevante, ya que consideró y distinguió expresamente a *Thorn*.

3.2.2. *Bentley v State*

*Bentley*²² se refería a la construcción de una nueva ala para el edificio del Capitolio de Wisconsin. El proyecto se financió mediante una ley de la legislatura estatal, que se aprobó antes de que se convocaran las licitaciones. Como era de esperar, incluso la oferta más baja superaba el presupuesto autorizado.

El superintendente modificó su pliego de condiciones —reduciendo las dimensiones de los elementos estructurales de hierro fundido²³— y pidió al licitador con el precio más bajo que volviera a tasar el proyecto sobre esa base. La nueva oferta se ajustó al presupuesto y fue aceptada. Todo esto ocurrió en el transcurso de una sola reunión²⁴.

En última instancia, el peso de la estructura resultó ser demasiado para los miembros de hierro fundido mermados y se derrumbó antes de que finalizara la construcción. El contratista presentó una reclamación por los costos de reparación de las obras dañadas por el derrumbe.

La Corte Suprema de Wisconsin aceptó que el comitente sea responsable del derrumbe del edificio porque había optado por proporcionar un diseño inadecuado, en circunstancias en las que el contratista solo cobraría por cumplir ese diseño: el comitente obligó al contratista a construir un edificio inferior y, por tanto, el comitente era responsable

²² *Bentley v State* 73 Wis 416 (1889) 41 NW 338.

²³ En opinión del autor, esto debería haber hecho saltar las alarmas.

²⁴ Al final de la cual, en opinión del autor, las alarmas deberían haber sido ensordecedoras.

de las consecuencias²⁵. La Corte declinó la invitación del Estado a seguir el ejemplo de *Thorn*, razonando que el comitente en *Thorn* conservaba muy poco control sobre la parte de las obras que incluía los cajones defectuosos, mientras que el superintendente del Estado conservaba “el derecho a determinar todas las cuestiones relacionadas con el material y la mano de obra”²⁶.

3.2.3. *La racionalidad*

La lógica que subyace a la doctrina *Spearin*, ilustrada claramente en *Bentley*, es que la responsabilidad por el diseño va unida al control sobre el diseño. Aunque la Corte Suprema en *Spearin* no lo dijo directamente, esa lógica también es completamente coherente con el siguiente pasaje de su razonamiento:

[...] la inserción de los artículos que prescriben el carácter, las dimensiones y la ubicación del alcantarillado importó una garantía de que si se cumplían las especificaciones, el alcantarillado sería adecuado. Esta garantía implícita no queda anulada por las cláusulas generales que obligan al contratista a examinar el emplazamiento, comprobar los planos y asumir la responsabilidad de la obra hasta su finalización y aceptación²⁷.

3.3 *Inglaterra*

Apartándose aparentemente de *Thorn*, el Tribunal de Apelación inglés aceptó, en el asunto *Bacal v Northampton Development Corporation*²⁸, que el comitente de un proyecto de construcción de viviendas garantizaba implícitamente que las condiciones del suelo del emplazamiento coincidían con las muestras de sondeos facilitadas a los licitadores.

²⁵ Véase la nota 22, p. 343. Véase también la observación del tribunal (p. 344), de que “el Estado se comprometió a proporcionar planos y especificaciones adecuados, y exigió a los demandantes que se ajustaran a ellos, y asumió el control y la supervisión de su ejecución, con lo que asumió el riesgo de su eficacia”.

²⁶ *Ibid.*, 344. La legitimidad de esta distinción se analiza más adelante.

²⁷ Véase la nota 21 *supra*, p. 137.

²⁸ *Bacal Construction (Midlands) Ltd v Northampton Development Corporation* [1978] 8 BLR 88 (EWCA).

El comitente facilitó a los posibles licitadores los resultados de las muestras de sondeos que indicaban que el suelo del emplazamiento estaba compuesto por “arena de Northamptonshire y arcilla de lías superior”.

Se pidió a los licitadores que presentaran, junto con sus ofertas, diseños de subestructuras y baremos de precios para seis bloques de muestra, que luego se utilizarían para preparar un baremo de cantidades para todo el proyecto. Los licitadores también debían preparar esos documentos suponiendo que las muestras de suelo de los sondeos reflejaban con exactitud las condiciones del emplazamiento²⁹. De hecho, el emplazamiento contenía depósitos de un material esponjoso, lo que obligaba a rediseñar las cimentaciones afectadas. Tras referirse a la indicación del comitente de suponer que las muestras de sondeos eran exactas, el Tribunal consideró que el comitente garantizaba implícitamente que las condiciones del terreno en el emplazamiento coincidirían con dichas muestras.

Esa conclusión aceptó aparentemente el argumento del contratista de no fijar el precio y planificar un “desarrollo integral” sin conocer las condiciones del terreno en el lugar, pero está claro que el resultado también dependía del hecho de que el comitente diera instrucciones a los licitadores para que hicieran una suposición sobre las condiciones en el lugar.

En consecuencia, *Bacal* puede considerarse como una autoridad para la proposición de que un comitente que ordena a los licitadores hacer una suposición particular garantiza implícitamente que esa suposición es exacta³⁰. A su vez, esa proposición refleja la preocupación de

²⁹ *Ibid.*, p. 96.

³⁰ Véase Douglas Jones, “Latent Site Conditions”, *Building And Construction Law Journal*, Vol. 2, Iss. 3, 1986, p. 208. La opinión alternativa es que refleja la preocupación de que el riesgo debe recaer en los comitentes (que están mejor situados para recopilar y comprobar la información) en lugar de en los contratistas (que a menudo, como cuestión práctica, tienen que asumir que

que el riesgo debe ir acompañado de control, aunque (a diferencia de *Spearin* y *Bentley*) *Bacal* se centró en el control durante el proceso de licitación.

4. EVALUANDO LOS PROBLEMAS: ¿ESTÁ JUSTIFICADO APARTARSE DE LA DOCTRINA *THORN*?

El resultado de la discusión anterior es que parece haber dos preocupaciones sustantivas subyacentes a las decisiones que cuestionan (ligera o significativamente) la asignación por defecto de riesgos a los contratistas en virtud de *Thorn*. Estas preocupaciones, con respecto a las cuales se evalúa *Thorn* en la siguiente sección, son que:

- *Thorn* ignora las realidades de la industria de la construcción actual; y
- *Thorn* no garantiza que el riesgo vaya unido al control.

¿Ignora *Thorn* la realidad actual del sector de la construcción? Es innegable que los comitentes tienen más posibilidades de recabar información y revisar los planos. Un proyecto puede estar en desarrollo durante un año o más antes de salir a concurso. En cambio, los licitadores suelen tener entre uno y dos meses³¹ para examinar la convocatoria de licitación, ponerse en contacto con los subcontratistas, fijar el precio de las obras y preparar una oferta. El plazo es ajustado y es comprensible que los contratistas se basen simplemente en la información facilitada por el comitente para cumplir los plazos³².

la información facilitada es exacta). En ese caso, la evaluación de las preocupaciones australiana y canadiense, expuesta en la sección siguiente, se aplica igualmente a *Bacal*.

³¹ Richard Wilkinson, "Risky Business: Compiling a Tender Package", *BCL*, Vol. 24, 2008, p. 377.

³² *Ibid.*; véase la nota 18 *supra*, p. 267; véase la nota 14 *supra*, Walton, *Op. cit.*; véase también la información según la cual el 75 % de los contratistas que respondieron a una encuesta en Nueva Zelanda consideraban que la información facilitada por el comitente era una de las tres causas principales de los litigios en la construcción, reportado en Russell McVeagh, *Getting it*

Del mismo modo, los ingenieros de los comitentes dispondrán invariablemente de mucho más tiempo para preparar un pliego de condiciones que los posibles licitadores para preparar sus ofertas. Además, los ingenieros de los comitentes tienen la ventaja de ser ingenieros, mientras que los contratistas son expertos en construir según un diseño.

La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿por qué no van a ser los comitentes —que disponen de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para preparar un pliego de condiciones adecuado— responsables de los errores, incoherencias, imposibilidades u omisiones del material que facilitan a los contratistas? O, lo que es posiblemente más importante, ¿por qué deben asumir ese riesgo los contratistas?

La respuesta sencilla es que los contratistas siguen estando mejor situados para gestionar el riesgo de la edificabilidad.

4.1. Tiempo y experiencia

Existe una disparidad entre el tiempo de que disponen los comitentes (y sus asesores) para elaborar un pliego de condiciones y el tiempo de que disponen los contratistas (y sus subcontratistas) para preparar una oferta. También es cierto que no se puede esperar que los contratistas posean conocimientos de ingeniería. Pero estas disparidades suelen tener una importancia limitada porque:

- No se espera que los contratistas elaboren el pliego de condiciones de todo un proyecto. Lo que se espera de ellos es que examinen un pliego de condiciones ya elaborado, que determinen si licitan o no las obras y que elaboren un precio para dicha licitación.

- Esta tarea se ve simplificada por el hecho de que los contratistas no llegan nuevos a cada proyecto, sino que aportan su experiencia. Si el proyecto propuesto implica el mismo trabajo y los mismos detalles que un proyecto anterior, el contratista sabrá qué se puede hacer y cuánto puede costar ese trabajo.
- La disparidad de conocimientos entre ingenieros y contratistas pierde su importancia cuando los contratistas tienen experiencia previa en el tipo de obras propuestas. No es injusto tratar a un contratista como experto en relación con la edificabilidad de las obras que ha realizado con éxito en el pasado.
- Además, la tarea de revisar y fijar el precio de las obras no se deja enteramente en manos de los posibles licitadores. En cambio, los contratistas generales buscan ofertas de subcontratistas para realizar paquetes especializados de obras, delegando parte de la tarea de fijar el precio de un proyecto.
- Además, la consulta a los subcontratistas debería proporcionar a los contratistas información especializada (necesariamente centrada en la edificabilidad) sobre el pliego de condiciones propuesto. Esto a menudo evitará que el contratista tenga que contratar a su propio consultor de ingeniería, al tiempo que le proporcionará una mayor comprensión de los paquetes subcontratados que la que podría proporcionarle el ingeniero del comitente.
- En última instancia, el proceso de preparación de una oferta debe implicar que un contratista con experiencia práctica o un subcontratista especializado considere cada aspecto de una especificación propuesta, y:

- Asigne un precio a ser alcanzable.
 - Etiquete lo inalcanzable.
 - Identifique las incógnitas (es decir, los riesgos) que debe gestionar el contratista.
- Y, de hecho, un examen de algunas de las autoridades aquí examinadas ilustra que esto tiende a ser cierto. En *Thorn*, el uso de cajones en lugar de ataguías era inusual: los problemas surgieron porque el contratista aceptó acríticamente que podía hacer lo que no se había hecho antes. Del mismo modo, en *Bentley*, el contratista tuvo que darse cuenta del riesgo inherente a un pliego de condiciones que se había modificado sobre la marcha en una reunión posterior a la licitación. En ambos casos, el riesgo era identificable, simplemente no se gestionó.
 - Además de que los contratistas y los comitentes tienen relativamente las mismas oportunidades de identificar los problemas de edificabilidad, hay que tener en cuenta que los contratistas y los comitentes tienen objetivos diferentes. Como señala Hudson, a los comitentes y a sus consultores de ingeniería les interesa un diseño que satisfaga las necesidades de los comitentes (idealmente de la forma más barata y rápida posible). Los contratistas son los únicos que deben preocuparse de que la construcción se ajuste a ese diseño³³.

El resultado es que es más probable que los contratistas identifiquen los problemas de edificabilidad y diseño. Esto se debe a que la atención es selectiva. El cerebro se centra en la información relevante para la tarea que está realizando y filtra las distracciones³⁴.

³³ Véase la nota 4 *supra*, párrafo 3-075.

³⁴ Daniel J Simons y Christopher F Chabris, "Gorillas in our midst: sustained inattentive blindness for dynamic events", *Perception*, Vol. 28, 1999, pp. 1059-1074.

En un famoso experimento, se pidió a los sujetos que contaran el número de veces que se pasaban una pelota de baloncesto entre los jugadores de un mismo equipo. Mientras se concentraban en esa tarea, una mayoría significativa de los sujetos no se percató de la presencia de un gorila caminando por la cancha de baloncesto.

El hecho de la atención selectiva significa que los contratistas y los comitentes (y sus respectivos asesores) buscarán y verán cosas diferentes en una propuesta de pliego de condiciones. El hecho de que la atención de los contratistas se dirija hacia la edificabilidad también sugiere que están mejor situados para gestionar el riesgo de edificabilidad.

En resumen, los contratistas suelen estar tan bien situados, si no mejor, que cualquier otra parte para identificar los problemas de edificabilidad en un diseño propuesto debido a su experiencia práctica en la construcción, su acceso a conocimientos especializados y su especial atención a lo que se requiere para completar (y debe incluirse en el precio) las obras que cumplen con el pliego de condiciones propuesto. Esto es así a pesar de las limitaciones de tiempo y las aparentes disparidades en los conocimientos especializados.

4.2. La carrera hacia el abismo

En este contexto, el punto fundamental en el que se basa *Thorn* —que los contratistas tienen opciones para gestionar el riesgo— sigue siendo válido. Cuando los contratistas son los más indicados para identificar el riesgo y tienen opciones para gestionarlo, esas opciones deben ejercerse. Concretamente, cuando se pide a un contratista que licite para un proyecto que implica incógnitas, ese contratista tendrá al menos cuatro opciones³⁵:

³⁵ En consonancia con las opciones esbozadas en la sentencia de Lord Chelmsford en el asunto *Thorn*, véase nota 6 *supra*, p. 133.

1. Abandonar el proyecto.
2. Pedir tiempo para investigar esas incógnitas antes de presentar una oferta.
3. Aceptar el proyecto con todas las garantías.
4. Identificar esas incógnitas, y
 - aumentar el precio para reflejar el riesgo que asume; o
 - etiquetar y negociar la asignación del riesgo de esas incógnitas.

De hecho, el proceso de contratación estándar está diseñado para permitir a los contratistas ejercer esas opciones mediante el uso de etiquetas. No se suele exigir a los licitadores que presenten una oferta para un proyecto sobre la base de “lo tomas o lo dejas”. Más bien, tienen derecho a “etiquetar” los elementos que no están dispuestos a aceptar sin más discusión o enmienda. El cierre de las etiquetas se convierte entonces en el objetivo de las reuniones posteriores a la licitación entre los comitentes y los licitadores preferidos.

El uso excesivo de etiquetas no es aconsejable porque un etiquetado excesivo suele indicar costos ocultos elevados o condiciones extensas, que tienden a disuadir a los comitentes, pero el proceso debe servir para identificar riesgos significativos y promover un debate abierto sobre la asignación de riesgos.

En particular, los licitadores deberían estar más dispuestos a utilizar este proceso para abordar directamente la asignación del riesgo de diseños o estrategias con los que no se han encontrado antes y que no tienen razones objetivas para aceptar como viables.

Además, en la medida en que una etiqueta no pueda cerrarse satisfactoriamente, los licitadores deberían estar dispuestos a retirarse. Los resultados del reciente estudio de Russell McVeagh sobre las causas de los litigios en el sector de la construcción indican que los contratistas infravaloran la utilidad del proceso de etiquetado (especialmente como defensa contra la información inadecuada facilitada por el comitente)³⁶.

Nada de esto quiere decir que vaya a ser fácil aplicar el cambio de cultura propuesto más arriba. El sector de la construcción implica grandes proyectos con márgenes estrechos. En la reciente sentencia *Mainzeal v Yan*, el Tribunal Superior de Nueva Zelanda aceptó que en 2012 “era bien sabido que la industria operaba con márgenes muy pequeños”³⁷. Ahora, como en 2012, los participantes en la industria deben ganar trabajo para sobrevivir; el flujo de caja es el alma de la industria de la construcción.

El resultado es que no suele ser una opción atractiva ni abandonar un proyecto ni hacer olas pidiendo más tiempo. El afán por conseguir trabajo también hace que los contratistas caigan en la tentación de ofertar poco y reducir al mínimo las etiquetas.

La construcción es un sector difícil y la presión para conseguir trabajo es obvia, pero ceder a esa presión y aceptarla como una realidad del sector significa que nunca se producirá el cambio. Tomar las medidas aquí expuestas puede significar perder trabajo; sin embargo, es necesario un cambio de cultura. La actual “carrera hacia el abismo” no es sostenible y ya ha empezado a cobrarse víctimas.

³⁶ Véase la nota 32 *supra*, McVeagh, *Op. cit.* En particular, compare las respuestas de los comitentes y los contratistas en relación con los problemas de la información facilitada por el comitente y los problemas derivados de no cerrar las etiquetas.

³⁷ *Mainzeal v Yan* [2019] NZHC 255, párrafo 243.

4.3. Asociar riesgo y control

Es indiscutible que “el riesgo del proyecto debe asignarse a la parte más capacitada para gestionarlo”³⁸. Tanto la doctrina *Spearin* como *Bacal* intentan dar efecto a este primer principio permitiendo la recuperación sobre la base de una garantía implícita de un comitente; sin embargo, cada enfoque adopta un punto de vista muy diferente en cuanto al tipo de control que justifica la implicación de dicha garantía.

4.4. Spearin - Control de las obras

La preocupación estadounidense de que el riesgo debe acompañar al control puede tratarse en breve. Aunque el riesgo debe asignarse a la parte mejor situada para gestionarlo, la doctrina *Spearin* en realidad no lo consigue. *Spearin* asigna el riesgo de edificabilidad a la parte que tiene el control sobre las obras de un proyecto, pero cuando el proyecto se ha adjudicado, ya se ha perdido la oportunidad de gestionar el riesgo de edificabilidad.

La parte que suele estar mejor situada para gestionar el riesgo de edificabilidad es el posible licitador. La asignación del riesgo con arreglo a *Thorn* refleja este hecho, no así la asignación del riesgo con arreglo a *Spearin*. Ciertamente, nada impedía al contratista de *Bentley* exigir una garantía expresa de que el diseño alarmantemente revisado en ese caso funcionaría: tenía el control en ese momento anterior, pero decidió no ejercerlo.

De ello se deduce que las autoridades estadounidenses (al menos en la medida en que pueden ser exploradas dentro de los límites de este artículo) no proporcionan una justificación para que Nueva Zelanda se aparte de *Thorn*.

³⁸ Max W. Abrahamson, “Risk Management”, *JCLR*, 1983, p. 241.

4.5. *Bacal - Control durante la licitación*

Hay razones más convincentes para apartarse de *Thorn* cuando, como en el caso *Bacal*, el mandante ordena a los licitadores que hagan una suposición durante el proceso de licitación. Tales directrices parecen privar a los licitadores de la oportunidad de considerar el riesgo inherente al supuesto y ajustar su precio en función del mismo.

Pero a pesar de su atractivo real, *Bacal* no puede considerarse una excepción a *Thorn*. Entre otras consideraciones:

- Como señala Taz, el Tribunal de Apelación omitió una serie de pasos críticos en su análisis de la implicación (incluida una evaluación de si las partes habrían acordado que la garantía “se daba por supuesta” en el momento del contrato), lo que convierte a *Bacal* en una autoridad dudosa a primera vista³⁹.
- No está claro que el comitente ordenara realmente a los licitadores que aceptaran que las muestras de los sondeos eran exactas. El comitente no tenía ningún conocimiento especial de las condiciones del terreno y es más probable que pidiera que todas las ofertas se hicieran sobre las mismas bases para permitir una comparación de “manzanas con manzanas” de las propuestas. Esto subraya la diferencia de prioridades (y la consiguiente diferencia de enfoque) entre los comitentes y los contratistas durante la licitación.

El proceso de implicación solo pretende revelar una disposición obvia, aunque tácita, como parte de un acuerdo contractual. Pero es difícil pensar en una situación en la que un comitente garantice “obviamente” la edificabilidad; no tendría ningún incentivo para hacerlo y cualquier

³⁹ Deniz Taz, “Encountering the unforeseen: Difficult ground conditions and the rights of a Contractor”, *BCL*, Vol. 28, 2012, pp. 337-339.

indicio de garantía podría ser el resultado de un error de comunicación (como probablemente ocurrió en el caso *Bacal*).

Teniendo en cuenta esta observación, junto con el hecho de que los licitadores suelen estar mejor situados que los comitentes para identificar los riesgos de edificabilidad (y para evaluar cómo pueden gestionarse razonablemente), es difícil concluir que incluso un caso como el de *Bacal* justifique la implicación de una garantía por parte del comitente. El mejor enfoque sería que cualquier licitador que crea que su posible cliente está ofreciendo (excepcionalmente) una garantía de edificabilidad pida confirmación expresa.

5. CONCLUSIÓN Y ORIENTACIONES PRÁCTICAS

Los contratistas suelen ser los más indicados para identificar los riesgos de edificabilidad. Una combinación de experiencia práctica y acceso a conocimientos especializados (en el curso ordinario de la preparación de una licitación) significa que tales riesgos serán normalmente identificables sin ninguna duplicación del trabajo de ingeniería. Los contratistas también son los más indicados para plantear y gestionar estos riesgos haciendo uso del proceso de etiquetado. En última instancia, también tienen la capacidad de retirarse si el perfil de riesgo de un proyecto es injustificable. Por tanto, el control de los riesgos de edificabilidad corresponde a los licitadores potenciales.

De ello se deduce que mantener *Thorn* como norma rígida es lo mejor. En lugar de permitir excepciones, los contratistas deben estar preparados para luchar por sus intereses (incluso si eso significa sufrir ocasionalmente el estrés de quedarse sin nuevos trabajos). A la luz de esta conclusión, los contratistas harían bien en tener en cuenta lo siguiente a la hora de licitar:

- Con o sin fase ECI, los contratistas corren el riesgo de la edificabilidad.

- Pero ese riesgo es gestionable, en particular:
 - La experiencia adquirida y el asesoramiento de subcontratistas especializados.
 - La comprensión de los riesgos aceptables y la fijación de los precios correspondientes.
 - Etiquetar y negociar lo inaudito.
 - Estar dispuesto a renunciar a los riesgos inaceptables.

En resumen: constructor, tenga cuidado.

LA DISRUPCIÓN Y EL ATRASO EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN. (LA MIRADA DE UN *CIVIL LAWYER*)

Yuri Vega Mere *

1. IDEAS INTRODUCTORIAS

En los arbitrajes de construcción, y sobre todo en aquellos que se suscitan en algún país anglosajón (entre ellos, Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos de América), la figura de la disrupción tiene una amplia aplicación dentro de los reclamos (*claims*) por parte de los contratistas. Paradójicamente, en nuestro medio la disrupción aún carece de una amplia difusión, sobre todo entre los árbitros y no tanto entre los ingenieros que intervienen como peritos en los procesos.

Probablemente la mayor dificultad que enfrentamos los árbitros y los abogados de las partes radique en la necesidad de encuadrar los reclamos dentro de alguna institución legalmente admitida o en determinados principios¹, siempre partiendo de la premisa que la disrupción se plantea en el marco de las disputas que se generan durante la ejecución de un contrato de construcción.

Pese a ello, la disrupción se viene abriendo paso dentro de la escasa doctrina local que sirve de soporte para la presentación de un reclamo anclado en aquella, a lo que se suma la amplia libertad que ofrece un proceso arbitral para presentar autoridades que sustenten las pretensiones de un constructor. En ningún caso, no obstante, se podrá prescindir

* Profesor de Contratos, Universidad de Lima. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María. Miembro de la Society of Construction Law (Inglaterra).

¹ Como Collantes Rojas, *Delimitación de los reclamos por pérdida de productividad o disrupciones en el Contrato de Construcción Pública, Derecho & Sociedad*, Vol. 55, pp. 279-303.

de la necesidad ineludible de vincular el reclamo con las reglas legales aplicables o con aquellos principios que puedan dar soporte a la decisión que adopte un tribunal arbitral.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DISRUPCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL RETRASO

En todos los procesos constructivos el cronograma y el presupuesto pactados entre el contratista y el dueño de la obra son de esencial importancia. Pese a las previsiones y acuerdos no es extraño que un alto porcentaje de obras demanden, usualmente, tiempos mayores de los que se han acordado. Casi todos los proyectos experimentan variaciones en su ejecución por múltiples razones.

Del mismo modo, los contratistas calculan y definen los recursos que asignarán a cada obra de acuerdo con los alcances de esta y el tiempo dentro del cual se llevará a cabo la construcción. En otros términos, teniendo en miras los trabajos que deben ejecutarse, calculan la productividad que puede ser definida como la capacidad para desarrollar tareas en un tiempo dado y con una cantidad, también determinada, de recursos. La productividad es un concepto asociado a la relación entre lo producido y los medios empleados (mano de obra, materiales, equipos, etc.) en un período específico.

La productividad, complementariamente, sirve para medir la eficiencia en la producción de un resultado esperado sobre la base de los factores empleados para obtenerlo. Por ello se sostiene que en tanto se utilicen menos recursos para llegar a producir lo que se persigue [sin afectar otras variables como la calidad, especificaciones, etc.] se alcanza una mayor eficiencia.

La productividad, en esa misma línea, juega un papel fundamental en el desarrollo de las competencias como de la competitividad en cualquier tarea, incluida la de la construcción.

De otro lado, la eficiencia que se busca puede estar influenciada por otras variables: la disponibilidad de los recursos, su calidad, la cantidad, las herramientas y la tecnología aplicadas, la capacidad de los recursos, la experiencia, la curva de aprendizaje si no se cuenta con suficiente experiencia, el clima, entre diversos factores.

El aumento de la productividad, por lo demás, reduce costos, mejora la eficiencia y la rentabilidad.

Para que se incremente la productividad, no obstante, se requiere de la confluencia de mejoras en los procesos de producción de bienes o servicios y esas mejoras pueden asociarse con el uso de nuevas tecnologías, de personal permanentemente capacitado o que desarrolla nuevas habilidades, la identificación de áreas y oportunidades de mejoras, la revisión y modernización de los procesos mismos, la gestión de los procesos sin descuidar la calidad y el monitoreo y siempre bajo la definición de metas con las cuales se pueda medir los resultados planificados [susceptibles de ajuste] y aquellos que se concreten.

No debe perderse de vista que la productividad de un proceso no es ajena al contexto físico y social dentro del cual se despliegue el referido proceso. Y, en consecuencia, aquella puede verse influida por las condiciones climáticas, el entorno económico, los medios de los cuales se disponga, la interferencia de terceros, etc.

Esta [relativamente] amplia referencia a la importancia de la productividad es útil para poder entender el concepto de disrupción y poder diferenciarlo -hasta donde se pueda- del atraso o demora en la ejecución de un proyecto constructivo.

En el derecho de la construcción, a nivel internacional, es bastante conocida la labor que desarrolla la *Society of Construction Law*, SCL, una institución inglesa fundada en el año 1983, que promueve el estudio y la investigación (a través de publicaciones científicas y eventos) en el

campo del derecho de la construcción y temas relacionados desde su sede y con enorme influencia a nivel global, dado que cobija a varios miles de afiliados alrededor del mundo².

Una de las más conocidas contribuciones de la SCL ha sido la elaboración y divulgación de un Protocolo en materia de interrupción y atraso en la construcción, que son problemas o incidencias bastante frecuentes resueltas por las Cortes ordinarias y tribunales arbitrales.

Al día de hoy, y desde el año 2017, se dispone de una segunda versión de dicho Protocolo (*SCL Delay and Disruption Protocol, 2nd Edition, February 2017*) redactado por un comité de especialistas que, como se señala en el mismo documento, procura ofrecer recomendaciones para que las partes de un contrato de construcción puedan anticipar o administrar estos problemas a fin de evitar disputas y mayores costos:

The object of the Protocol is to provide useful guidance on some of the common delay and disruption issues that arise on construction projects, where one party wishes to recover from the other an extension of time (EOT) and/or compensation for the additional time spent and the resources used to complete the project. The purpose of the Protocol is to provide a means by which the parties can resolve these matters and avoid unnecessary disputes. A focus of the Protocol therefore is the provision of practical and principled guidance on proportionate measures for dealing with delay and disruption issues that can be applied in relation to all projects, regardless of complexity or scale, to avoid disputes and, where disputes are unavoidable, to limit the costs of those disputes. On certain issues, the Protocol identifies various options, with the choice of the most appropriate being dependent on the nature, scale and level of complexity of a particular project and the circumstances in which the issue is being considered. On other issues, the Protocol makes a recommendation as to the most appropriate course of action, should that be available³.

² Puede visitarse su sitio: <https://www.scl.org.uk/>

³ Society of Construction Law, *Delay and Disruption Protocol*, 2nd Edition: February 2017.

La otra gran ventaja del Protocolo es que precisa que los reclamos por interrupción solo pueden dar lugar a un reclamo si el contrato lo permite o si existe una acción específicamente prevista por la ley para ello:

Compensation may be recovered for disruption only to the extent that the contract permits or there is an available cause of action at law. The objective of a disruption analysis is to demonstrate the loss of productivity and hence additional loss and expense over and above that which would have been incurred were it not for the disruption events for which the Employer is responsible.

Estas iniciales referencias al *SCL Delay and Disruption Protocol* nos obligan a detenernos en el concepto de la interrupción, que este instrumento explica de la siguiente manera:

Al referirse a la “interrupción”, el Protocolo se refiere a los trastornos, obstaculización o interrupción de los métodos normales de trabajo de un contratista, que se traducen en una menor productividad o eficiencia en la ejecución de determinadas actividades de trabajo.

Si se impide al Contratista seguir lo que era su plan razonable en el momento de la celebración del contrato para la ejecución de las obras o de una parte de las mismas (es decir, se ve perturbado), lo más probable es que sus recursos alcancen un índice de productividad inferior al previsto en las actividades afectadas de modo que, en conjunto, la finalización de dichas actividades costará más y la rentabilidad del Contratista del Contratista sea inferior a la prevista. Los trabajos realizados con una productividad inferior a la razonablemente prevista (es decir, que se interrumpe) se traducirá en a: (a) el retraso de la actividad; o (b) la necesidad de aceleración, como el aumento de recursos, frentes de trabajo u horas de trabajo, para evitar el retraso de la actividad; o (c) una combinación de ambas, y por tanto, en cada caso, pérdidas y gastos. De ahí que la «perturbación» se refiere al análisis de la productividad de las actividades laborales independientemente de que dichas actividades se encuentren o no en la ruta crítica hacia la finalización de los trabajos. (traducción libre).

Como se aprecia, la disrupción es un concepto directamente asociado a la pérdida de productividad o eficiencia durante el proceso constructivo que se puede expresar, del mismo modo, como una aplicación ineficiente de recursos dado que no se obtienen los resultados planificados o, simplemente, se produce una afectación que no permite emplear los recursos reservados para una labor.

Sin perjuicio de la enumeración de las posibles causas [como se verá más adelante] la disrupción no es lo mismo que el atraso (*delay*) aun cuando la primera puede causar retraso en los trabajos a cargo del constructor o la demora puede ser la razón por la que se produce la disrupción. Ambos, por lo demás, son objeto de controversias frecuentes entre las partes de un contrato de construcción⁴.

Uno de los puntos sobre el cual luego regresaré al analizar cómo debería resolverse un reclamo de disrupción en nuestro medio es la alusión que contiene el Protocolo de la *SCL* en el sentido que solo se puede reclamar una indemnización por perturbación en la medida en que lo permita el contrato o exista una causa de acción legal. Empero, la justificación puede lograrse mediante el recurso a los principios del derecho contractual como también se ha abierto trocha en algunos países anglosajones e Inglaterra no es la excepción.

Algo similar parece ser objeto de controversia en Australia cuando Michael y Brand afirman que el reclamo por disrupción debe estar contemplado en el *construction contract* o en la ley, pero con la aclaración que [tal como nos interesa y que veremos luego] los principios contractuales (los del *common law* para ellos) deberían bastar para amparar dicho *claim*:

Los reclamos por atraso, disrupción y reclamos globales a menudo surgen dentro de las previsiones de un contrato o de los principios del common law. Algo que estos reclamos tienen en común es que surgen debido

⁴ Terry Williams, Fran Ackerman & Colin Eden, "Structuring a Delay and Disruption Claim: an application of cause-mapping and System Dynamics", *European Journal of Operational Research*, Vol. 148, N° 1, pp. 192-204.

a un acto, defecto u omisión del dueño de la obra o de una tercera persona de la que este es responsable.

Los tribunales han reconocido que el atraso, la disrupción y los reclamos globales pueden formularse y determinarse por un decisor bajo previsiones normativas⁵. Los principios del common law de esta clase de reclamos han sido adoptados por las Cortes pero su aplicación se revela inconsistente con las previsiones legales. Esto sucede particularmente en los casos en los que las doctrinas aceptadas para dichos reclamos no han sido plenamente apreciadas por los tribunales y en los casos en los que las reclamaciones por retrasos, perturbaciones y daños globales se clasifican como reclamaciones por daños y perjuicios derivadas de un incumplimiento de contrato.

Ello equivaldría a sostener que, si el contrato lo permite o existe una previsión normativa, el reclamo por disrupción prosperará; sin embargo, esta posición [para los mencionados autores, que comparto] resulta ser insuficiente o no satisfactoria si ante la ausencia de una estipulación o de alguna acción legal específica no se aplican los principios del derecho contractual, que *prima facie* sería [aunque no siempre, según veremos] por incumplimiento (*breach of contract*)⁶.

Cuando nos enfrentamos a un caso de *disruption*, el contratista debe probar que ha atravesado (o atraviesa)⁷, por una pérdida de productividad y, por tanto, que ha incurrido en un empleo ineficiente de recursos, esto es, en pérdidas y gastos mayores o adicionales a los planificados y pactados.

⁵ La expresión que emplean Michael y Brand es *statutory adjudication*. Ver Damian Michael & Michael C Brand, "Analysis of delay, disruption and global claims in the context of statutory adjudication in Australia", en la siguiente dirección (visitado el 30 de enero de 2025) https://wbc2013.apps.qut.edu.au/papers/cibwbc2013_submission_180.pdf

⁶ P or no aludir, como hacen otros autores, a *equitable remedies*, esto es, a soluciones creadas originariamente en la jurisdicción de la *Equity* a cargo del *Chancellor* y que mitigaba la rigurosidad de las soluciones de las cortes que aplicaban únicamente el *common law*.

⁷ Uno de los problemas reales de la disrupción es que, por lo general, es objeto de un reclamo cuando ella ya se ha producido y por ello, como veremos, tiene una gran dependencia de los registros y documentos del proyecto constructivo.

Por eso se ha afirmado, con razón, que los costos impactados (o el impacto sobre los costos) son producto del incremento que genera la disrupción y que, por lo general, proviene de cambios en el contrato de construcción. La productividad es inversamente proporcional a las horas/hombre necesarias para producir una determinada unidad de producto. Si aquella disminuye, el número de horas-hombre de trabajo para producir una tarea determinada aumentará⁸.

Las incidencias o perturbaciones, por lo demás, a efectos de que sean objeto de un *claim*, no pueden ser atribuibles al contratista sino al propietario (*owner*) de la obra, y ello debe ser claro al probarse la causalidad del origen.

Como ha señalado Eric Franco, al referirse a los reclamos por disrupción, atraso o aceleración, es sustancial entender que el contratista prepara su oferta y firma el contrato bajo la previsión de un volumen de trabajos en un plazo cierto sin demoras ni interrupciones, dado que de lo contrario tendría que incrementar el precio para enfrentar contingencias⁹.

La disrupción, de otro lado, va a impedir que se pueda completar la obra o bien en el tiempo previsto, en cuyo caso existirá atraso que debería dar lugar a una extensión de tiempo remunerada por el propietario; o bien no afectará —necesariamente— el cronograma, pero exigirá al constructor recuperar la productividad y, en no pocos casos, destinar mayores recursos a los presupuestados para no incurrir en retraso (y llegar a la aceleración que también puede tener efectos disruptivos). En el último caso, como se podrá observar, no se puede hablar de mora o retardo en los trabajos, pero sí se reportará un incremento de costos

⁸ Paul L. Stynchcomb, C. William Ibbs y James R. Newland, “Preparing and Presenting Loss of Labor Productivity Claims: Analysis of the Methodologies with Two Exemplars”, *The Construction Lawyer*, Vol. 40, N° 3, 2020, American Bar Association, pp. 18-30, p. 18.

⁹ Eric Franco Regio, “Reclamos por Demoras, Disrupción y Aceleración en Proyectos de Construcción” en Fernando Marcondes (Coordinador), *Temas de Direito da Construção*, Editora PINI, São Paulo, Pini, 2015, pp. 121-159, p. 122.

derivado de la ineficiencia en el empleo de los medios de los que dispone el contratista, cuando no del mayor uso de horas-hombre, equipos y otros factores, a efectos de recuperar la productividad. Si hay una aceleración en los trabajos, lo indicado será no duplicar el reclamo de atraso y disrupción sino concentrarse en uno de ellos.

La distinción de las casusas del impacto sobre las secuencias del proceso constructivo nos conduce a contemplar soluciones diferentes.

Si el trastorno proviene del atraso, se requerirá una extensión de tiempo, sin que ello signifique que la pérdida sufrida por la ineficiencia (si existe) quede al margen del reclamo que formule el contratista, pero bajo otras premisas. La realidad y los conceptos, en consecuencia, merecen remedios no coincidentes: el atraso requiere una extensión de tiempo y la aprobación de los costos adicionales que se devengarán hacia adelante y que tendrán que ser asumidos por el propietario si este ha sido el responsable; la disrupción alude a hechos acontecidos, pasados y se traducen en una pérdida cuyo origen, causalidad, imputación y cuantificación son los pilares para poder preparar el *claim*.

En el caso *Bell BCI Co contra Estados Unidos*¹⁰, el Tribunal Federal de Reclamaciones de los Estados Unidos (*United States Federal Court of Claims*)¹¹ distinguió entre las reclamaciones por retraso y las reclamaciones por perturbación en los siguientes términos:

¹⁰ Puede verse el fallo completo en <https://casetext.com/case/bell-bci-co-v-us>.

¹¹ Como se dice en su pág. web (<https://www.uscfc.uscourts.gov/court-info>), el Tribunal de Reclamaciones Federales de los Estados Unidos es un tribunal con jurisdicción nacional. Fue creado en octubre de 1982 y está compuesto por dieciséis jueces nombrados por el Presidente y confirmados por el Senado para un mandato de quince años. Tiene competencias en el ámbito de las impugnaciones de licitaciones, entre otras, y sobre todo en lo que se refiere a los contratos públicos. También en expropiación. Además, conoce de casos de propiedad intelectual, tribus indias y diversas reclamaciones legales contra Estados Unidos presentadas por particulares, empresas nacionales y extranjeras, estados y localidades, tribus y naciones indias, y ciudadanos y gobiernos extranjeros. Aunque muchos de los casos pendientes ante el tribunal implican demandas potencialmente valoradas en millones o incluso miles de millones de dólares, el tribunal también gestiona eficazmente numerosas demandas de menor cuantía. En los últimos años, se ha considerado que su especialidad es su capacidad para gestionar eficazmente litigios de gran envergadura, complejos y, a menudo, técnicos (resumen y traducción libre).

Existe una distinción entre una reclamación por “retraso” y una reclamación por “perturbación” o impacto acumulativo. Aunque los dos tipos de reclamaciones a menudo surgen juntos en el mismo proyecto, una reclamación por “retraso” refleja el tiempo y el coste de la demora por no poder trabajar, mientras que un siniestro de ‘disrupción’ refleja el coste de trabajar de forma menos eficiente que la prevista¹².

No siempre un evento disruptivo es acumulativo. Esa calificación obedece a la concurrencia de distintas causas: cambios en la ingeniería, encargo de obras adicionales, falta de disponibilidad del site en el que se ejecutará los trabajos, falta de definiciones o respuestas del comitente a las consultas del constructor, entre otros hechos, que producen una mayor dificultad [a veces extrema] para poder identificar e individualizar de modo preciso y certero la incidencia de cada evento en la perturbación del proceso constructivo. Los casos de acumulación de órdenes de cambio también pueden tener un impacto disruptivo y merecer algunas reflexiones que luego se comentarán.

En los arbitrajes de construcción, la formulación y sustentación de los reclamos por atraso no imputables al contratista se presentan, quizás, (aunque no siempre) como tareas menos arduas que la prueba de un *claim* por uno o más eventos disruptivos. La extensión del tiempo que se busca, además, tiene como finalidad evitar que sea el contratista quien responda por los daños que deriven de un retraso (*delay*), especialmente teniendo presente que el tiempo de conclusión (*completion*) de un proyecto constructivo es esencial para el propietario.

En estos casos se espera que el comitente o *employer* [dueño de la obra] reconozca una compensación asociada a los mayores costos de la ampliación del plazo, siempre que no concurra responsabilidad del constructor o ella sea el único factor desencadenante. A ello debe sumarse que, para medir cualquier atraso y su incidencia en el desarrollo de un

¹² La sentencia es del 25 de junio de 2009.

proyecto, el método comúnmente empleado [y aceptado] es el de la ruta crítica.

El método de la ruta crítica (*Critical path method* o *CPM*) permite planificar proyectos, asignar recursos y programar tareas en el tiempo y sirve como parámetro o técnica de medición del progreso real frente al planificado. De esa manera, se puede verificar los avances, la asignación y gestión de los recursos, priorizar tareas y anticipar posibles incidencias

La metodología emplea algoritmos matemáticos para planificar tareas y actividades en un proyecto constructivo y establece la dependencia entre ellas sobre la base del tiempo que cada cual demandará, de modo que se pueda calcular los plazos y la ruta más larga de todas y definir cuáles son claves o críticas de modo que su eventual atraso consuma las holguras (*floats*) y ponga en riesgo su terminación en las fechas programadas.

La comparación que permite confrontar el progreso real con el planificado no puede ignorar las incidencias y las causas que puedan representar la adecuada explicación del alejamiento que se advierta en dicho análisis para poder implementar soluciones a tiempo. La programación debe ser monitoreada dado que los desvíos o impactos en las actividades también inciden en los tiempos y costos previstos y en la eventual responsabilidad del constructor ante el propietario de la obra por no concluir en las fechas pactadas.

En los contratos de construcción es recomendable estipular procedimientos de alertas tempranas para hacer de conocimiento del propietario de la obra que existe un riesgo de no terminar los trabajos a efectos de que se concedan las ampliaciones de plazo, siempre sin descuidar la identificación de las causas que justifiquen esa extensión. Es más, el mayor tiempo podría obedecer a factores ajenos a ambas partes, pero igualmente podría ser razonable la concesión de la extensión.

A diferencia de un supuesto de disrupción, las partes pueden confiar en que, en ausencia de pacto, el Código Civil provee algunas soluciones para el caso de retraso no culposo. Así, el artículo 1316 por un lado sanciona, en su segundo párrafo, que cuando no se puede cumplir una prestación por una causa no imputable y dicho impedimento es temporal, el obligado no es responsable por el retardo mientras aquella perdura.

Y, por otro lado, el artículo 1317 del mismo Código prescribe que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes del cumplimiento tardío [entre los varios supuestos de inejecución o ejecución irregular] por causas no imputables.

Pese a que ambas normas liberan de responsabilidad al obligado, tal como lo hemos señalado en otro lugar, dichas normas siguen sin resolver el tema de los costos y de los beneficios conferidos hasta entonces¹³. Y esta advertencia no deja de ser importante en los contratos de construcción si el riesgo no se ha asignado a ninguna de las partes y si aquella que lo ha asumido no es compensada por ello (por ej. con un presupuesto de contingencias que incidiría en el valor de la oferta y que quizá descalifique al constructor frente a otras propuestas).

Al fin de cuentas, la solución de los preceptos citados se ciñe a la exoneración de responsabilidad de quien no puede ejecutar los trabajos, pero nada resuelve sobre los costos de inmovilización o paralización ni las consecuencias del retraso en la fecha prevista para la conclusión de un proyecto constructivo. Ello tendrá que ser objeto de un acuerdo específico antes o después del evento porque es frecuente que ambas partes deban soportar algún mayor coste sin poder trasladarlo [la una a la otra] en la medida que no se pruebe que inclusive bajo esas circunstancias una de ellas ha obtenido, pese a todo, algún beneficio.

¹³ Yuri Vega Mere, *Más allá de la imposibilidad y de la excesiva onerosidad. Notas sobre la frustración del contrato y la impracticabilidad comercial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 53-78, p. 55.

El resultado será diferente si la causa del atraso es un hecho del *employer* en cuyo caso el reclamo de una extensión de tiempo y los costos derivados de ella tendrán que ser de cargo de aquel.

3. ¿QUÉ HACER ANTE UN EVENTO DISRUPTIVO? ALGUNAS IDEAS INICIALES DESDE LA MIRADA DE UN *CIVIL LAWYER* Y EL RECURSO A LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL

Si bien en materia de atraso existe al menos algunas pocas normas que liberan de responsabilidad al contratista que experimenta un atraso no culposo, al lado de lo cual es previsible [al menos en el sector de la contratación privada] que en el contrato se pacte una mayor retribución por la extensión de plazo sobre todo si medió culpa del comitente, el art. 1776 del Código Civil reconoce que en el caso de un contrato a suma alzada, el constructor tiene derecho a la compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El dueño de la obra, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

A su turno, el tercer párrafo del art. 1783 prescribe que en un contrato por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista (*contractor*) debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o restaurarla. Por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada.

Ambas normas se refieren a casos frecuentes y una de ellas alude a un convenio expreso de las variaciones para que se reciba una mayor retribución (sobre todo en el caso del contrato a suma alzada o *lump sum work*) pero curiosamente para pagar menos no se exige que exista tal acuerdo y se consagra el derecho a exigir la reducción de la suma pactada si las variaciones implican una disminución de los trabajos. En una línea

similar, el numeral 1788 también traduce la idea de una retribución ali-neada con las labores desplegadas efectivamente por el contratista.

Lo que se puede percibir de los dos preceptos antes aludidos es que en el contrato de obra (y su subtipo, el de construcción) el principio que gobierna la retribución del constructor tiene como finalidad que se observe una adecuada proporcionalidad entre los servicios prestados por el contratista y la retribución, de modo que si aquellos varían la compensación debe seguir la misma suerte.

En ninguno de los supuestos previstos como hechos operativos de ambas reglas se alude a la interrupción. Es más, esta clase de perturbación no está contemplada ni en las normas que se aplican a los contratos entre particulares (me refiero al Código Civil) ni en la regulación de los contratos de obra a los que se refiere la legislación de contratación con el Estado.

Por ello resulta cierta la aseveración que la figura de la interrupción ha sido desconocida hasta hace algunos años como *claim* en las controversias derivadas de los contratos de construcción.

La dificultad de presentar y sustentar un reclamo por pérdida de productividad, en consecuencia, debe superarse bajo dos ideas matrices que se vinculen con el principio que subyace a las normas antes referidas: (a) la primera es que la ineficiencia en la asignación de recursos constituye un gasto inútil y, por ende, es un perjuicio o, simplemente, un daño experimentado por el contratista; (b) en tanto se pueda definir aquella pérdida de productividad como un daño, considero que este debe ser compensable sobre la base de los costos involucrados en la medida que el responsable sea el dueño de la obra.

Es aquí, precisamente, el momento u oportunidad en que la labor de un *civil lawyer* [consciente de que se trata de un reclamo que tiene una

larga historia en el mundo anglosajón -especialmente- y en las controversias internacionales] debe echar mano a los principios y reglas que vivan al interior del sistema legal dentro del cual se desenvuelve para intentar encuadrar el evento disruptivo como un supuesto de incumplimiento (*breach of contract*) y provocar el despliegue del régimen de responsabilidad civil contractual. Y así se ha sugerido¹⁴.

Dado que ni la ley ni la jurisprudencia (ordinaria o arbitral) consagran ideas rectoras sobre el particular, corresponde al *civil lawyer* calificar la pérdida que se sufre por una disrupción como un daño dado que se trata de un supuesto en el que el constructor sufre pérdidas derivadas de la improductividad en sus labores por causas ajenas a su comportamiento y, por el contrario, imputables al *employer* por diversas causas: a) órdenes de cambio o variaciones; b) falta de definiciones; c) ingeniería o expediente técnico deficiente, inexacto o incompleto; d) falta de entrega del *site* o mala administración de las interferencias entre contratistas o contratista principal y subcontratistas; etc.

La tarea no será sencilla porque deberá probar que las causas son imputables al dueño de la obra, el nexo causal y el daño y su cuantía o, como dicen Williams, Ackermann y Eden, probar *causality*, *responsability* y *quantum*¹⁵.

En otros términos, lo que correspondería en estos casos es reconducir o encauzar un *claim* por disrupción y subsecuente improductividad como un caso de incumplimiento contractual del *owner*.

Al fin de cuentas, las pérdidas económicas que son consecuencia de una disrupción no imputable al constructor representan un daño y ello

¹⁴ Me refiero al trabajo de Collantes, *Op. cit.*

¹⁵ Terry, Ackermann & Eden, *Op. cit.* Los criterios, sin embargo, también los aplican a los reclamos por atraso, lo que parece lógico y coherente, pero con la diferencia que el evento disruptivo es siempre más complejo en su naturaleza, origen, causas, etc., y menos conocido en realidades como la nuestra.

nos obliga a poner sobre la mesa un reclamo que se sustente sobre la base de los principios y reglas de la responsabilidad contractual.

El hecho de conectar el supuesto de interrupción con las ideas aludidas nos obliga a echar mano a esta institución que se encuentra compuesta por una serie de principios, reglas y conceptos que la convierten en un sistema en el sentido de ser un cuerpo ordenado y coherente con ciertas finalidades o funciones, siendo la más importante, precisamente, indemnizar un daño sobre la base de la concurrencia de determinadas condiciones o presupuestos.

Si echamos mano al sistema de la responsabilidad civil, además de probar la causalidad, que es uno de los desafíos más importantes en un reclamo por interrupción, también debemos probar que la conducta del *owner* no se encuentra justificada.

Y me parece que esta sería la calificación en los casos en que la ausencia de justificación de su comportamiento se revela por medio de una serie de facetas o expresiones que desde conductas que son producto de actos irregulares como entregar planos de ingeniería incompletos o defectuosos, o bien omisiones o ausencia de un obrar diligente como cuando no se garantiza el orden por la interferencia de subcontratistas u otros partícipes de la obra (administración deficiente) por falta de supervisión, falta de entrega del *site* o entrega atrasada del sitio o demora liberación de frentes de trabajo, falta de acceso al sitio de trabajo, malas condiciones del sitio, falta adecuada de respuestas a las preguntas del contratista sobre dudas justificadas generadas por la información entregada por el propietario, entre diversos supuestos.

De esa forma se debería acreditar una conducta no justificada y la imputación de esta al propietario, con lo que se va sentando la prueba de la causalidad en buena parte, pero para lo cual habrá de eliminarse todas aquellas circunstancias o hechos que dependan o sean responsabilidad del contratista.

Sin embargo, no puedo pasar por alto que la imputación de una conducta se rige, de acuerdo con el bloque normativo de la responsabilidad contractual del *civil law* por medio del factor de atribución “culpa”, cuestión que es diametralmente opuesta en el *common law* sin que, por lo demás, no deje de ser gravitante la presencia de la *fault*¹⁶ —en algunos casos— pero no como principio o factor predominante¹⁷.

Por lo demás, en algunos instrumentos internacionales de *soft law* que se aplican de manera supletoria o coadyuvante en arbitrajes internacionales, como es el caso de los Principios de los UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016), el incumplimiento de un contrato ya no exige la falta o culpa como uno de sus elementos caracterizadores dado que es una tendencia en este campo:

Artículo 7.1.1

(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío¹⁸.

¹⁶ Cf. Melvin Aron Eisenberg, “The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009, p. 1413 y ss.

¹⁷ Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, “Fault in American Contract Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009, p. 1341-1349.

¹⁸ Tampoco lo dice el Comentario al artículo en cuestión: “Este artículo define el ‘incumplimiento’ para los fines de los Principios. Se debe prestar especial atención a dos características de la definición. La primera es que la definición de ‘incumplimiento’ incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total. Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso. La segunda característica es que, para los propósitos de los Principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable. El incumplimiento puede ser excusable por motivo de la conducta de la otra parte (véase los Artículos 7.1.2 (Interferencia de la otra parte) y 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento) y sus Comentarios o por acontecimientos imprevisibles y fuera de su control (véase el Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) y sus Comentarios). Una parte no está facultada para reclamar el resarcimiento

La tarea para la formulación del reclamo se vuelva más compleja cuando el contrato contiene algunas autorizaciones a favor del *employer* que pueden tener efectos disruptivos y es aquí en donde entran en juego una serie de consideraciones.

Al formular esta advertencia no estoy proponiendo renunciar a la aplicación de las reglas y principios del derecho contractual, pero sí creo necesario formular un viraje en el sentido de migrar [no siempre] a directrices más precisas, pero a la vez más generales del derecho contractual especialmente para los casos en los que el *owner* actuó amparado en el contrato. Me refiero, fundamental pero no únicamente, a los casos en los que se emiten válidas órdenes de cambio y se compensa por ellas al *builder*, pero —como luego veremos— también produjeron, en su acumulación, disrupción. Luego mencionaré otros supuestos de conducta que se soporta en el acuerdo.

En estos casos no solo no se puede hablar de una conducta antijurídica [calificación que en mi opinión debería ser abandonada también por el derecho de daños y sustituirla por la de conducta o daño injusto], sino que tampoco hay un comportamiento injustificado. Es más, el constructor puede haber experimentado y recibido la emisión de múltiples órdenes de cambio, cobrar por ellas, pero en la acumulación, sufrir perturbaciones que no ha sabido anticipar o cuyo costo no ha internalizado en la estructura de la compensación de los cambios por ser efectos

o el cumplimiento específico por un incumplimiento excusable de la otra parte, pero la parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho, en principio, a resolver el contrato independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable (véase los Artículos 7.3.1 y siguientes, y sus Comentarios).

No existe una disposición general que trate de la acumulación de remedios. La presunción establecida en los Principios es que pueden acumularse todos los remedios que no sean incongruentes entre sí por su propia naturaleza. Así, en general, una parte que insista con éxito en el cumplimiento no se encuentra facultada para el resarcimiento, pero esto no excluye que una parte no pueda resolver un contrato por un incumplimiento no excusable y al mismo tiempo solicite una indemnización de los daños y perjuicios sufridos (véase los Artículos 7.2.5 (Cambio de remedio), 7.3.5 (Efectos generales de la resolución) y 7.4.1 (Derecho al resarcimiento))²⁷.

indirectos de las mencionadas órdenes (ya lo veremos). O bien el propietario puede haber invocado una cláusula del contrato para paralizar la obra sin asumir todas las consecuencias de ello y sin tener presente que esa decisión puede tener efectos disruptivos.

A ello, además, sumo los principios que iluminan los artículos 1776 y 1783 del Código Civil que, como hemos visto, traducen o recogen la idea de la compensación de los servicios ejecutados o de la reducción de aquellos no realizados, que bien podrían verse asistidos por la idea rectora de esta disciplina que es la de la justicia conmutativa.

Visto desde una perspectiva complementaria, creo, al igual que lo que sostiene el prestigioso Prof. americano James Gordley en su más reciente libro, que los contratos son medios de identificación y distribución de riesgos y que las partes suelen acordar compensar a quien los asume¹⁹, o al menos así deberían pactarlo.

Señalo ello porque a lo largo de mi experiencia como árbitro y abogado he podido ver no pocos contratos de construcción en los que el propietario: a) se reserva el derecho de emitir todas las órdenes de cambio que estime convenientes; b) o de suspender los trabajos sin reconocer ningún gasto o costo adicional al constructor; c) o bien incorpora términos contractuales que trasladan los riesgos del *site* o de la información técnica al contratista, exonerándose de la responsabilidad de asumir cualquier mayor costo de lo que ello implique si en el camino ese riesgo tiene efectos sobre la productividad del contratista.

Es más, en algunos casos [y no necesariamente pocos], estas previsiones son producto de licitaciones o concursos privados (o públicos) en las que las condiciones de contratación son lo que bien podríamos llamar o calificar de *boilerplate*, esto es, términos redactados previa y uni-

¹⁹ James Gordley, *Foundations of American Contract Law*, Oxford University Press 2023.

lateralmente por el propietario y sobre los cuales no existe espacio alguno de negociación aun en los casos en los que se prevé una etapa de consultas sobre los alcances de las condiciones o bases del concurso.

Para estos últimos problemas, lo primero que se me viene a la mente es que como asesores o árbitros debemos navegar dentro del sistema normativo y, en consecuencia, advertir que estas previsiones contractuales no están exentas de escrutinio o de evaluación con las normas del sistema.

Como resultado de ese análisis, el *boilerplate* no escapará a lo dispuesto por el artículo 1398 del Código Civil que prescribe que:

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Ello significa que, si el *employer* aspira a liberarse o limitar su responsabilidad por hechos disruptivos que le son imputables y que causan pérdidas al contratista, poco o nada podrá lograr si el constructor invoca la norma antes referida. Es más, a diferencia del art. 1328 del Código Civil²⁰, el numeral 1398 no contempla diferencias sobre la base de graduaciones de la culpa.

El numeral 1328, por lo demás, podrá aplicar en aquellos casos en que el comitente plantee liberarse de los efectos de eventos disruptivos de los que es responsable por negligencia grave.

²⁰ “Artículo 1328. Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público”.

Como fuere, y como una suerte de conclusión de las ideas expuestas hasta esta parte, todo parecería indicar que en algunos casos los eventos disruptivos pueden encajar o cumplir con todas y cada una de las notas señalativas de un hecho que se puede encuadrar como un típico caso de responsabilidad contractual al satisfacer todos los elementos que dicho sistema exige, en tanto que en otras hipótesis los mayores costos generados por el propietario, antes que obedecer a un típico caso de *breach of contract* parecerían exigir ser económicamente endosables al propietario de la obra, esto es, ser compensados pese al silencio del contrato (y de una disposición normativa concreta) por la necesidad de mantener un equilibrio entre los recursos y labores asignados en mayor proporción a las planificadas o dispuestas. Tal es el caso de las órdenes de cambio que tienen efectos disruptivos, de las suspensiones disruptivas y de aquellos riesgos que se transfieren sin mayor capacidad de previsión del lado del contratista, que son las hipótesis más comunes.

Probablemente se me responderá que en todos aquellos casos en que se pacta un contrato bajo la modalidad *lump sum*, el riesgo es de cuenta del contratista. Sin embargo, tengo la sensación que en el presupuesto de un proyecto bajo esta modalidad a ningún constructor se le ocurre incorporar partidas referidas a una mayor cantidad de recursos para enfrentar eventos disruptivos. Es también previsible que se me diga, como réplica, que el no hacerlo también es parte del riesgo que asume el *builder*. Pero no nos engañemos. Si un contratista creara una partida de contingencias para esta clase de riesgos, posiblemente su presupuesto será cuestionado por el propietario o simplemente lo rechazará y perderá el contrato. Si bien las disrupciones son riesgos de un proyecto constructivo no siempre se convierten en una realidad y anticiparse a ella mediante una internalización de costes que no pueden ni siquiera mensurarse de modo preventivo parece poco razonable como conducta supuestamente diligente por parte de un contratista.

Para cerrar esta parte del presente trabajo, me parece interesante reseñar que entre las causas que provocan una disrupción, la muy conocida *Association for the Advancement of Cost Engineering*, AACE, creada en Estados Unidos de América²¹, lista la aceleración, un clima adverso, la disponibilidad suficiente de personal capacitado, órdenes de cambio, cambios acumulativos, rehacer trabajos mal hechos (*rework*), interferencias, ingeniería defectuosa o por rehacer, falta de supervisión, excesivo sobretiempo, falta de coordinación entre contratistas y subcontratistas, fatiga, falta de *management*, curva de aprendizaje, escasez de materiales y herramientas, moral empobrecida, falta de secuencia adecuada de trabajo, errores, falta de acceso al sitio de trabajo, malas condiciones del sitio, falta adecuada de respuestas, etc.²², lo que obligará, claro está, a diferenciar aquellas que no son de responsabilidad del propietario y que no serán eventos o pérdidas de productividad compensables.

4. MÉTODOS PARA CALCULAR EL DAÑO (Y DE PASO —SI SE PUEDE— LA CAUSALIDAD) DERIVADO DE LA PÉRDIDA DE PRODUCTIVIDAD

Una de las recomendaciones que es habitual para las partes de todo proyecto constructivo es mantener registros detallados del progreso de los trabajos y de los costos de la obra, así como generar reportes periódicos de los avances y ocurrencias de los comités o grupos de trabajo de los partícipes de la obra y, en la actualidad, echar mano a la tecnología para

²¹ De acuerdo con la información de su website (<https://web.aacci.org>), la AACE fue creada en 1956, y tiene más de 10.000 miembros y certificadores en 100 países. La ingeniería de costes, se señala, es un campo de estudio que utiliza medios y métodos integrados para permitir la toma de decisiones acertadas en la gestión de activos empresariales. La AACE es una comunidad de profesionales de diversas áreas de práctica, incluyendo el control de proyectos, la gestión comercial y de costes, la gestión del cambio, la planificación y programación, la estimación, la gestión de decisiones y riesgos, la gestión de activos y la resolución de conflictos. Entre sus miembros se encuentran propietarios, contratistas y consultores de numerosos sectores, como el de construcción, fabricación, ingeniería, infraestructura, recursos naturales, generación de energía y los servicios públicos, así como la administración pública.

²² AACE, International Recommended Practice N° 25R-03, Estimating lost labor productivity in construction claims, TCM Framework: 6.4- Forensic Performance Assessment, April 13, 2004, pp. 3 a 7.

que se haga uso de las herramientas que faciliten el trabajo y su monitoreo.

Sin los adecuados registros va a ser extremadamente difícil para el contratista probar que ha dedicado más horas y más recursos a determinadas tareas y que ello ha supuesto pérdida de eficiencia e incremento de costos que deben ser resarcidos por el propietario si las causas, además y, sobre todo, son atribuibles a decisiones o hechos de competencia del *employer*.

Cuando el *contractor* requiere probar la pérdida puede recurrir a distintas metodologías de las que actualmente se dispone.

Tanto el Protocolo de la *Society of Construction Law* de Inglaterra como *The Association for the Advancement of Cost Engineering*, creada en Estados Unidos de América, aluden a metodologías que clasifican como procedimientos vinculados a estudios de proyectos específicos, estudios que comparan proyectos y métodos que se basan en estudios de la industria en general.

Dentro de los primeros (*Project specific studies*) se comprenden, entre otros, el método de la Milla medida, que es el más utilizado, así como el del Valor ganado y otros más que no abordaremos. Por otro lado, en el caso de las metodologías que se sustentan en estudios generales de la industria (*Industry studies*) se encuentran, entre los varios listados aquellos que se conocen como el método del Costo Total y el del Costo Total Modificado, que abordaremos, sin perjuicio que el lector podrá recurrir a las fuentes citadas²³.

En términos generales, se puede sostener que el método de la Milla Medida (*Measured Mile*) es el método preferido.

²³ En particular puede verse la International Recommended Practice N° 25R-03, de la AACE, que desarrolla todos los métodos, pp. 11 a 18.

Como señalan Stynchcomb, Ibbs y Newland²⁴:

A measured mile analysis compares work performed in one period not impacted by events causing a loss of productivity with the same or comparable work performed in another period during which the work suffered impacts due to productivity-affecting events.

Esto, es, se compara el nivel de productividad alcanzado en áreas o periodos de las obras afectados con el nivel de actividades idénticas (o similares) no impactadas del mismo proyecto. Este método, sin embargo, puede presentar problemas cuando no existe una labor igual o afín a la afectada en cuyo caso se suele rebasar las fronteras del proyecto específico y se propone comparar los trabajos impactados con el evento disruptivo con tareas iguales o semejantes de otra obra, pero con ello se abandona esta metodología.

Además, al emprender el análisis el experto puede encontrar que algunos registros son inconsistentes y descubrir que es inviable la comparación, o que el impacto puede haber sido distinto a lo inicialmente anticipado.

Además, se debe decidir una línea base de comparación o si esta se realizará considerando las horas destinadas a las tareas que sean comparables para determinar los costos de una y otra (la actividad impactada y la no afectada). La diferencia aritmética es presumida la pérdida derivada de la interrupción y es utilizada para determinar la improductividad. Estas horas de trabajo se incluyen en el cronograma del proyecto tal como se ha ejecutado para saber en cuánto se ha extendido e incrementado los costos. Según se afirma, este método ha sido aplicado por las Cortes federales y estatales en los Estados Unidos de América²⁵.

²⁴ Stynchcomb, Ibbs & Newland, *Op. cit.*, p. 20.

²⁵ William Ibbs, "Measured-Mile Principles", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolutions in Engineering and Construction*, May 2021, p. 31-39, p. 32.

Según Ibbs es un método atractivo por basarse en la productividad real y actual de un proyecto y por tomar en cuenta, además, las ineficiencias del constructor²⁶.

Este método fue introducido por Zink en el año 1986 y sobre el mismo se han sugerido una serie de variaciones que los especialistas conocen con amplitud. Su exposición escapa a los fines de este ensayo.

En cualquier caso, vale la pena insistir en señalar que es el método más recurrido pero que también tiene limitaciones como las arriba indicadas, sobre todo cuando la comparación es inviable por no existir labores iguales o similares no impactadas que sirvan para dicha finalidad.

Tampoco está demás anotar que la cuantificación que recomiendan los expertos no debe ser matemáticamente cien por ciento certera; basta que sea aproximada y convincente y en ello la labor del experto y de quienes tuvieron un rol protagónico en la obra son esenciales.

Ibbs ha formulado una serie de *guidelines* para que el recurso a esta metodología prospere y que vale la pena mencionar. Así, este destacado catedrático recomienda, entre otros aspectos²⁷: (1) elegir a un buen analista que, entre otras cosas, revise el entero proyecto; (2) seleccionar el período impactado, computar la productividad, usar estadística y procurar demostrar las causas; (3) seleccionar el período similar al afectado con una serie de variables que explica a detalle²⁸; (4) calcular la pérdida de productividad sin descuidar la curva de aprendizaje, los ajustes de horas pagadas, los problemas del contratista, ser conservador, ser claro en el análisis, enfocarse en los puntos clave, usar gráficos, fotos, correspondencia, corroborar con otros métodos los resultados y anticipar preguntas y respuestas.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem*, pp. 35-37.

²⁸ Como trazar la producción diariamente, por semanas, por mes de productividad sobre el tiempo para identificar los períodos de disrupción; considerar métodos estadísticos para la comparación; intentar probar las causas; etc.

He pecado de sobre simplificación y he transcrito, arbitrariamente, algunos de los *key issues* de las guías de Ibss que me parecen ser los más resaltantes. Y creo que más allá de esta herejía de una apretada síntesis, considero que las *guidelines* que ofrece son de extrema utilidad.

Existe también otro método del proyecto específico que es el del Valor Ganado o *Earned Value Management* (EVM). Es una metodología para determinar cuantitativamente el desempeño de costes de un proyecto a través de la medición de su progreso de forma objetiva. Fue introducido por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América para controlar de forma eficiente sus proyectos realizados internamente o contratados que luego se extendió a toda la administración pública para monitorear los costos de todos sus proyectos hasta convertirse en un método ampliamente conocido en la industria de la construcción desde el año 1998 y que hace uso de tres variables en la ejecución de una obra: alcance, costos y plazo, con la finalidad de monitorear si se realiza en el tiempo y con los costes planificados a efectos de evaluar si se ha producido un gasto mayor o no en el tiempo previsto.

Proaño-Narvárez, Flores-Vázquez, Vásquez Quiroz y Avila-Calle señalan que el:

EVM is defined as a technique for measuring project performance. It indicates how much of the budget should have been spent, given the amount of work performed and the baseline cost for the task, assignment, and resources. The analysis allows identifying deviations in both price and schedule, i.e., cost and schedule variance. The fundamental precept of EVM is that the value of a job is equal to the number of resources budgeted to complete the job. Specific key metrics are defined and used to evaluate the schedule and cost performance throughout the project. Three groups of metrics are determined: basic metrics, performance indicators and variances, and forecast indicators²⁹.

²⁹ Mayra Proaño-Narvárez, Carlos Flores-Vázquez, Pablo Vásquez Quiroz & Marco Avila-Calle, “Earned Value Method (EVM) for Construction Projects: Current Application and Future Projections”, *Buildings* 2022, 12, 301. <https://doi.org/10.3390/buildings12030301>, p. 2-17, espec. p. 4.

Quizá el segundo método más recurrido es aquel basado en el costo que no se relaciona ni con el proyecto específico o concreto materia de análisis en el cual se ha producido el evento disruptivo ni con ningún otro proyecto que se usa como parámetro comparativo. Los métodos (porque son dos) que recurren a los costos son los que se clasifican entre aquellos que se encuentran dentro de los estudios generales de la industria dado que se anclan en elementos comunes a dicha actividad económica (y que podrían servir a cualquier otra y no solo a la construcción ciertamente).

Lo que se busca es comparar los costos programados con los que se han registrado para las actividades impactadas por actos de los que es responsable el propietario.

Como se ha señalado, los enfoques del coste total y del coste total modificado no son metodologías analíticas; son cálculos aritméticos de daños basados en una estimación original y en los costes finales. No ofrecen ninguna perspectiva particular sobre dónde, por qué o cómo se produjeron las pérdidas de horas de trabajo³⁰.

Una de las críticas del método del costo total es que no toma en cuenta los errores ni elimina las ineficiencias propias del contratista o los factores que dependen de él, como es, por ejemplo, la curva de aprendizaje en el proceso constructivo y que puede sumar horas de trabajo que incrementen los costos. Por ello la opción del costo total modificado elimina la influencia de todas esas incidencias.

Dado que se trata de metodologías que no tienen el mayor de los respaldos se consideran que son una suerte de último recurso. Como se comentó en el caso resuelto en Estados Unidos *Servidone Constr. Corp. v. United States*, 931 F.2d 860, 861–62 (Fed. Cir. 1991), el método del costo modificado, al derivar del método del costo total, fue descrito como una

³⁰ Stynchcomb, Ibbs & Newland, *Op. cit.*, p. 24

suerte de “*last resort*” para ser utilizado en “extraordinary circumstances where no other way to compute damages was feasible.”

En los últimos años se ha ido difundiendo una nueva herramienta que es aludida expresamente por el Protocolo de la *Society of Construction Law*. Me refiero al *System dynamics Modelling* o modelización de dinámica de sistemas (si esa es la traducción que debiera emplearse)³¹.

El Protocolo de la SCL lo describe de la siguiente manera³²:

Se trata de una simulación por ordenador que utiliza programas informáticos especializados para elaborar un modelo del proyecto afectado. Este modelo reproduce la compleja red de relaciones e interacciones que influyen en la productividad laboral y la toma de control, incluidas las fases del proyecto (diseño, aprobaciones, adquisición o fabricación, instalación, construcción, puesta en marcha, etc.) los participantes en el proyecto, flujos de trabajo de los partícipes del proyecto, y los efectos directos de los eventos que dan lugar a los reclamos. El modelo reproduce los gastos reales en horas de trabajo (incluido el programa as-built y se añaden las variaciones y otros cambios). El proyecto simular nuevamente en ausencia de reclamos por interrupción dando un modelo como resultado. La solidez de las conclusiones derivadas de este análisis depende de: (a) el cuidado y la exhaustividad de la fuente de los datos que se ingresan y, por lo tanto, de la calidad y disponibilidad de los registros del proyecto (a) de la exactitud e integridad de los datos de entrada de la fuente y, por tanto, de la calidad y disponibilidad de los registros del proyecto; (b) la razonabilidad de los juicios del analista al establecer el modelo; y (c) la transparencia del proceso analítico llevado a cabo por el software especializado. Dados estos retos y la complejidad y el coste que conlleva la realización de este análisis, no se utiliza tan comúnmente como otros métodos para calcular la pérdida de productividad.

³¹ Para un mejor entendimiento de estos modelados, puede verse, útilmente, Luis R. Izquierdo, José M. Galán, José I. Santos y Ricardo Del Olmo, “Modelado de sistemas complejos mediante simulación basada en agentes y mediante dinámica de sistemas” en *Empiria, Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, N° 16, julio-diciembre 2008, p. 85-112.

³² Society of Construction Law, “Delay and Disruption Protocol”, *Op. cit.*, p. 47

Aunque Goodchild lo califica como el método más esotérico de análisis de interrupciones en la industria de la construcción, no deja de reconocer que, a diferencia las reclamaciones que se basan en análisis cuantitativos de los registros del proyecto, la modelización de la dinámica de sistemas (DS) elude el registro «real» del proyecto y crea en su lugar una simulación informática del proyecto de construcción, utilizando un *software* que permite simular varios escenarios «de no ser por» para postular el impacto de las perturbaciones causadas por el empresario, lo que puede resultar atractivo para contratistas que, por la razón que sea, no creen que sus pruebas documentales respaldarían una reclamación por impactos disruptivos utilizando una metodología más tradicional³³.

Según el mismo autor, el SD es un modelo informático de un sistema (o proyecto) para explorar los factores que provocan retrasos, ineficiencias o fallos en el sistema que fue desarrollado por científicos de la gestión en la década de 1950. El SD se diseñó originalmente como herramienta para que los directivos mejoraran la toma de decisiones y la gestión de proyectos «vivos» o actividades empresariales futuras, pero luego se ha extendido a otras industrias y, entre ellas, a la de la construcción³⁴.

Cuando se compara este nuevo método con el de la Milla Medida (MM), que ha sido tradicionalmente el que más se ha empleado en los últimos tiempos, se señala que mientras la MM compara el progreso por hora empleada que se ha logrado durante el período afectado con el alcanzado durante un periodo no afectado y luego utiliza la pérdida de productividad implícita resultante para cuantificar los costes de interrupción reclamables (con calendarios —se afirma— pocos realistas y trabajo ineficaz), la DS es sustancialmente diferente dado que obtiene los

³³ Ralph Goodchild, “Proven by computer? System Dynamics and disruption claims”, A paper based on the joint second prize winning entry in the Hudson essay competition 2017 presented to the Society of Construction Law at a meeting in London on 8th May 2018, September 2018, 212, p. 1 (disponible en el website de la *Society of Construction Law*: www.scl.org.uk).

³⁴ Goodchild, *Op. cit.*, p. 2.

índices de productividad sin impacto de eficiencia real “tal como se construyó”, y del número, el momento y la naturaleza de los acontecimientos perturbadores sufridos por el proyecto³⁵.

Otra diferencia, que me parece sustancial, es que la MM no ataca el tema de la causalidad, solo compara la diferencia entre la productividad de la actividad afectada de aquella no impactada. En cambio, al usar la “dinámica de sistemas” se recurre a un análisis causal para determinar cómo interactúan condiciones, decisiones y cambios del proyecto, y cómo estas interacciones inciden sobre el rendimiento del proyecto, causando trastornos; esto es, se afinan las razones de las pérdidas reclamadas y las medidas en que los acontecimientos imprevistos perturbaron la productividad del proyecto³⁶. De esa manera, además, se eliminan todos aquellos factores que no pueden ser atribuidos al propietario y que al ser imputables al contratista no pueden ser objeto de ningún *claim*.

Como sostienen Howick, Ackermann, Eden y Williams³⁷ hay una serie de objetivos que el SD, o cualquier sistema modelizado busca conseguir, entre los que se cuentan:

(1) Demostrar la causalidad: mostrar qué acontecimientos desencadenaron la interrupción o el atraso (D&D) o cómo los desencadenantes provocaron retrasos y sobrecostes en el proyecto.

(2) Demostrar el “quantum”: demostrar que los acontecimientos que provocaron *disruption and/or delay* (D&D) crearon sobrecostes; por lo tanto, es necesario reproducir en el tiempo las horas de trabajo debidas

³⁵ Alexander Voigt, Moneer Khalaf, Adam Clements & Sam Mattar, “Assessing disruption on construction projects ‘measured mile’ versus ‘system dynamics’: a comparison”, *Construction Law International*, Vol. 13, N° 3, 2018, p. 61-68, esp. p. 63.

³⁶ *Idem*, p. 64.

³⁷ Susan Howick, Fran Ackermann, Colin Eden & Terry Williams, “Understanding the causes and consequences of disruption and delay in complex projects: how system dynamics can help”, p. 13, disponible en https://eprints.soton.ac.uk/58510/1/encyc_april08_author_version.pdf.

a las perturbaciones que superaron las contratadas, pero que fueron necesarias para llevar a cabo el proyecto.

(3) Demostrar la responsabilidad: demostrar que el emplazado (entiéndase el *owner* o *employer*) fue el responsable de los resultados impactados del proyecto y hasta qué punto esas consecuencias pudieron evitarse.

(4) Todo lo anterior debe probarse de forma que resulte convincente para las diversas partes del litigio.

Según Voigt, Khalaf, Clemens y Mattar en la «dinámica de sistemas», el análisis se ajusta al método científico, por lo que el modelo de simulación es una recreación de lo que se ejecutó y cómo se hizo el proyecto de modo que, al ser coherente con la data necesaria y adecuada, puede llegar a tener una precisión de 90 % de sus estimaciones³⁸. Por el contrario, Goodchild considera que al igual lo que ocurre con los métodos que se basan en un análisis pericial cuántico convencional, no sería prudente basarse exclusivamente en un modelo SD sin contar con las declaraciones de testigos de hecho para poder determinar la «escala» de la disrupción y las relaciones de causa y efecto que sustentan la estructura del modelo. Los testigos de los hechos, que no son otros que quienes han tenido un rol protagónico en la obra, también tendrán que explicar los impactos directos de las afectaciones (por ejemplo, la extensión de los trabajos con relación al inicial, las labores fuera de secuencia y/o el alcance de aquellos rehechos por necesidad) en fases de trabajo específicas, porque los expertos en SD se basan en ellos para construir el modelo³⁹, a lo que agrega que el análisis de las demoras es mejor determinado por el CPM (el método de la ruta crítica)⁴⁰.

Curiosamente, a la fecha, solo habría contados casos decididos en las Cortes inglesas en las que se habría hecho uso de la DS para formular

³⁸ Voigt, Khalaf, Clements & Mattar, *Op. cit.*, p. 66.

³⁹ Goodchild, *Op. cit.*, p. 11.

⁴⁰ Goodchild, *Op. cit.*, p. 12.

claims, sin perjuicio de aquellos que se haya decidido en procesos arbitrales y que no se conoce necesariamente. Hasta donde llega mi experiencia, no he visto en ningún caso local el recurso al SD como metodología, quizá por su poca difusión en el medio y por los costos que implique contar con un *software* de este calibre.

Pese a todo, existe un caso interesante en Inglaterra. Me refiero al caso *Amey LG v Cumbria County Council* del año 2016⁴¹ resuelto por la *Technology and Construction Court*, un tribunal inglés especializado en disputas de tecnología y controversias de construcción e integrado por Jueces que tienen una alta especialización en tales materias y que se creó para evitar los largos procesos cuando eran competencia de cortes ordinarias y jurados.

Amey fue contratada por el Consejo del Condado de Cumbria (Cumbria) para el mantenimiento de carreteras. En la última solicitud de pago mensual de Amey, Cumbria dedujo cantidades por obras defectuosas, lo que dio lugar a acciones legales por ambas partes, incluida una reconvenición de Cumbria por el importe de las obras defectuosas.

Cumbria presentó su caso basándose en un método de muestreo que, según sostuvo, era un muestreo probabilístico con un índice de confianza del 95 %.

El tema no es sencillo de explicar. Intentaré dar algunas ideas claras de un asunto técnicamente complejo.

El muestreo probabilístico tiene por objeto estudiar los métodos para seleccionar y observar una parte que se asume como representativa de la población, denominada muestra, con el fin de hacer inferencias sobre el total. Es un proceso aleatorio en el que cada componente tiene una probabilidad de selección distinta de cero.

⁴¹ *Amey LG Ltd v Cumbria County Council* [2016] EWHC 2946 (TCC).

Es, en principio, un procedimiento en teoría objetivo y representativo, con grados de confianza calculados para tener en cuenta cualquier error aleatorio, así como cualquier sesgo potencial.

Luego de la muestra, se puede extrapolar con fines probatorios; estadísticamente, se puede demostrar que la muestra es representativa del conjunto.

Es inevitable que la población seleccionada se base en juicios subjetivos de la parte seleccionadora sobre la idoneidad de su selección. Por ello, existe cierto riesgo de que la selección de la población se base en un sesgo, lo que no puede corroborarse estadísticamente y ello limita su potencial extrapolativo.

Con ello se podría variar la metodología y llegar a un muestreo no probabilístico en la cual el investigador selecciona muestras basadas en un juicio subjetivo en lugar de hacer la selección al azar.

La cuestión que se plantea al emplear el muestreo no probabilístico es cómo hacer que sea suficientemente representativo para que un tribunal pueda basarse en la muestra.

Una metodología de muestreo basada en la aleatoriedad, que puede ser respaldada estadísticamente, es más fácil de justificar y aporta mayor comodidad a los tribunales a la hora de tomar sus decisiones.

Sin embargo, se sostiene que las circunstancias de hecho de un litigio típico en el sector de la construcción rara vez permiten un proceso de muestreo aleatorio. Normalmente, el demandante tendría que investigar cada defecto individual para determinar la responsabilidad, la causalidad y la cuantía. Esto puede ser práctico si se investigan números comparativamente pequeños, pero, si esos defectos se cuentan por cientos o miles, los costes pueden superar la recuperación potencial.

Además, los métodos tradicionales de muestreo probabilístico son de poca ayuda en tales circunstancias, porque tan pronto como se examinan casos específicos, la muestra ya no puede considerarse aleatoria. *Amey LG v Cumbria County Council* ha servido de orientación.

Como se indicó, Amey fue contratada por Cumbria para prestar servicios de mantenimiento de carreteras. Al requerir el último pago, Cumbria le hizo una deducción por trabajos irregulares dando pie a reclamos entre ellas, incluida una reconvención de Cumbria por obras defectuosas. Cumbria presentó su caso basándose en un método de muestreo que se presentó como un muestreo probabilístico con un supuesto índice de confianza del orden del 95 %.

El tribunal aceptó que era apropiado utilizar una metodología de muestreo, ya que no era eficiente exigir a Cumbria examinar cada presunto defecto. Sin embargo, el tribunal discrepó de que el muestreo fuera probabilístico (es decir, que fuera aleatorio) así como en el índice de confiabilidad. En el fondo, los magistrados asumieron que el muestreo era no probabilístico.

Aunque el tribunal desestimó finalmente la demanda de Cumbria, lo hizo con la salvedad de que un método de muestreo no probabilístico era una base viable sobre la que un demandante podía presentar su demanda, si seguía determinadas directrices. En este punto, el tribunal hizo hincapié en varios puntos que deben tenerse en cuenta al emprender un análisis de muestreo no probabilístico: El proceso debe ser objeto de una planificación anticipada para que pueda ser defendido, sobre todo apuntando a que quienes realicen y supervisen el ejercicio se aseguren de que se identifican y abordan los problemas que puedan surgir en el transcurso del ejercicio (que puedan poner en duda la representatividad de los resultados) de modo que les sea posible acercarse lo más razonablemente posible al muestreo probabilístico, a fin de eliminar la «contaminación subjetiva» y, de este modo, reducir cualquier sesgo potencial.

Por último, en la medida en que no sea posible eliminar el sesgo, ser capaz de identificarlo y tomar las medidas adecuadas para abordarlo.

5. EL ESPECIAL CASO DE LOS IMPACTOS ACUMULATIVOS

Como comentaba previamente, el tema de la multiplicidad de órdenes de cambio merece unas líneas.

Como lo ha señalado Reginald Jones, a quien seguimos en esta parte del ensayo, la magnitud y la acumulación de cambios dirigidos por el propietario pueden tener un impacto perturbador significativo en el trabajo sin cambios en un proyecto de construcción⁴².

Este resultado puede ser producto de un largo número de cambios que es, esencialmente, una cuestión de riesgo de pérdidas. Los contratistas cifran sus expectativas en la compensación que perciben y pactan por los cambios dispuestos por el propietario (gobierno o particular), pero en el conjunto, en la acumulación, las secuencias del proceso constructivo se ven impactadas en aquellas actividades que no son parte de los trabajos que forman parte de las *change orders* y tradicionalmente, los *builders* han estado limitados por la doctrina *Rice* que les impedía obtener una indemnización por el coste del retraso causado por las modificaciones que ya se encontraban compensadas con la orden de cambio⁴³.

Sin embargo, como dice Jones, esta doctrina fue derogada en 1968, momento en el que se reconoció la existencia de reclamos por impactos como un tema independiente de los pagos pactados en la cláusula de cambios⁴⁴.

⁴² Reginald M. Jones, "Lost Productivity: Claims for the cumulative impact of multiple change orders", *Public Contract Law Journal*, Vol. 31, N° 1, 2001, pp. 1-46, esp. p. 4.

⁴³ *United States v. Rice*, 317 U.S. 61 (1942).

⁴⁴ Jones, *Op. cit.*, p. 5.

En el caso específico de la acumulación de órdenes de cambio, el agregado de ellas es capaz de generar pérdida de eficiencia que, además, impacta las labores que no han sido objeto de aquellos acuerdos de variación y, en consecuencia, los costos de la improductividad no están cubiertos. Su incidencia, como bien señala Jones, es gradual, y puede causar congestión adicional en las áreas de trabajo, cambios en las secuencias o del entorno en el que se dan las labores causando pérdida de productividad, o bien implica [como añade el propio Jones], reasignar trabajadores y degradar las tareas planificadas incrementando los costos⁴⁵.

Quizá los dos problemas más álgidos que enfrentan los reclamos de los costes no cubiertos por los pagos que comprenden las órdenes de cambio que causan disrupciones son: a) la previsibilidad como limitación y b) la reserva del derecho a reclamar el daño derivado de la pérdida de productividad.

Jones explica cada uno de estos temas. Así, al referirse a la previsibilidad refiere el caso *Pitman Construction Co.* del año 1981 en el que el GSBCA⁴⁶ levantó este tema al sostener que el contratista suele presupuestar los cambios individualmente sin tener presente los efectos y sinergias de todos los cambios considerados de manera conjunta, siéndole sencillo prever los costos directos de los impactos, pero a la vez fallando

⁴⁵ Jones, *Op. cit.*, p. 9.

⁴⁶ El 6 de enero de 2007, el *General Services Board of Contract Appeals* dejó de existir en los Estados Unidos de América y los casos y el personal se transfirieron al *Civilian Board of Contract Appeals*. Este último ente es una instancia de resolución de controversias compuesta por jueces administrativos federales que tiene su sede dentro de la *General Services Administration*, pero que es funcionalmente independiente de esta. El *Civilian Board of Contract Appeals* fue establecido por la Sección 847 de la Ley de Autorización de Defensa Nacional para el Año Fiscal 2006, para conocer y decidir las controversias contractuales entre los contratistas del Gobierno y las agencias del Ejecutivo en virtud de las disposiciones de la Ley de Controversias Contractuales. Su competencia se extiende a todas las agencias ejecutivas excepto el Departamento de Defensa, la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio, el Servicio Postal de los Estados Unidos, la Comisión Reguladora Postal, la Administración Federal de Aviación y la Autoridad del Valle del Tennessee. El *Civilian Board of Contract Appeals* también conoce y decide otros tipos de casos, que no mencionaré.

de prever o anticipar los efectos acumulativos para reclamarlos para obtener luego una compensación por ellos⁴⁷. La falta de previsión, de ese modo, podría usarse como una limitación para el *claim*.

El segundo obstáculo que podría enfrentar el contratista radica en el hecho de no haberse reservado de manera expresa el derecho a reclamar un ajuste por las disrupciones acumulativas, inclusive antes que los efectos sean conocidos⁴⁸. Existen decisiones en ese sentido (*Haas & Haynie*, GSBCA), pero no ha faltado alguna opinión que la ausencia de una cláusula de reserva no implica una renuncia y que ello debe dar lugar a que se trate de buscar la común intención de las partes por medio de evidencia extrínseca⁴⁹.

Según Jones, el tema es una cuestión de hecho y no una cuestión de derecho que demandará que las cortes revisen el lenguaje de las modificaciones u órdenes de cambio o las condiciones generales del contrato para determinar si el constructor renunció a tales reclamos. Aun cuando no coincido con que sea una simple cuestión de hecho, ni con el hecho de que se exija necesariamente una reserva, parece ampliamente predecible que en el lenguaje que proponga el *owner*, este buscará que el *contractor* declare que el pago que recibirá por una *change order* será la única retribución que percibirá y esa cláusula de estilo probablemente se reiterará en cada modificación posiblemente por exceso de confianza, porque las circunstancias hasta ese momento no revelan la aparición de efectos disruptivos o porque la capacidad negociadora del contratista no sea la mejor.

Cualquiera que sea la razón que se alegue para defender una u otra posición, no debe pasarse por alto que los mayores costos por pérdida de productividad no son consecuencia de una conducta del contratista ni tampoco derivan de su ineficiencia. Si bien no se puede sostener que

⁴⁷ Jones, *Op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ Jones, *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁹ Jones, *Op. cit.*, pp. 44-45.

las órdenes de cambio no sean producto del acuerdo y que, como es evidente, involucran una compensación consensuada entre las partes por el mayor trabajo y los costes adicionales, la acumulación de modificaciones despliega secuelas que se aglomeran sobre las secuencias del proceso constructivo. Además, valgan verdades, el *builder* no puede resistirse o negarse a los cambios más allá que sea retribuido por ello.

Lo importante, dentro de todo, como dice Jones, por lo menos de la experiencia que él relata, fundamentalmente de lo que ha acontecido en los Estados Unidos de América, es que los tribunales y otras instancias de solución de controversias contractuales [a pesar de no ser siempre coherentes] han reconocido un derecho general a un ajuste equitativo por el impacto acumulativo disruptivo derivado de múltiples cambios indicados por el propietario, cuyo efecto en la productividad y los costes directos de los trabajos excede los de cada orden de cambio subyacente⁵⁰.

6. MIRANDO MÁS ALLÁ DEL CONTRATO

No hace mucho Robert Fenwick Elliott, *Barrister* de Suprema Corte de South Australia, Abogado del Tribunal Supremo de New South Wales y *solicitor* y *Barrister* de la Corte Federal de Australia (antes de ello fue *solicitor* de la Suprema Corte de Inglaterra y Gales), escribió un interesante ensayo para la *Society of Construction Law* en el que daba a conocer su opinión sobre la diferencia entre el abogado que gana las controversias en materia de construcción de aquellos que las pierden⁵¹.

⁵⁰ Jones, *Op. cit.*, p. 45.

⁵¹ Robert Fenwick Elliott, "Claims outside the contract from a *common law* perspective", A paper presented to the Society of Construction Law in London on 5th December 2023. March 2024, 247 (disponible en el website de la mencionada institución: www.scl.org.uk).

Sus palabras son muy puntuales:

Yo diría que los ganadores son los que con más frecuencia recogen las armas de las recuperaciones extracontractuales. Me refiero a causas legales de acción que no se desprenden de las palabras expresas del contrato. Como de los casos de construcción en los que he intervenido a lo largo de los años, el resultado ha sido el mismo en los que he participado a lo largo de los años, el resultado ha venido determinado algún derecho extracontractual.

Sin embargo, al leer el *paper* hay que tener cuidado en creer que R. Fenwick Elliot habría propuesto abandonar las fronteras del derecho contractual para hacer uso de las reglas y principios de la responsabilidad extracontractual (*Law of Torts*). Si se avanza en la lectura de su ensayo su exposición incluye un check list de las siguientes instituciones: (a) *misrepresentation*; (b) *implied terms*; (c) *damages for breach of contract*; (d) *prevention/time at large*; (d) *estoppel*; (e) *impossibility*; (f) *penalty*; y (g) *relief from forfeiture* que son, en esencia, remedios aplicables a los contratos independientemente de que no se encuentren previstos expresamente en el documento que recoge los acuerdos entre las partes.

No es parte de mi objetivo explicar cada una de las figuras que menciona Fenwick Elliot porque rebasaría el propósito de estas líneas, pero creo que el ensayo de este experimentado *Barrister*, esto es, de un abogado que en el Reino Unido, Australia y otros países del *Commonwealth* que puede prestar asesoramiento jurídico especializado y defender un caso ante tribunales superiores e inferiores, nos abre los ojos en el sentido de ofrecernos una hoja de ruta mucho más proficua que aquella a la que estamos acostumbrados cuando nos concentramos únicamente en el texto de los contratos y olvidamos las reglas, los principios y los precedentes que puedan servirnos de guía para resolver casos tan complejos como los relacionados con los *disruption claims*.

La tarea es más ardua, inclusive, para un *civil lawyer* cuando se enfrenta con un reclamo que debe vincular con previsiones contractuales

que suelen no ser parte de un *construction agreement* o bien con fundamentos normativos que, como hemos visto, no siempre encajan dentro de un supuesto de *breach of contract* por lo que la labor del asesor o abogado deberá ser la de un estratega que indague, dentro de las instituciones, reglas y principios del derecho contractual, cuáles se prestan o son más aptas o moldeables, para soportar el *claim*. Y en tanto sirva de apoyatura y calce, en la medida que el ordenamiento así lo permita y los argumentos sean sólidos, convincentes y no sean constructos que desconozcan la voluntad de las partes pero que tampoco permitan la asunción no consensuada de riesgos no previstos o no compensados por aquellos que se encuentran en mejor condición de internalizarlos.

7. REFLEXIONES FINALES

Las líneas que anteceden nos muestran que la disrupción es un evento que puede presentarse en el marco de cualquier proyecto constructivo, más allá de la experiencia que tenga el constructor, aunque ciertamente ella le permitirá adoptar (cuando sea posible) algunas medidas mitigadoras [no todas, necesariamente, efectivas, que finalmente dependen de las características de cada evento y de la información con la que cuente de manera oportuna].

Los desafíos que esta clase de *claims* plantea no son menores.

Debido al incremento de las controversias derivadas de los contratos de construcción en nuestro medio, los árbitros y los abogados que participamos en dichos procesos hemos aprendido algunas nuevas lecciones.

Lo que nos corresponde ahora, como *civil lawyers*, es conectar la naturaleza del reclamo [esto es, de la disrupción] con el orden normativo y, de ser necesario, con los principios de la responsabilidad contractual o bien (cuando no corresponda) con otras reglas, principios o instituciones del derecho contractual.

Es, como, dice Robert Fenwick Elliott, aquello que hará la diferencia entre el defensor (esa suerte de *barrister* de la experiencia inglesa) que entiende mejor que nadie cómo proponer y sustentar el reclamo y aquel otro que no necesariamente posee el conocimiento y las herramientas para que prospere la pretensión de aquella parte a la que patrocina.

RECLAMOS FUERA DEL CONTRATO CONTRA ENTIDADES ESTATALES EN EL *CIVIL LAW**

Christopher Seppälä**

1. INTRODUCCIÓN

Al investigar las diferencias entre el *common law* y el *civil law* en el ámbito de los contratos de construcción para un libro¹ descubrí que la diferencia más llamativa era la existencia en el derecho civil francés, en el caso de los contratos con entidades estatales, del derecho del contratista a reclamar contra una entidad estatal por motivos que no tienen contrapartida en el *common law*. Además, el derecho del contratista a reclamar por estos motivos es de derecho imperativo, es decir, se aplicará independientemente de que esté previsto en el contrato.

Dado que los contratos internacionales de construcción suelen celebrarse con entidades estatales, y que esta característica del derecho

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester). Este artículo se basa en una ponencia presentada ante la Society of Construction Law (SCL) del Reino Unido, en Londres el 5 de diciembre de 2023 y publicada en la misma en febrero de 2024, y luego, después de ser complementada, fue publicada como Christopher Seppälä, “Extra-contractual claims against state entities under *civil law*”, *International Construction Law Review*, 2024, pp. 330-341.

** Chris Seppälä es árbitro, mediador y consultor independiente en litigios comerciales internacionales. Miembro del Colegio de Abogados de Nueva York y miembro (emérito) del Colegio de Abogados de París. Fundó la práctica de arbitraje internacional de la oficina parisina de White & Case, de la que fue socio durante 35 años, y ha actuado como asesor o árbitro en cientos de litigios comerciales internacionales, incluidos casos de arbitraje multimillonarios de la mayor complejidad jurídica y fáctica. Ha representado a empresas privadas y bancos, así como a Estados soberanos o entidades estatales (Argelia, Bulgaria, Egipto, Gabón, Guinea, Irán, Kuwait, Perú y Qatar), en arbitrajes internacionales, y ha actuado como presidente del tribunal o coárbitro en numerosos casos de este tipo. Comenzó su carrera jurídica en el grupo de práctica general de Sullivan & Cromwell en Nueva York.

¹ Christopher Seppälä, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*, Wolters Kluwer, 2023.

francés puede encontrarse en muchos países del *civil law*, los abogados del *common law* que ejercen a escala internacional deben ser conscientes de esta cuestión. Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es dar cuenta de ello.

El presente trabajo comenzará describiendo las particularidades del sistema del *civil law* francés en comparación con el sistema del *common law*, en particular, la división formal entre derecho público y derecho privado (sección 2) y la existencia de un cuerpo separado de derecho público o administrativo en el sistema de *civil law* (sección 3), incluida la noción de “contrato administrativo” (sección 4). A continuación, describiré tres doctrinas jurídicas que dan lugar a reclamos fuera del contrato contra entidades estatales en virtud de un contrato administrativo (secciones 5, 6 y 7), antes de concluir (sección 8).

2. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN EL CIVIL LAW

Mientras que los países del *common law* no establecen una división formal entre derecho público y derecho privado, muchos países del *civil law* sí lo hacen. En Francia, el derecho público regula la organización del Estado (derecho constitucional) y las relaciones entre el Estado y los particulares (derecho administrativo), mientras que el derecho privado, generalmente plasmado en un Código Civil, regula las relaciones entre privados.

La distinción entre derecho público y derecho privado se basa en la noción de que las relaciones entre gobernantes y gobernados requieren una regulación diferente de la de las relaciones entre particulares, ya que el interés público y los intereses privados no pueden equipararse².

² R. David *et al*, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 12ª edición, Dalloz, 2016, p. 69.

La división formal entre derecho público y derecho privado no solo se aplica en Francia, sino también en otros países de Europa continental, Medio Oriente, África francófona y Latino América. Esta división surgió en Francia a raíz de la Revolución francesa.

3. DERECHO PÚBLICO O ADMINISTRATIVO

En la época de la Revolución francesa, en 1789, el Poder Judicial era percibido en Francia como reaccionario, hostil a la Revolución y rival del rey, monarca absoluto. No existía ninguna institución como el Parlamento inglés. Aunque los reyes medievales habían convocado un órgano representativo nacional electivo, el Estado general, la última vez que se reunió fue en 1614³.

La hostilidad hacia el Poder Judicial estaba inspirada por el recuerdo de los *parlements*, que eran tribunales de apelación supremos y definitivos en Francia antes de la Revolución⁴.

Además de su Poder Judicial, estos tribunales tenían —a diferencia de los tribunales reales ingleses— amplios poderes legislativos y administrativos, incluido el derecho constitucional a criticar las políticas

³ W. Doyle, *Origins of the French Revolution*, 3ª edición, Oxford University Press, 1999, p. 65.

⁴ El *parlement* francés tiene su origen en el consejo del rey francés (*curia regis*). En el siglo XIII, mientras que el resto del consejo seguía al rey en sus viajes, la sección del consejo que se ocupaba de los asuntos judiciales, la *curia in parlamento*, literalmente (de la palabra francesa *parler*, hablar), el tribunal que “habla”, continuó sesionando en París y se convirtió en una entidad separada en 1307. A. Castaldo y Y. Mausen, *Introduction Historique au Droit*, 5ª edición, Dalloz, 2019, p. 86. El *parlement* de París, como llegó a llamarse, fue el primero de los que con el tiempo se convirtieron en 13 *parlements* en toda Francia.

Del mismo modo, el Parlamento inglés derivó del consejo del rey inglés, pero surgió como legislatura nacional. El carácter diferente de estas instituciones de nombre similar en los dos países no debería sorprender, ya que “(l)o que en épocas posteriores se consideraron dos ramas distintas de la constitución —el Poder Legislativo y el Poder Judicial— tenían su origen en una noción menos sofisticada de la realeza en la que la legislación y la adjudicación no eran distinguibles. Tanto los tribunales como el Parlamento [en Inglaterra] tenían su origen en el mismo consejo real [...]”. J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4ª edición, Oxford University Press, 2007, p. 204.

reales mediante protestas y el derecho a elaborar reglamentos y ordenanzas (*arrêts de règlement*) para sus regiones. Los jueces de estos tribunales eran libres de ejercer estos poderes, ya que eran inamovibles⁵.

Los *parlements* eran percibidos como reaccionarios, ya que habían obstruido los esfuerzos de reforma que el rey había intentado introducir, así como las acciones de los agentes del rey (*intendants*). Es más, se les consideraba hostiles a la propia Revolución⁶. En consecuencia, cuando la Revolución llegó, los *parlements* —al igual que otras instituciones feudales— fueron abolidos.

Debido a la desafortunada experiencia con los *parlements*, los poderes de los nuevos tribunales judiciales creados por la Revolución se vieron muy limitados. En virtud de la ley de 16-24 de agosto de 1790, se les prohibió conocer de asuntos que afectasen al Estado:

Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no pueden, bajo pena de pérdida de su cargo, interferir en modo alguno en la labor de los órganos administrativos, ni citar ante ellos a funcionarios públicos en relación con el ejercicio de sus funciones⁷.

En su lugar, se creó un sistema de tribunales administrativos encabezados por un Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) para que funcionaran junto a los tribunales civiles y conocieran de los asuntos que afectaban al Estado. Desde el siglo XIX, estos tribunales han desarrollado, a su vez,

⁵ W. Doyle, *Op. cit.*, p. 68-69. Esto se debió a que las oficinas de los jueces eran propiedad privada y, por lo tanto, para destituir a un juez, el Gobierno tendría que pagar una indemnización —debido a las dificultades financieras del Gobierno a finales del siglo 18, esto solo podría ser gestionado después de la Revolución—. *Ibid.*

⁶ Y. Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Vol. I, 16ª edición, LGDJ, 2001, p. 328.

⁷ Artículo 13 (traducción del autor): “Fue la promulgación de este principio lo que impidió a los tribunales de derecho francés ejercer un control sobre la acción administrativa similar al que ejercen los tribunales angloamericanos. En el mundo del *common law*, gran parte de la historia constitucional se ha ocupado de garantizar la independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo. En Francia ha habido además un movimiento aún más fuerte dirigido a asegurar la independencia del Ejecutivo respecto del Judicial”. B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954, p. 7.

a través de la jurisprudencia, un amplio cuerpo de derecho público o administrativo.

Podría pensarse que cuando —como en el caso de un tribunal administrativo— el Estado es juez y parte, un ciudadano particular o un contratista se encuentra necesariamente en una situación de desventaja fundamental. Sin embargo, como demuestra la jurisprudencia del Consejo de Estado, esto no ha resultado ser así.

Como ejemplo de ello, los comentaristas ingleses reconocen que el derecho administrativo francés “proporciona una de las garantías más sistemáticas de las libertades del individuo frente al Estado que se conocen en el mundo actual”⁸. Otro comentarista afirma que un particular puede recibir mejor trato en los tribunales administrativos franceses que en las jurisdicciones del *common law*⁹.

4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En el ejercicio de sus competencias, el Consejo de Estado francés desarrolló la noción de “contrato administrativo” (*contrat administratif*)¹⁰. Según el Consejo de Estado, un contrato será un contrato administrativo y se regirá por el derecho administrativo cuando:

- una de las partes es una entidad pública, como el Estado, una división del Estado o un establecimiento público; y
- el contrato

⁸ N. L. Brown y J. S. Bell, *French Administrative Law*, 5ª edición, Oxford University Press, 1998, p. 25.

⁹ J. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities*, G Bell and Sons, 1954, pp. 164-165.

¹⁰ El derecho de los contratos administrativos en Francia es en gran medida un derecho hecho por los jueces. *Ibid.*, p. 167. Aquí y en el resto de este trabajo, las referencias al derecho francés se refieren principalmente al derecho administrativo francés tradicional (que ha sido adoptado, con variaciones, por numerosos países de *civil law*) y no al derecho administrativo francés más reciente. Desde 2019, el derecho relativo al contrato administrativo en Francia se ha codificado en gran medida en un código de contratación pública (*Code de la Commande Publique*).

- prevé la prestación de un servicio público, o
- contiene cláusulas que reservan “poderes excepcionales” (*pouvoirs exorbitants*) a la parte pública¹¹ (como se describe a continuación).

Cualquiera de estos dos últimos criterios puede bastar para que un contrato tenga carácter “administrativo”¹².

Los franceses consideran que un contrato administrativo es esencialmente un acuerdo entre partes desiguales¹³. Se considera que la administración se encuentra en una *posición jurídica superior* frente a su contraparte privada. Esto se justifica porque la Administración debe garantizar el interés público y la continuidad de los servicios públicos. Así, en el caso de un contrato de construcción, la parte pública está dotada por *ley imperativa* de “poderes excepcionales” (*pouvoirs exorbitants*), estén o no previstos en el contrato:

- gestionar y dirigir las obras;
- suspender, modificar (dentro de ciertos límites) o resolver el contrato; y
- aplicar penalidades y, en general, adoptar las medidas que considere necesarias¹⁴.

¹¹ A. de Laubadère *et al*, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, 2ª edición, LGDJ, 1983, p. 125 (párrafo 83) - 240 (párrafo 182); N. L. Brown y J. S. Bell, *Op. cit.*, p. 202.

¹² N. L. Brown y J. S. Bell, *Op. cit.*, p. 202.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ A. de Laubadère, Vol. I, *Op. cit.*, p. 210 (párrafo 154) - p. 239-240 (párrafo 182); P. Malinvaud (ed), *Droit de la Construction*, 7ª edición, Dalloz Action, París, 2018, p. 1345 (párrafo 417.471) hasta p. 1359 (párrafo 417.639).

La Administración puede hacer uso de estos poderes unilateralmente, por iniciativa propia, sin necesidad de autorización judicial (*privilege d'exécution d'office*). Así, en caso de litigio entre la Administración y un particular, “la administración nunca es la parte demandante”¹⁵.

Al mismo tiempo, el contratista tiene derecho a exigir que se preserve el “equilibrio financiero” (*l'équilibre financier*)¹⁶ de su contrato con una entidad pública¹⁷. Así, pues, para contrarrestar estos “poderes excepcionales” y restablecer y mantener así dicho equilibrio, el contratista

¹⁵ B. Nicholas, *The French Law of Contract*, 2ª edición, Oxford University Press, 1992, p. 27.

¹⁶ “Equilibrio financiero” es un concepto ilusorio en la medida en que no tiene un único significado preciso. Fue definido originalmente en el contexto de un contrato de concesión por el Comisario del Gobierno Léon Blum (más tarde Primer Ministro francés) en *Cie française des tramways*, Consejo de Estado, 11 de marzo de 1910, Lebon, p. 218 y su definición sigue citándose regularmente: “es de la esencia misma de todo contrato de concesión buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las cargas que se le imponen [...] Todo contrato de concesión implica, como cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión” (“*il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées [...] Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordée au concessionnaire et ce qui est exigé de lui [...] C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession.*”). En algunos casos, el restablecimiento del equilibrio financiero puede significar el derecho a una compensación total por el desequilibrio financiero que se ha producido (véanse los remedios por dificultades físicas imprevisibles (*sujétions imprévues*) y el acto del príncipe (*fait du prince*) comentados en el texto principal más abajo) y, en otros casos, algo menos que eso (véase el remedio por excesiva onerosidad (*imprévision*) en el texto principal más abajo, que exige que el contratista corra con entre el 10 % y el 20 % de los costos adicionales y que el organismo público corra con el resto). Para una revisión exhaustiva —1,400 páginas— de la jurisprudencia pertinente (hasta 2005), véase L. Vidal, *L'Équilibre Financier Du Contrat Dans La Jurisprudence Administrative*, Bruylant, Brussels, 2005. Para otro uso de “el equilibrio” de un contrato (y para una definición de su “alter[ación] fundamental”), véase el artículo 6.2.2 (Definición de excesiva onerosidad (*hardship*)), incluidos los comentarios oficiales relacionados, de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016.

¹⁷ N. L. Brown y J. S. Bell, *Op. cit.*, p. 206. De acuerdo a R. Noguellou y U. Stelkens (Eds.), *Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, Brussels, 2010, el principio de que debe mantenerse el equilibrio financiero de un contrato administrativo se acepta, entre otros países, en Bélgica p. 412, Brasil p. 444, Colombia pp. 531-33, Francia p. 691, España p. 580 y Túnez, pp. 989-990. Lo mismo ocurre en Argentina (H. A. Mairal, “Government Contracts Under Argentine Law: A Comparative Law Overview”, *Fordham Int'l L.J.*, Vol. 26, 2002, p. 1716 y ss., p. 1738), Egipto (A. El Shalakany, “The Application of the FIDIC Civil Engineering Conditions of Contract in a Civil Code System Country”, *ICLR*, Vol. 266, 1989, p. 270) y, dada la importante influencia del derecho egipcio en el Medio Oriente árabe, probablemente en otros países árabes.

goza —también por ley imperativa— de ciertos derechos legales fuera del contrato en virtud de las siguientes doctrinas¹⁸:

- dificultades físicas imprevisibles (*sujétions imprévues*);
- excesiva onerosidad (*imprévision*);
- acto del príncipe (*fait du prince*)¹⁹.

Estas tres doctrinas se describen a continuación.

5. DIFICULTADES FÍSICAS IMPREVISIBLES (*SUJÉTIONS IMPRÉVUES*)

Una dificultad habitual con la que puede encontrarse un contratista son las condiciones físicas imprevisibles de la obra. Por ejemplo:

- roca dura donde esperaba terreno blando;
- socavones en el subsuelo donde esperaba construir; e
- inundaciones donde esperaba terreno seco.

Según el *common law*, este riesgo corresponde al contratista²⁰, a menos que el contrato disponga lo contrario. Incluso cuando un contrato

¹⁸ Otra teoría jurídica a la que se hace referencia en este contexto es la *force majeure*. Pero esta doctrina jurídica (que debe distinguirse de una cláusula de *force majeure*) tendrá menos interés práctico ya que, entre otras cosas, su ámbito de aplicación tradicional (en el derecho administrativo francés) es aún más reducido que el de la doctrina de la frustración del *common law*. B. Nicholas, *Op. cit.*, p. 202. Por otra parte, en los contratos internacionales, el tema suele tratarse mediante una cláusula contractual. Por ejemplo, la cláusula 18 [Eventos Excepcionales] del Libro Rojo de la FIDIC (2017).

¹⁹ La administración no garantiza al contratista contra todos los riesgos de desequilibrio financiero. Solo se puede recurrir a la ayuda si se cumplen las condiciones de una de estas doctrinas destinadas a restablecer el equilibrio financiero. A. de Laubadère, Vol. I, *Op. cit.*, p. 718-719 (párrafo 719).

²⁰ *Steas v Leonard*, 20 Minn 494 (1874).

lo establece, normalmente limitará el derecho del contratista a sus costos y/o a una prórroga del plazo²¹.

Por otra parte, la doctrina francesa de las condiciones físicas imprevisibles (*sujétions imprévues*) proporcionará alivio al contratista en esta situación, esté o no prevista en el contrato. Para que se aplique, deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. el contratista debe encontrar dificultades de naturaleza física;
2. las dificultades deben ser absolutamente anormales;
3. no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de celebrar el contrato; y
4. deben hacer que la ejecución sea más onerosa o costosa²².

Si se cumplen estas condiciones, el contratista recibe una mejor compensación que la que obtendría con un contrato tipo, como el de la FIDIC²³, ya que no solo tiene derecho a sus costos adicionales y/o a una prórroga del plazo (como en el caso de la FIDIC), sino también a un beneficio. Esta teoría es de *derecho imperativo* en Francia y, como se ha indicado anteriormente, se aplicará independientemente de lo que estipule el contrato²⁴.

Sin embargo, en el caso de un contrato a suma alzada (*marché à forfait*), la teoría solo se aplica cuando la condición o circunstancia imprevisible:

²¹ E.g., Libro Rojo de la FIDIC (2017), subcláusula 4.12 [Condiciones Físicas Imprevisibles].

²² A. de Laubadère *et al*, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. II, 2ª edición, LGDJ, París, 1984, p. 499 (párrafo 1276).

²³ E.g., Libro Rojo de la FIDIC (2017), subcláusula 4.12 [Condiciones Físicas Imprevisibles].

²⁴ A. de Laubadère, Vol. II, *Op. cit.*, p. 503 (párrafo 1278).

- provoque una “perturbación de la economía del contrato” (*bouleversement de l'économie du contrat*); o
- se deba a culpa de la parte pública²⁵.

Para determinar si se ha alterado la economía de un contrato, los tribunales franceses llevan a cabo un análisis caso por caso sin umbrales establecidos. En algunos casos, han considerado que la reparación era posible cuando los costos adicionales habían alcanzado el 7 % del precio del contrato²⁶ mientras que, en otros, un aumento del costo del 10 % del precio del contrato se consideró insuficiente²⁷. En la práctica, cuando los costos adicionales superan entre el 10 % y el 15 % del precio del contrato, la economía del contrato puede considerarse alterada²⁸.

Se reconoce que esta teoría se aplica, con algunas variaciones, a los contratos administrativos en, entre otros países, Argentina, Bélgica, Chile, Colombia, Egipto (y, por lo tanto, quizás en otros lugares del Medio Oriente árabe) y Perú (dentro de ciertos límites)²⁹.

6. EXCESIVA ONEROSIDAD (*IMPRÉVISION*)

Durante la ejecución de un contrato de construcción pueden surgir circunstancias económicas imprevisibles que dificulten o encarezcan la ejecución. Ejemplos comunes serían una inflación excepcional o aumentos excepcionales de los precios, como los del acero, el petróleo u otras materias primas, o aumentos excepcionales de los sueldos o salarios.

²⁵ P. Malinvaud, *Op. cit.*, p. 1341 (párrafo 417.428).

²⁶ Société Altagna, Admin Ct de App Marseille, 17 de enero de 2008, n° 05MA00493.

²⁷ Société Balas Mahey, Admin Ct de App Paris, 10 de julio de 2015, n° 12PA04253.

²⁸ Fédération Nationale des Travaux Publics, *Avis du Comité Juridique, Possibilités d'adaptation des marchés à l'évolution des prix des matières premières et des fournitures*, 6 de octubre de 2021.

²⁹ Para referencias, véase la obra del autor *The FIDIC Red Book Contract, Op. cit.*, p. 117.

El *common law* no prevé ningún remedio en esta situación —las doctrinas jurídicas más cercanas en el *common law* son la *frustration* en el derecho inglés y, en los Estados Unidos, la impracticabilidad—. Sin embargo, estas doctrinas no se aplican a menos que el cumplimiento sea prácticamente imposible o ilegal. Además, la única consecuencia será la resolución del contrato o, en algunos casos según la legislación estadounidense, la suspensión temporal o la resolución parcial. La parte afectada no tiene derecho a indemnización.

La doctrina francesa de la excesiva onerosidad (*imprévision*) es mucho más favorable a la parte afectada, normalmente el contratista. Para que se aplique, deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. el contratista debe encontrarse con circunstancias imprevisibles de carácter económico;
2. las circunstancias deben “alterar la economía del contrato” (según la definición anterior), sin hacer imposible su ejecución; y
3. las circunstancias deben causar una pérdida sustancial al contratista³⁰.

Si se cumplen estas condiciones, aunque el contratista sigue estando estrictamente obligado a cumplir el contrato, tiene derecho a exigir que el organismo público participe en las pérdidas para que el contratista pueda superar la dificultad. Así, en Francia, el contratista suele soportar entre el 10 % y el 20 % de los costos adicionales, y el organismo público, el resto³¹. Esta doctrina es de *derecho imperativo* —toda cláusula que pretenda excluirla es inválida—³².

³⁰ A. de Laubadère, Vol. II, *Op. cit.*, p. 560 (párrafo 1332). Como esta teoría se basa, entre otras cosas, en el principio de equidad (*Ibid*, p. 563 (párrafo 1333)), si el empresario es el perjudicado, podría decirse que también tiene derecho a una indemnización en virtud de esta teoría.

³¹ A. de Laubadère, Vol. II, *Op. cit.*, p. 623 (párrafo 1394).

³² *Ibid*, p. 600 (párrafo 1364 - 1).

La importancia práctica de esta doctrina ha disminuido con el uso creciente en los contratos a largo plazo de una cláusula de ajuste de precios, aunque dicha cláusula no impediría su aplicación. Por ejemplo, la doctrina puede aplicarse cuando dicha cláusula no ha funcionado como estaba previsto (por ejemplo, cuando el gobierno ha bloqueado los precios)³³ o cuando su aplicación ha sido insuficiente para corregir los efectos de la alteración de la economía del contrato (por ejemplo, cuando se comprueba que la cláusula no incluye ningún índice para el costo de los insumos de las obras que ha provocado un aumento significativo del costo de las obras)³⁴.

Por lo tanto, si una cláusula de ajuste de precios da lugar a un resultado que las partes no podían razonablemente haber previsto (por ejemplo, debido a un error en la cláusula), entonces, en virtud de esta doctrina, un tribunal puede ajustar el resultado a uno que razonablemente podrían haber previsto al celebrar el contrato³⁵.

La doctrina francesa de la excesiva onerosidad (*imprévision*) ha sido adoptada, a veces con variaciones, por numerosos países de Europa, Medio Oriente y Latino América, como ilustra el siguiente cuadro (que no pretende ser exhaustivo):

³³ A. de Laubadère, Vol. II, *Op. cit.*, p. 600-601 (párrafo 1365).

³⁴ *Ibid*, véase más recientemente, H. Hoepffner, *Droit des Contrats Administratifs*, 3ª edición, Dalloz, 2022, p. 691 (párrafo 750).

³⁵ Según la “teoría del funcionamiento imperfecto de una cláusula de revisión de precios” (*théorie du jeu imparfait de la formule de révision*) aplicada por dos decisiones del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1937 (*Département des Cotes du Nord y Sieur Ducos et Fils*) y, más recientemente, CE, 19 de febrero de 1992, *S.A Dragages et Travaux publ*, n° 47265 y un dictamen (*avis*) del Consejo de Estado de 15 de septiembre de 2022 (apartado 24) que establece (traducción del autor): “las cláusulas de reajuste de precios se aplicarán sin perjuicio del recurso por excesiva onerosidad (*imprévision*)”.

Europa	Medio Oriente	Latino América
Francia (Código Civil, artículo 1195)	Argelia (Código Civil, artículo 107)	Argentina (Código Civil, artículo 1091)
Finlandia (Ley de Contratos, artículo 36)	Bahrein (Código Civil, artículo 130)	Brasil (Código Civil, artículos 478-80)
Italia (Código Civil, artículos 1467-69)	Egipto (Código Civil, artículo 147)	Chile (jurisprudencia)
Países Bajos (Código Civil, Bk 6, artículo 258 (6:258))	Irak (Código Civil, artículo 146[2])	Colombia (Código de Comercio, artículo 868)
Polonia (Código Civil, artículo 357)	Jordania (Código Civil jordano, artículo 205)	Perú (Código Civil, artículos 1440-46)
Portugal (Código Civil, artículo 437)	Kuwait (Código Civil, artículo 198)	
Rusia (Código Civil, artículo 451)	Libia (Código Civil, artículo 147(2))	
Suecia (Ley de Contratos, artículo 36)	Omán (Código Civil, artículo 159)	
Suiza (Código de Obligaciones, artículo 373)*	Qatar (Código Civil, artículo 171(2))	
* Limitado a los contratos de construcción.	Sudán (Ley de Transacciones Civiles de Sudán, artículo 177)	
* Fuente: Elaboración propia.	Siria (Código Civil, artículo 148)	
	EAU (Código Civil, artículo 249)	
	Yemen (Ley Civil, artículo 211)	

En Medio Oriente, esta doctrina se aplica no solo a los contratos públicos o administrativos, como en Francia, *sino también a los contratos entre privados*. Por ejemplo, en el Código Civil egipcio (aplicable tanto a los contratos privados como a los públicos), la doctrina de la excesiva onerosidad se define del siguiente modo:

El contrato hace la ley de las partes [...]. Sin embargo, cuando, como consecuencia de acontecimientos excepcionales e imprevisibles de carácter general, el cumplimiento de la obligación contractual, sin llegar a ser imposible, se vuelve excesivamente oneroso de tal manera que amenaza al deudor con una pérdida exorbitante, el juez puede, según las circunstancias, y después de tomar en consideración los intereses de ambas partes, reducir a límites razonables, la obligación que se ha vuelto excesiva [...].

Todo acuerdo en contrario es nulo³⁶.

La última frase de la cita anterior denota que la doctrina de la excesiva onerosidad es de *derecho imperativo* en Egipto. Lo que también es extraordinario es que los códigos civiles de otros 12 países árabes (véase el cuadro anterior) contengan una disposición en idéntico sentido³⁷.

Aunque tradicionalmente la doctrina de la excesiva onerosidad no estaba reconocida en el derecho privado francés, en 2016 se introdujo un artículo sobre el tema en el Código Civil francés, que se aplica, por supuesto, a los contratos privados. De este modo, se crea el *derecho de una parte a renegociar* un contrato cuando concurren circunstancias:

- que no eran previsibles cuando se celebró el contrato;
- que hacen que el cumplimiento del contrato sea excesivamente oneroso para la parte; y

³⁶ Código Civil egipcio, artículo 147.

³⁷ Además, las normas sobre excesiva onerosidad están previstas en el artículo 6.2 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) y en el artículo 79 de la CISG, tal como confirma la Opinión N° 20 del Consejo Consultivo de la CISG.

- cuando el riesgo de tal cumplimiento oneroso no haya sido asumido por dicha parte³⁸.

La parte afectada debe seguir cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación. Si la otra parte se niega a renegociar o la renegociación fracasa, un tribunal puede, a petición de la parte afectada, revisar o resolver el contrato³⁹.

Este artículo ha dado lugar a una importante liberalización del derecho privado francés, ya que, antes de la reforma de 2016, en el derecho privado francés era al menos tan difícil que una parte afectada por circunstancias excepcionales quedara liberada de los términos estrictos de un contrato como en el *common law* inglés⁴⁰.

7. HECHO DEL PRINCIPE (*FAIT DU PRINCE*)

En la práctica, la firma de un contrato entre un Estado y un particular rara vez menoscabará las competencias y obligaciones soberanas del Estado. El Estado seguirá teniendo poder para recaudar impuestos, dictar normas de salud y seguridad y regular la economía (por ejemplo, precios y salarios, etc.) sin tener en cuenta los contratos existentes con partes privadas.

Pero el ejercicio de estos poderes soberanos por parte de un Estado puede tener el efecto incidental de causar un daño imprevisible a una parte privada que tenga un contrato con él. En estas circunstancias, la parte privada puede tener un recurso contra el Estado en virtud de la doctrina francesa de los hechos del príncipe (*fait du prince*).

³⁸ Código Civil francés, artículo 1195.

³⁹ Este artículo no es de obligado cumplimiento, por lo que puede excluirse por contrato.

⁴⁰ B. Nicholas, *Op. cit.*, p. 202.

Si bien el *common law* puede proporcionar alguna reparación en esta situación (en virtud del *law of tort*)⁴¹, los tribunales ingleses “no parecen haber estado dispuestos a establecer la responsabilidad general de la administración por negligencia [...] o la responsabilidad de pagar daños y perjuicios por pérdidas derivadas de la legislación”⁴².

Para que se aplique la doctrina francesa del hecho del príncipe (*fait du prince*), deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. el organismo público firmante del contrato ha adoptado una acción o medida (por ejemplo, una nueva ley, decreto o reglamento);
2. ha sido adoptada por el organismo público en su función soberana⁴³ y no en su calidad de parte contratante;
3. era imprevisible cuando se firmó el contrato; y
4. afectó a “un elemento esencial” del contrato, haciendo su cumplimiento más difícil u oneroso.

A continuación, se exponen ejemplos en los que se invocó esta doctrina: en el primer caso se denegó y en el segundo se aplicó.

En el primer caso, el titular de una concesión de aparcamiento de la ciudad de París reclamó una indemnización a la ciudad en virtud de esta doctrina por los daños que había sufrido porque la ciudad había instalado parquímetros y la Policía supuestamente no había hecho lo suficiente para impedir el estacionamiento ilegal. En este caso, se denegó la

⁴¹ N. L. Brown y J. S. Bell, *Op. cit.*, p. 207.

⁴² JWF Allison, *A Continental Distinction in the common law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford University Press, 2000, p. 181.

⁴³ En francés, en virtud de *la puissance publique*.

indemnización al titular porque se consideró que estos motivos solo habían tenido un efecto incidental en la frecuencia del aparcamiento y *no afectaban a un elemento esencial* del contrato⁴⁴.

En el segundo caso, una empresa tenía un contrato con el Estado para la ejecución de determinadas obras de terraplén en virtud del cual la empresa debía obtener la aprobación de un funcionario local antes de cada etapa de las obras. Una vez finalizada la primera fase, se denegó a la empresa la autorización para ejecutar el resto de las obras alegando que un cambio en la legislación urbanística había hecho que las obras de terraplén fueran incompatibles con el uso permitido del terreno. En este caso, se consideró que se había visto afectado *un elemento esencial del contrato* y la empresa tenía derecho a una *indemnización íntegra por sus pérdidas*⁴⁵.

En general, es necesario distinguir entre las medidas o decisiones adoptadas por un organismo público contra una parte individualmente y las leyes, decretos o reglamentos de aplicación general al público. Cualquier medida o decisión individual adoptada por el organismo público que firmó el contrato, que afecte a sus términos o a las condiciones de su ejecución, como una acción unilateral que modifique efectivamente el contrato, puede dar derecho al contratista a una indemnización en virtud de esta teoría⁴⁶. Por otra parte, está mucho menos claro si un contratista puede obtener una indemnización por haberse visto afectado por medidas generales, como las que afectan a toda una clase de personas (por ejemplo, el aumento de los impuestos generales o de los derechos de aduana cuando el organismo público afectado es el Estado), ya que la exigencia de que un contratista las cumpla se encuentra entre los riesgos normales de la ejecución de un contrato⁴⁷.

⁴⁴ CE, 5 de mayo de 1982, *Ville de Paris v Société du Parking de la Place de la Concorde*, Req N°4 19463, 19464.

⁴⁵ CE, 29 de diciembre de 1997, *Société Civile des Néo-Polders*, Req N° 146753.

⁴⁶ A. de Laubadère, Vol. II, *Op. cit.*, p. 543 (párrafo 1315).

⁴⁷ *Ibid*, p. 528-42 (párrafo 1304-1314).

El remedio normal para la actuación del príncipe es la indemnización por daños y perjuicios⁴⁸. Sin embargo, si la actuación del organismo público ha hecho imposible la ejecución del contrato, el contratista quedaría eximido de su cumplimiento. Si la acción ha hecho más onerosa la ejecución del contrato, aunque no imposible, esto podría eximir al contratista de la responsabilidad por daños liquidados por el retraso en que de otro modo podría incurrir. Por último, si la medida causara dificultades al contratista por encima de un determinado umbral, este podría tener derecho a solicitar la resolver del contrato⁴⁹.

Como esta doctrina es —al igual que las otras dos doctrinas descritas anteriormente— una cuestión de orden público (*ordre public*), es de *derecho imperativo* y, por lo general, un contratista no puede renunciar de antemano a su derecho a una compensación en virtud de la misma.

Dado que el riesgo del hecho del príncipe suele tratarse hoy en día mediante una disposición contractual⁵⁰, esta teoría ha perdido parte de su aplicación práctica.

8. CONCLUSIÓN

Como se ha explicado anteriormente, en virtud de un contrato administrativo francés, una entidad estatal goza de “poderes exorbitantes” de los que no dispone en virtud del *common law*. Para contrarrestar estos poderes se conceden al contratista recursos extraordinarios, tampoco disponibles en el *common law*, que le dan derecho a una indemnización y/o a una prórroga del plazo.

⁴⁸ P. Malinvaud, *Op. cit.*, p. 1344 (párrafo 417-454).

⁴⁹ A. de Laubadère, Vol. II, *Op. cit.*, p. 552 (párrafo 1324).

⁵⁰ En el caso de un modelo FIDIC de contrato de construcción (2017), las subcláusulas 8.6 [Retrasos Causados por las Autoridades] y 13.6 [Ajustes por Cambios en la Legislación] proporcionan al contratista un alivio que de otro modo podría estar disponible bajo esta teoría.

Como se ha dicho del Gobierno francés: “*Elle peut tout, mais si elle fait mal, elle paie*”. (“[e]l gobierno puede hacer cualquier cosa, pero si causa daño, debe pagar”)⁵¹.

Una comparación simplificada de las teorías descritas anteriormente es la siguiente:

- los fenómenos naturales imprevisibles pueden dar lugar a la teoría de las dificultades físicas imprevisibles (*sujétions imprévues*);
- los acontecimientos económicos imprevisibles pueden dar lugar a la teoría de la excesiva onerosidad (*imprévision*); y
- las acciones o medidas imprevisibles de un organismo público, que es la otra parte contratante, pueden dar lugar a la teoría del hecho del príncipe (*fait du prince*).

La idea subyacente a estas teorías es, como ya se ha mencionado, garantizar el mantenimiento del equilibrio financiero de un contrato administrativo, ya que su ejecución continuada es de interés público.

⁵¹ J. Brèthe de la Gressaye, “Droit Administratif et Droit Privé” en *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes Offertes a Georges Ripert, Vol. I*, LGDJ, 1950, p. 304 y ss., citado en B. Rudden (Ed.), *A Source-Book on French Law*, 3ª edición, Oxford University Press, 1991, p. 150.

CONTROVERSIAS DERIVADAS DE RECLAMOS GLOBALES (*GLOBAL CLAIMS*) EN CONTRATOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN

*Sharon Grados Huamán **

1. INTRODUCCIÓN

En la industria de la construcción a lo largo de los años se han establecido diversos conceptos legales y principios aplicables a los reclamos globales [en adelante “*Reclamos Globales*” o “*Global Claims*” indistintamente] que emergen a menudo en proyectos de construcción de naturaleza compleja y donde con frecuencia surgen una serie de eventos atribuibles a las partes que han causado un daño compuesto de pérdida y/o retraso, y cuya determinación y evaluación tanto jurídica como técnica sigue siendo, hasta cierto punto, dificultosa.

* Árbitro, Managing Partner de Construction Legal Group (CL Group) y Abogada titulada por la Universidad Nacional Federico Villareal y con estudios de maestría en Derecho Civil y Comercial en la UNMSM. Ha sido Legal Contract Manager en la PMO francesa G2G, Legal Claims Advisor en el Consorcio Natividad de Chinchero del Aeropuerto Internacional de Chinchero, Contract and Dispute Lawyer en el Consorcio Internacional PMC (Project Management Consulting) para el Megaproyecto de la Refinería de Talara y Construction Lawyer en NPG abogados, entre otras entidades del Estado y contratistas, donde se ha dedicado al asesoramiento del diseño y negociación de contratos, ejecución contractual, gestión de Claims, así como en la prevención y solución de controversias de diferentes contratos de ingeniería, construcción e infraestructura. Cuenta con posgrados en contrataciones públicas, derecho civil patrimonial, derecho de daños, derecho de la construcción, gestión de Claims en contratos de construcción, gerencia de proyectos, derecho de las concesiones bajo la modalidad de asociaciones público privada, y en mecanismos de prevención y resolución de controversia. Viene desempeñándose como conferencista en diferentes universidades y como docente en instituciones privadas, en las áreas de derecho de la construcción, contratación pública/privada y en solución de controversias. Miembro de la Sociedad de Derecho de la Construcción UK [Reino Unido] y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Quiero expresar mi más sincero agradecimiento al soporte proporcionado por Nikol Arias Soto en la presente investigación, cuyo potencial en la investigación y pensamiento crítico ha permitido enriquecer esta ardua tarea académica.

Históricamente, los tribunales internacionales se han mostrado reticentes a aceptar *Reclamos Globales*. Sin embargo, recientemente, la situación ha ido cambiando y se han ido aceptando este tipo de reclamaciones bajo la aplicación de ciertas premisas y reglas especiales. La aceptación de los *Reclamos Globales* responde a la necesidad de afrontar lo que sucede en la realidad, y con ello admitir la existencia de ciertos problemas con características distintivas en proyectos de gran envergadura con el objetivo de establecer su tratamiento.

De esta manera, la complejidad de las actividades que se realizan en un proyecto de construcción, el gran número de profesionales y entidades que intervienen en su ejecución, los nuevos tipos de contratos de diseño y construcción, así como el proceso de adquisición, donde gran parte de los materiales se suministran desde diferentes países, hacen que el proceso de reclamaciones individuales, donde cada causa tiene un efecto y una pérdida distintiva, sea casi imposible¹.

Esto ha dado lugar a la existencia de defensores y opositores de este tipo de reclamos en la industria. Los defensores argumentan que el sistema tradicional de reclamos de construcción eleva demasiado el listón para la parte reclamante de este tipo de reclamos, así como alienta a la parte responsable a no enfrentarse con lo que realmente sucedió en el proyecto. Por otro lado, los opositores de este tipo de reclamos respaldan sus argumentos expresando la necesidad de protección contra ganancias inesperadas para los reclamantes, y señalan que fomenta la presentación de una avalancha de reclamaciones y, en última instancia, a indemnizaciones injustificadas basadas en pruebas endebles.

Adicionalmente en la literatura actual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se queda corta a la hora de proporcionar definiciones y tratamientos unificadores, viables y coherentes a los profesionales del

¹ Jonathan Cope, "Global Claims in Construction", *Practical Law Construction*, 8 de junio de 2006. [http:// constructionblog.practicallaw.com/globalclaimsafterwalterlillyvmackay/](http://constructionblog.practicallaw.com/globalclaimsafterwalterlillyvmackay/) (consultada el 16 de noviembre de 2023).

derecho y la construcción. Por tal razón, es fundamental examinar los *Reclamos Globales* para otorgar mayor seguridad jurídica en su presentación por parte de los reclamantes y en su resolución por parte de los adjudicadores y árbitros.

Finalmente, considerando el carácter internacional de estos reclamos, su desarrollo ha sido más amplio en países como el Reino Unido y Escocia. Por ello, resulta fundamental comprender estas corrientes para contar con las herramientas necesarias que permitan gestionar eficazmente este tipo de reclamaciones en la ejecución contractual. Aún más relevante es el estudio de su aplicación en los países de Latinoamérica, donde el *Reclamo Global* enfrenta un desafío particularmente grave en la probanza de la causalidad, debido a las particularidades de las jurisdicciones del *civil law*.

2. DEFINICIÓN DE *GLOBAL CLAIMS*

A lo largo de los años han ido proliferando las definiciones de lo que constituye un *Reclamo Global*, lo que genera incertidumbre jurídica en cuanto a cómo los administradores de contratos, los adjudicadores y árbitros deciden y evalúan tales asuntos².

A fin de ilustrar mejor un *Global Claim*, imaginemos un proyecto de diseño, procura, construcción y puesta en marcha de un aeropuerto bajo un esquema *Fast Track*, donde, desde principios de febrero hasta finales de marzo, múltiples eventos ocurren simultáneamente, afectando el alcance, plazo y costo del proyecto.

Mientras la construcción avanza, se detectan inconsistencias en los cálculos estructurales del pavimento, así como en la integración de los sistemas eléctricos y de señalización, los cuales fueron elaborados por el

² John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, tesis para el título de Doctor en Filosofía en la Universidad de Strathclyde 2019, p. 14.

contratista y previamente aprobados por el cliente. Esto obliga a paralizar las actividades en la pista de rodaje para realizar retrabajos en la compactación y nivelación del terreno. Al mismo tiempo, se notifica que la procura enfrenta retrasos debido a una huelga portuaria, que detiene la llegada de acero y asfalto, además de una escasez global de suministros que afecta la entrega de componentes eléctricos y sistemas de iluminación aeronáutica.

Simultáneamente, lluvias intensas saturan el terreno en la pista de rodaje y la zona de calles de acceso, impidiendo la compactación y generando retrabajos adicionales. En un intento de avanzar con otras actividades, el contratista busca ejecutar trabajos en distintos frentes, pero otros contratistas del cliente llevan a cabo la instalación del sistema de control de tráfico aéreo y la adecuación de las áreas de seguridad operacional, interfiriendo con la pavimentación y obstaculizando su desarrollo.

A finales de marzo, una vez finalizadas las lluvias, reorganizados los trabajos de los contratistas del cliente, corregido el diseño del contratista, arribado el acero y el asfalto, y asegurado un nuevo proveedor de componentes eléctricos y sistemas de iluminación aeronáutica, el cliente, ante los retrasos acumulados, ordena acelerar la ejecución. Esto obliga al contratista a incrementar personal, alquilar maquinaria y extender jornadas laborales. Sin embargo, esta aceleración genera costos adicionales y reduce la eficiencia de las actividades, afectando aún más la productividad.

Dado que todos estos factores, los cuales se presentaron en un mismo período de tiempo, se integraron y causaron un impacto compuesto, el contratista presenta un *Global Claim*, solicitando una extensión de plazo y compensación económica integral.

Ante esta situación, podemos preguntarnos: ¿es este realmente un *Reclamo Global*? ¿Qué elementos lo caracterizan y lo diferencian de otras reclamaciones más convencionales?

Vivian Ramsey y Stephen Furst exponen lo siguiente sobre los *Reclamos Globales*:

Una reclamación global es aquella que proporciona una explicación inadecuada del nexo causal entre los *incumplimientos de contrato o eventos/asuntos relevantes en los que se invocó y la supuesta pérdida y daño o retraso por la que se reclama la reparación, porque resulta poco práctico y desproporcionado separar la parte directamente imputable a cada pretensión*. Los reclamos globales también se denominan a veces reclamos compuestos. En tal reclamación, el reclamante no pretende atribuir una pérdida o retraso específico a un incumplimiento o evento, sino que alega una pérdida global o compuesta supuestamente como resultado de los incumplimientos o eventos invocados. *La causalidad* en tales circunstancias debe ser inferida por la *aplicación del sentido común*³. [Énfasis agregado].

Humphrey Lloyd refiere sucintamente que un *Reclamo Global* se presenta como una reclamación en la que la conexión causal entre los asuntos reclamados y sus consecuencias ya sea en términos de tiempo o dinero, *no son completamente explicada, pero, implícitamente, podría y debería explicarse*⁴.

En *Hudson's Building and Engineering Contracts* se ofrece la siguiente definición:

[...] donde una *suma global o compuesta* [...] se propone como medida del daño [...] *cuando hay dos o más cuestiones separadas de reclamación* [...] y cuando se dice que es *poco práctico o imposible* proporcionar un *desglose de la suma reclamada entre esas cuestiones*⁵.

Otra definición que consideramos oportuna sobre el *Reclamo Global* proviene de la nota del encabezado de la sentencia del caso *Bernhard's Rugby Landscapes v. Stockley Park* que señala:

³ Stephen Furst y Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts*, Sweet and Maxwell 2016, párrafo 9-064.

⁴ *Bernhard's Rugby Landscapes Ltd v. Stockley Park Consortium Ltd* [1997], párrafo 129.

⁵ Ian Norman Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 11va ed., London, Sweet & Maxwell 1995, párrafo 8-200, p. 1086.

[...] donde un demandante *no pretende atribuir una pérdida específica a incumplimientos específicos del contrato*, sino que *alega una pérdida compuesta como resultado de todos los supuestos incumplimientos*. La reclamación global en este caso era una reclamación por costos totales ya que el demandante había cuantificado su reclamación de pérdida restando el costo esperado de las obras del costo final⁶.

Por su parte, Lord Macfadyen en el caso de *John Doyle Construction Ltd. v. Laing Management*, continuó diciendo:

En algunas circunstancias, relativamente comunes en el contexto de los contratos de construcción, *ocurren una serie de eventos que individualmente formarían la base de una reclamación por pérdidas y gastos*. Estos eventos pueden interactuar entre sí de maneras muy complejas, por lo que *resulta difícil, si no imposible, identificar qué pérdidas y gastos ha causado cada evento*⁷.

En los últimos años se ha ido formando una percepción creciente en el sector de la industria de la construcción en la que los tribunales se están volviendo más comprensivos con las *Reclamaciones Globales*. Esta percepción se evidencia en una revisión realizada entre la 1^{era} y 2^{da} edición del Protocolo de Demoras y Disrupciones de la Sociedad de Derecho de la Construcción, que pasó de establecer a los *Reclamos Globales* como “*rara vez aceptados por los tribunales*” a “*existe una aparente tendencia de los tribunales a adoptar un enfoque más indulgente hacia las reclamaciones globales*”.

En este sentido, a fin de identificar lo que constituye una *Reclamación Global* con mayor exactitud, es imprescindible tomar en cuenta los siguientes elementos que componen su definición:

⁶ *Bernhard's Rugby Landscapes Ltd v. Stockley Park Consortium Ltd* [1997], p. 41.

⁷ Una decisión sobre la casa exterior en el Tribunal de Sesión en el caso *John Doyle Construction Ltd. v. Laing Management* [2002] (Escocia) párrafo 35 y reafirmado por Lord Drummond Young en la apelación ante la casa interna en el caso *John Doyle Construction Ltd. v. Laing Management* [2004] (Escocia).

- i. En primer lugar, una serie de causas entrelazadas que actúan de manera muy compleja las cuales forman la base de una reclamación por pérdidas y/o gastos.
- ii. En segundo lugar, un impacto en plazo y/o en costo que ha surgido de forma global, integral o compuesta, producto de estas causas.
- iii. En tercer lugar, dificultad, impracticabilidad o imposibilidad de asociar pérdidas específicas a eventos particulares. Esta imposibilidad, impracticabilidad o dificultad de cuantificar individualmente los impactos de cada evento debe originarse de la incapacidad de las partes de realizar la separación de la suma integral reclamada entre los eventos del reclamo, más no de mantener los registros contemporáneos, establecer el derecho contractual y/o determinar los impactos.

El primero requiere la necesidad de un reclamo global, pero el segundo es el resultado de una mala administración del contrato. Por lo tanto, el *Reclamo Global* no es un mecanismo que permita a las partes de un contrato —muy probablemente al final del proyecto— acordar mutuamente el alcance del reclamo en caso de no cumplir con los requisitos de notificación, con mantener los registros contemporáneos y con justificar el derecho contractual.

- iv. Finalmente, la existencia de dificultades para establecer la “causalidad” entre los incumplimientos del contrato o causas que se invocó y la pérdida global que no pueda ser demostrada por el estándar convencional, pero si puede ser inferida mediante la aplicación de ciertas reglas especiales⁸.

⁸ Para un análisis detallado de las reglas y principios aplicables a la revisión de estos reclamos, véanse los acápites 3 y 5 de la presente investigación.

3. CONTROVERSIAS DERIVADAS DE *GLOBAL CLAIMS* EN LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN A TRAVÉS DE LOS AÑOS

El tratamiento de los *Global Claims* ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde su origen en la década de 1960 hasta la actualidad con la resolución de casos reconocidos a nivel internacional, cuyas premisas y reglas han sido utilizados como referencias en el derecho de la construcción para la solución de controversias de este tipo de reclamos. Entre los casos internacionales que han marcado hito en el desarrollo de este tipo de reclamos encontramos a los siguientes.

3.1. [1967] *Caso J. Crosby & Sons Ltd. contra Portland Urban District Council UDC 5 BLR 121 [QBD]*

En 1967, en el caso *J. Crosby & Sons Ltd. v. Portland Urban District Council UDC* [en adelante, el “caso Crosby”], los tribunales ingleses comenzaron a reconocer que se podía dictar una indemnización suplementaria por el “resto de reclamaciones de construcción”, que no podían ser tratadas de forma aislada o fácilmente separadas.

En este caso, J Crosby & Sons [en adelante “Crosby”] celebró un contrato de construcción ICE Conditions [cuarta edición] con el Consejo del Distrito Urbano de Portland [en adelante “Portland”] para la instalación de una tubería principal de agua.

Durante la ejecución contractual surgieron diversas disputas que fueron sometidas a arbitraje, entre las cuales se sometió un retraso total de la instalación de la tubería por cuarenta y seis semanas [46] —hasta su finalización— debido a diversas causas de demora, de las cuales treinta y una [31] semanas fueron consideradas por el árbitro como imputable a causas de retraso a las que el contratista tenía derecho a la compensación.

⁹ Fraseología en ese momento similar a lo que ahora se reconoce como *Reclamos Globales*, antes de que se acuñara la frase.

Sobre el particular, el árbitro propuso conceder una suma global para compensar el retraso de treinta y una [31] semanas, sin embargo, el cliente apeló dicha decisión, alegando que el árbitro debía llegar a su laudo determinando los importes adeudados en virtud de cada pretensión individual. En la Parte 2 del laudo, el árbitro se refirió a veintinueve [29] cuestiones de derecho en forma de caso especial. Las cuales se organizaron en cinco secciones de disputa de las cuales las partes aceptaron que sea abordado por Donaldson, J.

La quinta sección de controversia se refería a la reclamación del contratista por retraso y *Disruption*, la cual era considerada como la sección de disputa más significativa [en términos de cantidad]. Siendo así, es relevante mencionar que, sobre esta sección, el árbitro, en sus conclusiones, estableció que:

El resultado, en términos de Demora y Disruption, de cada una de las materias antes referidas *era continua*. A medida que ocurría cada asunto, sus consecuencias se sumaban a la suma acumulada consecuencias de los hechos que la habían precedido. *El resultado final el retraso y la disruption fue acumulativo y atribuible al efecto combinado de todas estas cuestiones.*

Por lo tanto, *es impracticable, si no imposible*, evaluar el gasto adicional causado por el retraso y desorganización debido a cualquiera de estos asuntos de forma aislada de los demás¹⁰. [Énfasis agregado]

En su respuesta a lo anterior, Donaldson J. señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

Sin embargo, *dado que el alcance del coste adicional depende de un proceso extremadamente complejo interacción entre las consecuencias de las distintas denegaciones, suspensiones y variaciones*, por lo que puede resultar difícil o incluso imposible hacer un reparto exacto del total de los gastos adicionales, costos entre los diversos eventos causantes [...] "No veo ninguna razón por la que [el árbitro] no deba reconocer las realidades de la situación y dictar

¹⁰ J. Crosby & Sons v. Portland UDC [1967] 5 BLR 121 [QBD], 133.

laudos individuales con respecto a aquellas partes de elementos individuales de la reclamación que pueden tratarse de forma aislada y *un laudo suplementario en respecto del resto de estas reivindicaciones como un todo compuesto*¹¹.
[Énfasis agregado]

Crosby es importante porque estableció que los tribunales podrían conceder una indemnización suplementaria a un contratista por reclamaciones compuestas donde es difícil o imposible hacer un reparto preciso entre causas y eventos.

La decisión llevó a los editores de *Building Law Review* a afirmar que el juez Donaldson J dio aprobación judicial a un método generalizado y de sentido común para medir las reclamaciones¹², que se aplicaba por igual tanto a las reclamaciones de extensión de plazo como a las compensaciones monetarias, sin embargo, se debían respetar los siguientes tres principios:

- i. La separación de la interacción de eventos en la que se basa el *Reclamo Global* debe ser “compleja” e “impracticable”;
- ii. no puede haber duplicación de eventos de reclamación que sean reconocidos; y
- iii. cualquier reclamo de dinero no debe incluir ganancia. Basta decir que se debe sacrificar el beneficio [utilidad] de la parte reclamante en caso de que decida interponer una reclamación global en un contrato de construcción.

¹¹ *J. Crosby & Sons v. Portland UDC* [1967] 5 BLR 121 [QBD], 136.

¹² Los editores también sugirieron que los principios deberían aplicarse a cualquier contrato estándar de construcción.

3.2. *[1985] Caso Merton LBC contra Stanley Hugh Leach Ltd [1985]32 BLR 51*

Luego de casi 20 años desde Crosby, en 1985 el caso *Merton LBC* [en adelante “Merton”] contra Stanley Hugh Leach [en adelante “Stanley”] [en adelante el “caso Merton”] fue llevado ante Vinelott J.

Este famoso caso versa sobre la celebración de un contrato estándar JCT, edición 1963 [reedición de 1971], en el cual el contratista se obligó a construir 287 viviendas. Sin embargo, las obras de construcción se retrasaron y el contratista sostuvo que tales retrasos eran atribuibles a la falta de cooperación del arquitecto de Merton.

La disputa fue remitida a arbitraje para decidir sobre las reclamaciones por la ampliación de plazo, y las pérdidas y gastos incurridos por el contratista. El tribunal tuvo que decidir sobre quince [15] cuestiones jurídicas, entre ellas, la cuestión nueve [9]:

Cuestión 9: ¿Permiten los términos del contrato al contratista recuperar la pérdida directa y/o gasto bajo las cláusulas 11[6] o 24[1] con respecto a cualquier evento alegado, *cuando no sea posible que el contratista declare con respecto a cualquier evento alegado el monto de la pérdida y/o gastos que le sean imputables?*¹³ [Énfasis agregado]

En respuesta a esta pregunta, Vinelott J. afirmó lo siguiente:

Si la aplicación es [...] *impracticable desenredar o desintegrar la parte directamente atribuible a cada concepto de reclamación*, siempre que el contratista no se haya demorado *injustificadamente en realizar la reclamación* [...], el arquitecto debe determinar la pérdida global directamente atribuible a las dos causas, *sin tener en cuenta como en Crosby*, cualquier pérdida o gasto *que habría sido recuperable si la reclamación se hubiera presentado bajo un solo reclamo de forma aislada* y que no habrían sido recuperables bajo el otro reclamo también tomado aisladamente¹⁴. [Énfasis agregado]

¹³ *London Borough of Merton v. Stanley Hugh Leach Limited*, question 9.

¹⁴ *London Borough of Merton v. Stanley Hugh Leach Limited*, 102.

De esta manera, Vinelott J. introdujo otros aspectos relevantes como condición previa para evaluar un *Reclamo Global* lo cual se puede resumir en la siguiente afirmación: “*Se puede aceptar un Reclamo Global siempre que el contratista no haya demorado injustificadamente en realizar el reclamo*”. Es así que, estableció los siguientes aspectos respecto al retraso injustificado de la notificación del evento y de la presentación de la reclamación:

- La falta de notificación oportuna, tanto del evento como de la propia reclamación, equivaldría a un incumplimiento del contrato.
- Un contratista no debe beneficiarse de su propio incumplimiento al recibir una mayor prórroga o compensación adicional de la que habría recibido si el arquitecto o administrador, al ser notificado en el momento adecuado, hubiera podido evitar o reducir la demora mediante instrucciones razonables, y si el contratista al notificar oportunamente hubiera permitido al administrador determinar con mayor precisión los impactos al momento que lo descubrió.

3.3. [1991] Caso Wharf Properties Ltd. y Wharf [Holdings] Ltd. [“Wharf”] contra Eric Cumine Associates, Architects Engineers & Surveyors [ECA]

En 1982, Wharf Properties completó un gran desarrollo residencial y comercial en Hong Kong, frente al mar conocido como Harbour City. La obra estuvo llena de retrasos y Wharf Properties fue demandada por la contratista principal y varios subcontratistas. Por lo cual, Wharf Properties pagó a los demandantes muchos millones de dólares.

En consecuencia, Wharf Properties solicitó el reembolso a ECA, quien había sido contratado por Wharf Properties como arquitectos y

topógrafos. La reclamación se basó en una supuesta negligencia profesional e incumplimiento del contrato por parte de ECA.

Se afirmó que ECA retrasó la finalización de los diseños y provocó un número excesivo de variaciones, trayendo como consecuencia que Wharf Properties incurriera en costos adicionales debido a la posesión tardía del sitio y disrupciones generalizadas del cronograma.

ECA respondió solicitando el detalle de las reclamaciones de Wharf Properties. Por ejemplo, respecto de las supuestas variaciones excesivas, pidió a Wharf Properties que identificara cada instrucción de variación que supuestamente era excesiva. De la misma manera, solicitó la fecha de la instrucción, la naturaleza de la variación, la fecha en que se realizaron los cambios, las consecuencias para el progreso y el monto de la pérdida o gasto causado.

Wharf Properties se negó a proporcionar detalles y declaró:

Es el caso del demandante que el retraso acumulativo de las Obras y la totalidad de las pérdidas como alegaron eran responsabilidad de ECA. Debido a la complejidad del proyecto, la interrelación de los mismos se alegó un gran número de factores dilatorios y disruptores y sus inevitables efectos en cadena y los de naturaleza superpuesta de las muchas acusaciones formuladas *los cuales no eran posible identificar en esta etapa y aislar retrasos individuales en la forma solicitada*¹⁵. [Énfasis agregado]

El Tribunal de Apelaciones concluyó que Wharf no había proporcionado los hechos materiales para probar que cualquier acción o inacción por parte de ECA estuvo esencialmente vinculado a aquellos hechos con los daños en cuestión y, como consecuencia, el reclamo global [en ese momento] fue denegado.

¹⁵ *Wharf Properties Ltd. y Wharf [Holdings] Ltd. V. Eric Cumine Associates, Architects Engineers & Surveyors*, 23

El hecho que Wharf no haya proporcionado mayores detalles [incluso cuando se le ordenó hacerlo] y lo que parecería ser una presentación de los hechos de la demanda muy mal redactada, fueron los aspectos diferenciadores en comparación con el caso *Crosby* y el caso *Merton* sobre *Reclamos globales*; de hecho, a menudo, se hace referencia a Wharf como un caso “excepcional” de este tipo de reclamaciones.

Por esta época, la decisión en Wharf motivó la opinión de Ian Duncan Wallace QC, un prestigioso abogado y estudioso del derecho de la construcción, sobre *Reclamos Globales*:

Se sostiene que, en las jurisdicciones inglesas y afines del Commonwealth, las reclamaciones sobre la base de los costos totales, a fortiori si se trata de una serie de reclamaciones dispares, prima facie será vergonzoso y un abuso del proceso del tribunal, justificando su anulación y desestimación en la fase interlocutoria: Wharf Properties Ltd contra Eric Cumine Asociados [1991] 52 BLR 1, PC.

Se sostiene además que, incluso si se permitiera proceder tal reclamación, solo debería basarse en que, tras la prueba de que se ha establecido un daño no meramente trivial o un costo adicional [o incluso cualquier otra causa del costo adicional, como subprecio] *por el cual el Cliente no es contractualmente responsable, la totalidad del reclamo será denegado*. Cualquier otro curso impone la carga práctica de determinar el alcance del daño del demandante al demandado o al propio tribunal¹⁶. [Énfasis agregado]

Wallace introdujo lo que se ha denominado la defensa “Exocet”¹⁷, es decir, que cuando se alega una *Reclamación Global*, si se identifican que alguno de los costos y/o retrasos no son responsabilidad del demandado toda la demanda será desestimada¹⁸.

¹⁶ Ian Norman Duncan Wallace, *Hudson’s Building and Engineering Contracts*, *Op. cit.*, párrafo 8-204, 1090.

¹⁷ Ian Pennicott QC, “Global Claims”, Un seminario de Keating Chambers para la Sociedad de Derecho de la Construcción en Newcastle, 8 de junio de 2006.

¹⁸ John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, *Op. cit.*, p. 81.

3.4. [1996] *Caso John Holland Construction & Engineering Pty Ltd v Kvaerner RJ Brown Pty Ltd* [1996] 8 VR 681

El juez Byrne fue el encargado de resolver el caso en cuestión. Sin embargo, previamente a los aportes del caso, es importante mencionar que este juez publicó su principal artículo sobre *Global Claims* en *Building and Construction Law Journal* en 1995, en el cual se planteó, quizás una de las preguntas más interesantes respecto a este tema:

[...] ¿Como puede un demandante presentar y un tribunal determinar una reclamación cuando no sea posible probar la pérdida que se deriva de una serie de hechos que, individualmente, constituyen un incumplimiento del contrato o que dan lugar a un derecho contractual? [...]¹⁹. [énfasis agregado]

Ante esta incógnita Byrne J. proporciona tres ejemplos de cómo un demandante puede intentar defender su caso o ante un tribunal que lo determinará: en primer lugar, el reclamante podrá adoptar el método de la *milla medida*, en segundo lugar, podrá adoptar el método del **costo total** [o al menos una variación de este] y/o en tercer lugar ser determinado mediante un *enfoque de jurado*.

De esta manera se puede ver que en el caso *John Holland Construction & Engineering Pty Ltd v Kvaerner RJ, Bryne J.* aplicó su artículo a un caso real: *Woodside Offshore Petroleum Pty Ltd*.

En este caso, *Woodside Offshore Petroleum Pty Ltd* invitó a *John Holland* [en adelante, *Holland*], que opera como una empresa conjunta con las empresas de ingeniería *Kvaerner Brown & CMPS & F Pty Ltd* [en adelante, *Kvaerner*], a presentar una propuesta en nombre de *Holland* para la construcción de una instalación flotante utilizada en una operación de perforación petrolera.

¹⁹ Byrne, "Total Costs and Global Claims", *Building and Construction Law Journal*, 1995.

Holland tuvo éxito en su oferta y, tras haber celebrado un contrato previo a la licitación con Kvaerner para servicios de diseño e ingeniería, posteriormente celebró un contrato de construcción con Kvaerner para el proyecto. Sin embargo, con el pasar del tiempo Holland inició un proceso contra Kvaerner Brown por daños y costos incurridos. Esta demanda enmarcaba la reclamación por daños y perjuicios de forma global, reclamando pérdidas compuestas como resultado de los supuestos incumplimientos de contratos del demandado, respaldada por detalles que hacían referencia a un calendario y a varios subprogramas²⁰.

Byrne J estableció los siguientes principios importantes en relación con los *Reclamos Globales* en el caso *John Holland*:

Cuando un demandante ha establecido un incumplimiento de contrato, no se le negaría reparación únicamente porque *era difícil estimar los daños que se derivaban de ese incumplimiento*. Una declaración de reclamación que *no pudo establecer con precisión el importe de la pérdida reclamada no debería ser denegado*. Pero incluso en tal caso, el demandante está obligado a identificar la *pérdida alegada sufrida, y que no se pudo cuantificar y cómo fue que se produjo la pérdida causada por el incumplimiento*. Cualquier cuestión sobre el vínculo causal *debía examinarse de manera pragmática por la aplicación del sentido común a los principios lógicos de causalidad* [...] Es suficiente que el incumplimiento sea causa material²¹. [Énfasis agregado]

3.5. [2002] Surgió el primer caso escocés: John Doyle Construction Ltd. contra Laing Management

En Escocia, la posición actual de los tribunales sobre cómo se tratan los *Reclamos Globales* se proporciona en el caso *Doyle City Inn*. En este caso escocés surgió una disputa relativa a la construcción de una nueva sede

²⁰ Michael Terry Whittall, “Pleading Complicated Construction Matters as Global Claims”, Chamberlains 2021. <https://chamberlains.com.au/pleading-complicated-construction-matters-as-global-claims/>

²¹ John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, Op. cit., p. 95.

corporativa, teniendo como cliente a una empresa conocida como Edinburgh Construction Services Limited.

John Doyle Construction LTD [en adelante “John Doyle”] era subcontratista de Laing Management [Scotland] LTD [en adelante “Laing”] que fue el contratista de gestión en la construcción de la nueva sede. El proyecto se dividió en varios paquetes de obras distintos. Estos incluían paquetes de trabajo conocidos como WP2010 y WP2011. Mediante acuerdo de 14 de septiembre y 28 de noviembre de 1995, John Doyle fue designado contratista de las obras del proyecto WP2011, que consistía en determinadas obras en la superestructura del edificio, cuya construcción de dichas obras fueron objetos de la reclamación.

John Doyle afirmaba que comenzaron las obras de WP2011 el 25 de septiembre de 1995. Según el programa de construcción acordado entre las partes, las obras de WP2011 deberían haber finalizado veintiocho [28] semanas después, el 7 de abril de 1996. Sin embargo, la finalización práctica de WP2011 se logró después de cincuenta [50] semanas, el 7 de septiembre de 1996.

En consecuencia, las cuestiones que estaban en disputa se relacionaban con el cálculo de las pérdidas y gastos que sufrió John Doyle como consecuencia del retraso y la *Disruption* en la finalización de las obras del contrato, causados por Laing.

En la cámara de exterior, Lord Macfadyen [el Lord Ordinario] fue el juez encargado de la resolución del caso en primera instancia, realizando grandes aportes respecto a los *Reclamos Globales* mediante la resolución del caso *John Doyle*, entre las cuales podemos encontrar:

- i. **Se confirmó la aceptación de los *Reclamos Globales*.** En este caso confirma que este tipo de reclamos son aceptables cuando

es posible identificar un vínculo causal entre un conjunto de acontecimientos de los que la parte demandada es responsable y un conjunto de impacto y/o costes adicionales.

- ii. **Quedó desfazado el “enfoque del todo o nada”**. John Doyle presentó una reclamación global por pérdidas y gastos y Laing la atacó sobre la base de que los acontecimientos que habían causado la pérdida reclamada no eran de confiar, puesto que no daban, al menos en parte, lugar a una reclamación por tiempo o dinero. Al no poder separar lo bueno de lo malo, toda la reclamación tenía que fracasar, es decir, o todo o nada. Carnell N. menciona que Lord Macfadyen comentó:

[El abogado de Laing] reconoció que había circunstancias en las que se podía presentar una reclamación global sobre la base de que la pérdida agregada había sido causada por la interacción de una serie de acontecimientos *si la parte contra la que se presentaba la reclamación era legalmente responsable de todos los acontecimientos*²². [Carnell,134] [Énfasis agregado].

Sin embargo, el Tribunal de Sesión concluyó que una visión tan estricta podría negarle al demandante un recurso incluso si la conducta del cliente o su agente fuera claramente culpable y hubiera causado claramente un daño al contratista.

La sentencia *Doyle* representa un cambio importante en el enfoque de los *Reclamos Globales*, adoptando una postura mucho más permisiva. El tribunal defendió este enfoque basándose en los intereses de la justicia natural. Rechazó el enfoque restrictivo de las reclamaciones globales en el que la reclamación del contratista podría fracasar simplemente porque se demostró que pequeños elementos de la reclamación total no eran responsabilidad del Cliente.

²² Nicolas Carnell, *Causation and Delay in Construction Disputes*, Segunda edición, Blackwell Publishing Ltd. 2005, p. 134.

El juez de *Doyle* reconoció expresamente que incluso si uno o más de los fundamentos de la reclamación global no se expusieran en el juicio, todavía se podría hacer una evaluación sensata de la pérdida. En otras palabras, cuando se demuestra que algunos de los hechos —aunque no sean una cantidad “significativa” en términos causales— no son en realidad responsabilidad del demandado, la reclamación global no necesariamente debería fracasar, puesto que puede ser posible que el juez o árbitro prorratee la pérdida entre las causas de las que es responsable el cliente y otras causas, siempre que se presenten pruebas suficientes²³.

Por lo tanto, el argumento del todo o nada que utiliza la analogía del “un solo pinchazo para reventar un globo” parece haberse visto significativamente socavado.

iii. **Se planteó nuevas reglas especiales al problema de la causalidad.** En su sentencia, Lord Macfadyen estableció los requisitos previos que deben cumplirse para establecer una reclamación por pérdida y/o gasto de cualquier tipo:

1. Surge un evento por el cual la parte reclamante no es responsable,
2. Existe una pérdida y gasto que sufre la parte reclamante,
3. Existe un vínculo causal entre el evento o eventos y la pérdida y gasto sufrido por el Contratista.

Los dos primeros requisitos son razonablemente indiscutibles. Es en el tercer requisito es donde se encuentran las dificultades asociadas con la prueba de la causalidad de una reclamación global.

²³ CMS Law Now, “Global claims – The effect of John Doyle v Laing Management”, United Kingdom, 2005, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2005/03/global-claims-the-effect-of-john-doyle-v-laing-Management> (consultada el 18 de noviembre de 2023).

La idea principal de la posición de Lord Macfadyen en el caso Doyle se afirmaba de la siguiente manera:

[...] aunque no sea posible *mostrar causa y efecto directo han comparado la productividad laboral realmente lograda por ellos en el sitio cuando el trabajo estaba en gran medida libre de interrupciones* [“trabajo normal”] con la mano de obra y productividad lograda cuando fue interrumpido²⁴. [Day y Cope 2013, 7] [Énfasis agregado]

Es decir que a pesar de que estos eventos pueden interactuar de maneras complejas, no absuelve al reclamante del requisito de probar las conexiones causales entre los hechos y la pérdida y el gasto.

Para ello, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 39 de la opinión de Lord ordinario, que fue citada y confirmada por Lord Drummond Young en el Tribunal de sesión el tribunal, se afirmó que el segundo factor que mitiga el rigor de la lógica de las reclamaciones globales es que la causalidad debe ser tratada como una cuestión de “sentido común”.

- iv. **Se consideró la causa dominante como prueba para determinar la existencia de causas múltiples.** Este caso confirma que, si hay causas concurrentes para una pérdida o un conjunto de pérdidas en particular, la identificación de la causa dominante de la pérdida será suficiente para establecer la responsabilidad y por tanto no habrá multiplicidad de causas efectivas.

Sin embargo, cuando existen causas concurrentes de pérdida y no es posible determinar que la causa dominante sea responsabilidad del demandado, puede aplicarse un prorratio de la pérdida entre las causas atribuibles al demandado y otras causas. Este prorratio

²⁴ Anneliese Day QC y Jonathan Cope, “Lilly and Doyle: A Common-sense approach to Global claims, SCL, 2013, p. 7.

debe realizarse con base en el sentido común y de manera equitativa, asegurando una distribución justa de la responsabilidad.

3.6. [2012 hasta la actualidad] *Walter Lilly & Company Ltd. contra Mackay & Anor*

La primera edición del Protocolo de la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido [en adelante, el Protocolo SCL 1ra ed.2002] en su CORE 19 señala lo siguiente respecto a los *Reclamos Globales*:

19. Reclamos Globales

La práctica bastante común de los Contratistas de presentar reclamos compuestos o globales sin fundamentar la causa y el efecto *no es recomendada por el Protocolo y rara vez es aceptada por los tribunales*. [ver la Sección de Guía 1.14]²⁵. [Énfasis agregado]

Posteriormente, la segunda edición del protocolo [en adelante, el Protocolo SCL 2da ed.2017] cambió en decir que:

Existe un reconocimiento de una tendencia aparente para la industria legal de la construcción y los tribunales *adoptar un enfoque más indulgente hacia las reclamaciones globales*, aunque los riesgos de proceder sobre esta base persisten²⁶. [Énfasis agregado]

El cambio de posición de la Sociedad de Derecho de la Construcción [en adelante, “SCL”] del año 2002 al 2017, en la que se considera que existe una tendencia hacia la indulgencia en relación a los *Reclamos Globales*, se basa principalmente en la decisión del juez Akenhead en el caso *Walter Lilly & Company Ltd.* [en adelante “WLC”] contra Mackay & Anor [en adelante “MA”] cuya disputa surgió durante un proyecto de construcción en Boltons Place, Londres SW5, una propiedad residencial según un contrato estándar del JCT con modificaciones particulares.

²⁵ Primera Edición del Protocolo de la SCL 2002. Core Principle 19, 26.

²⁶ Segunda edición del Protocolo de la SCL 2017. Introducción, literal K, 3

El juez Akenhead describió el caso como un conflicto encarnizado donde el demandante WLC presentó una demanda contra el demandado MA por pagos pendientes por un total de £2.383.600,96 y una prórroga de plazo desde la finalización original del 23 de enero del 2016 hasta la finalización práctica del 13 de agosto del 2018. El demandado reclamó una cantidad de 68,340.80 libras esterlinas por el concepto de daños y perjuicios.

MA era una tercera parte de una entidad de propósito especial DMW Developments Ltd. [en adelante “DMW”], y WLC contratado con DMW según un formulario estándar de contrato de construcción de JCT Edición 1998, para construir tres casas adyacentes en Earls Court Londres, conocidas como Parcelas A, B y C.

En su comentario inicial en relación con la reclamación de WLC por pérdidas y/o gastos, Akenhead abordó el debate sustancial sobre qué nivel de información o evidencia era requerido por WLC para satisfacer su caso.

El experto en cuántica de DMW, había argumentado que WLC debería proporcionar la ubicación del personal y el costo real de la mano de obra y de los servicios públicos del andamio y otros gastos de materiales con facturas, copias y explicaciones de cuentas de subcontratación ya descontadas por cantidades, y cualquier otra prueba que permitiera tener la relación efectiva de los costos a reclamar. Al hacerlo se basaban en la redacción de la cláusula 26.1 de las condiciones del contrato JCT que requiere que el inspector determine las cantidades del monto de dicha pérdida y/o gasto en el que haya incurrido o esté incurriendo el contratista.

Akenhead no estuvo de acuerdo que la determinación de la pérdida y/o gasto significara que las cantidades deban ser exactas y que la cláusula 26 1.3 establece que el contratista necesita solo el envío de detalles

que sean razonablemente necesarios para que el inspector llegue a una conclusión y posición sobre la pérdida y/o gasto evaluado.

Aunado a ello, señaló que la cláusula 26.1 habla del ejercicio de determinación de pérdidas y gastos incurridos o por ser incurridos. En ese sentido, indicó que es necesario interpretar las palabras de manera sensata que resuene con las partes en un mundo real y comercial. Solo se necesita estar satisfecho razonablemente de que se haya incurrido en una pérdida o gasto.

De este modo, en sus solicitudes provisionales mensuales de pérdidas y gastos, WLC había adjuntado una lista de los conceptos efectuados por los retrasos del Cliente, los cuales compararon con la oferta original y luego se multiplicó las semanas adicionales por el precio establecido en la licitación. También incluyeron cantidades reclamadas por los subcontratistas debido a plazos de demora, y al hacerlo, Akenhead J. quedó satisfecho porque el criterio había sido cumplido por WLC, por lo que falló a favor de WLC.

Este comentario es significativo ya que establece una explicación de por qué la evidencia de la pérdida y/o gastos no tiene que ser exhaustiva, pero debe ser lo que sea razonablemente necesario para que la persona que evalúa llegue a una conclusión.

Adicionalmente, el juez Akehead J expuso siete [7] conclusiones sobre cómo los tribunales ingleses evalúan los *Reclamos Globales*:

1. Los *Reclamos Globales* deben probarse como una cuestión de hecho y sobre un equilibrio de probabilidades. Asimismo, se deben revisar las cláusulas del contrato para comprender cómo funcionan las reclamaciones globales que deben ser tratadas entre las partes.

2. Se debe cumplir las condiciones suspensivas [notificación del evento] que regulan las cláusulas del contrato, puesto que si no se cumplen impedirán las reclamaciones en virtud de dicha cláusula.
3. Se debe probar los tres [3] elementos de un reclamo contractual:
 - i. Demostrar mediante un balance de probabilidades que los eventos le dan un derecho al retraso o a la *Disruption* al reclamante;
 - ii. que, los eventos causaron el retraso y/o la *Disruption*
 - iii. gque, el retraso y/o *Disruption* causan pérdida y/o gasto [y/o daños].
4. El reclamante debe demostrar que la pérdida no se habría producido en ningún caso si no fuera por el evento. La otra parte, tiene la posibilidad de aportar también pruebas, sin embargo, esta posibilidad no invierte la carga de la prueba sobre el reclamante para probar su caso en un balance de probabilidades.
5. Sí existen elementos del *Reclamo Global* que son responsabilidad de reclamante no es fatal para el reclamo y no significa que el reclamante no recuperará nada.
6. No es necesario presentar un *Reclamo Global* si es posible separar los acontecimientos y las consecuencias asociadas de los costos. Sin perjuicio de ello, si esto no se implementa, si bien un tribunal puede ser más escéptico, un tribunal no debe rechazar de plano aquel.
7. Un *Reclamo Global* no necesariamente puede ser desestimado cuando el reclamante creó la imposibilidad de separación o de

desvinculación de la pérdida atribuible a cada concepto de reclamación²⁷.

En conclusión, en el caso *Walter Lilly*, el juez Akenhead emitió un juicio exhaustivo que aporta una claridad a varias de las cuestiones prácticas más interesantes y difíciles en controversias de derecho de la construcción surgidas de *Reclamos Globales*. Esta decisión resulta ser la principal autoridad en estos temas y un punto de referencia esencial para quienes hacen o se resisten a tales afirmaciones.

Por tanto, los casos internacionales previamente analizados han establecido principios fundamentales que sirven como guía para la presentación y evaluación de *Reclamos Globales*. Estas reglas brindan certidumbre y seguridad jurídica en su resolución y pueden resumirse de la siguiente manera:

- i. **Admisibilidad de los *Reclamos Globales*:** Los *Reclamos Globales* pueden ser aceptados y concedidos cuando es difícil o imposible realizar una asignación precisa entre causas y eventos. La separación de la interacción de eventos en los que se basa el reclamo debe ser “compleja” e “impracticable”.
- ii. **Exclusión de la ganancia en los *Reclamos Globales*:** El reclamante no puede incluir ganancia en su reclamación global; la utilidad debe ser sacrificada como condición para su admisión.
- iii. **Notificación oportuna como condición previa:** El reclamante no debe haber demorado injustificadamente en la presentación del reclamo. Un contratista no debe beneficiarse de su propio incumplimiento al obtener, mediante un *Reclamo Global*, una mayor prórroga o compensación adicional de la que habría recibido si

²⁷ La posición de Akenhead textualmente está establecido en el párrafo 486 de la sentencia *Walter Lilly & Company Ltd. v. Mackay & Anor* [2012].

hubiera notificado oportunamente, permitiendo así una evaluación más precisa de los impactos desde su identificación y eliminando la posibilidad de entrelazamiento de causas y del impacto compuesto.

- iv. **Superación de la Defensa “Exocet”:** La defensa “Exocet”, que sostenía que un *Reclamo Global* debía ser desestimado en su totalidad si se identificaban costos y/o retrasos no atribuibles al demandado, ha quedado obsoleta. En su lugar, si se demuestra que algunos de los hechos no son responsabilidad del demandado .0—aunque no sean una cantidad “significativa” en términos causales— el reclamo no debe ser automáticamente rechazado. En estos casos, el tribunal arbitral puede optar por prorratear la pérdida entre las causas atribuibles al demandado y aquellas que no lo son, siempre que se aporten pruebas suficientes.
- v. **Dificultad en la cuantificación de daños:** Un *Reclamo Global* no puede ser denegado únicamente porque resulte difícil estimar los daños derivados del incumplimiento. Una reclamación que no establezca con precisión el importe exacto de la pérdida no debe ser automáticamente rechazada.
- vi. **Causalidad y Sentido Común:** La determinación del vínculo causal debe realizarse de manera pragmática, aplicando el sentido común a los principios lógicos de causalidad. Además, los *Reclamos Globales* deben probarse sobre un equilibrio de probabilidades, y el reclamante debe demostrar que la pérdida no se habría producido de no haber ocurrido el evento reclamado.
- vii. **Prorrateo en Casos de Causas Múltiples:** Cuando existen múltiples causas que generan una pérdida y no es posible identificar una causa dominante atribuible al demandado, se debe aplicar un prorrateo equitativo de la responsabilidad.

- viii. **Separabilidad de los acontecimientos y consecuencias:** No es necesario presentar un *Reclamo Global* si es posible distinguir los acontecimientos y sus respectivas consecuencias en términos de costos.

4. TIPOS DE *GLOBAL CLAIMS*

En la ejecución de un contrato de construcción pueden surgir diferentes tipos de *Reclamos Globales*, los cuales dependerán del tipo de impacto global que han producido los eventos entrelazados entre sí. En tal sentido, existen *Reclamos Globales* relacionadas al tiempo o a temas de compensación, o ambas, dentro de los cuales podemos encontrar las siguientes:

4.1. *Reclamos de Disruption con efecto acumulativo*

Los *Reclamos Globales* comúnmente incluyen afirmaciones de que un contratista ha sido interrumpido por una combinación de eventos, cuyo efecto no se aprecia con facilidad a lo largo de la ejecución de proyecto puesto que el impacto real se va verificando y conociendo con mayor precisión hacia el final de la obra. Este acontecimiento puede ser generado por eventos tales como el constante suministro tardío de la información de diseño, instrucciones diversas a lo largo de la obra, cambios excesivos de ingeniería, acceso restringido al sitio o de manera diferente a lo pactado en el contrato, entre otras causas.

Si bien podría ser relativamente fácil para los contratistas demostrar que tales eventos han ocurrido y son de responsabilidad del cliente, no sucede lo mismo con la pérdida de productividad acumulada como resultado de todos estos eventos.

Cabe señalar que, según la doctrina, la *Disruption* tiene dos componentes dependiendo de sus efectos: [i] el impacto directo de un cambio; y [ii] el impacto indirecto o acumulativo de ese cambio²⁸.

Usualmente el efecto acumulativo de la *Disruption* es entendido también como un “efecto dominó” o “efecto sinérgico” de una actividad que ha sido perturbada por varios cambios que no solo impactan el trabajo cercano o posterior, sino que también pueden impactar potencialmente a todos y cada uno de los trabajos del proyecto que se realizan al mismo tiempo o subsecuentemente a esa actividad²⁹.

La doctrina internacional ha aceptado que la ***Disruption con efecto acumulativo*** es un tipo de reclamo con enfoque global, tal y como se expone:

Así, en circunstancias apropiadas, el Tribunal de Sesión toleraba la *aplicación del enfoque global con respecto a la disruption*.

Una vez más, los autores sostienen que es completamente lógico, ya que la *disruption [pérdida de productividad]* que surge de un evento aislado puede ser relativamente pequeña y fácil de medir *en comparación con la disruption que surge de una serie de eventos que ocurren simultáneamente o en paralelo o en sucesión cercana. La pérdida de productividad tiende a ocurrir con fluctuaciones en la mano de obra que entra y sale del trabajo debido a cambios inesperados, cambios excesivos o solicitudes de acelerar o reprogramar la finalización* de las fases de trabajos y cuando no hay oportunidades suficientes para planificar un cambio ordenado³⁰. [Énfasis agregado]

Se pueden producir mayores pérdidas de productividad porque, mientras que el equipo directivo del contratista se ocupa de los eventos que han sido interrumpidos, no puede prestar suficiente atención a las

²⁸ Long, Richard, Rod Carter y Harold Buddemeyer *Cumulative Impact and Other Disruption Claims in Construction*, EE. UU., Long International Inc, 2014, p. 5.

²⁹ Long, Richard, Rod Carter y Harold Buddemeyer, *Cumulative Impact and Other Disruption Claims in Construction*, *Op. cit.*, p. 8.

³⁰ Keith Pickavance, *Retraso y Disruption en los contratos de construcción*, 1ra ed., 1997, p. 287.

obras originales. Como resultado la productividad de estas horas originales se ve afectada³¹ Cuanto mayor sea el número y la concentración de eventos causales que el equipo de gestión tenga que afrontar mayor será la *Disruption* del sitio en su conjunto³².

En este sentido, en los reclamos de *Disruption* con efecto acumulativo, usualmente, resulta complicado probar que hubo un evento específico que genere un impacto específico, puesto que los diversos sucesos que modificaron las condiciones de trabajo previstas originalmente traen como resultado el impacto que se va acumulando en el tiempo y que solo puede ser verificado hacia el final de la obra. De este modo, la única manera de entender el impacto generado es leyendo de modo conjunto todas aquellas causas que colaboraron con la producción de aquel daño.

4.2. Reclamos Globales centrado en la cuestión del plazo

En los *Reclamos Globales* centrados en la cuestión de plazo, frecuentemente se identificarán numerosos eventos de retraso, y se establecerá un retraso global. Sin embargo, no mostrarán un vínculo desglosado entre las diversas causas [los eventos de retraso] y el efecto ocasionado [el retraso total real registrado].

La razón por la que este vínculo no se muestra detalladamente, se basa en que el número de distintos eventos de retraso se superponen entre sí en un mismo periodo de tiempo, lo cual hace que las diferentes causas se subsuman unas con otras, ocasionando un [1] solo impacto global que abarca todas las causas de retraso y que genera una [1] solo ampliación de plazo.

El origen de este tipo de *Reclamos Globales* se ha justificado en la frecuencia de diversos sucesos de retraso en cortos intervalos de tiempo, y

³¹ Thomas Telford, *Cuantificación y gestión de reclamaciones por Disruption*, 2003, p. 213.

³² Geoffrey Smith y Archie Reeve. "The evolution of Global Claims and John Doyle Construction Limited v. Laing Management [Scotland] limited", p. 221.

en la inexactitud de la identificación de la existencia del reclamo, ya que rara vez será posible evaluar con precisión el alcance total o la probabilidad de las consecuencias de estos acontecimientos.

Cabe precisar que esta última opinión a veces se justifica, pero en la mayoría de los casos no. Esto toda vez que con el uso de herramientas de alertas tempranas dentro del proceso de uso de software de planificación de programas debería significar que sucederá con menos frecuencia que en el pasado.

Sin duda, aquellos bendecidos con la visión retrospectiva, generalmente los abogados y asesores de reclamaciones, a menudo señalan que las partes han cerrado los ojos ante lo inevitable y al hacerlo no han hecho nada para minimizar o evitar las consecuencias³³.

4.3. Reclamos Globales de plazo entrelazados con reclamos de demoras concurrentes

Ninguna regla es más polémica que la evaluación de los reclamos por demoras concurrentes. Las demoras concurrentes no son necesariamente de naturaleza global, puesto que en algunos casos el retraso concurrente es producida solamente por dos causas efectivas que han ocurrido de manera coincidente, una atribuible al cliente y otra al contratista.

Sin embargo, los reclamos de demoras concurrentes pueden ocurrir por más de dos eventos atribuibles a las partes. En este contexto, tendríamos una diversidad de causas de retraso atribuibles a una de las partes que a su vez concurren con la demora de la otra parte. Este escenario daría como resultado un *Reclamo Global* entrelazado con un reclamo de demora concurrente.

³³ Nicolas Carnell, *Causation and Delay in Construction Disputes*, *Op. cit.*, p. 65.

Ahora bien, resulta habitual que las demoras concurrentes sean táctica adoptada por el demandado para ofuscar la posición del demandante al presentar un *Reclamo Global* donde los costos reclamados están relacionados con el plazo y se debe defender la compensación económica respectiva.

Cuando un *Reclamo Global* de alguna de las partes se combina con un caso de demora concurrente, la situación se vuelve aún más compleja. Por ello, además de aplicar los principios y reglas del *Reclamo Global*, será necesario recurrir a los distintos enfoques internacionales específicos para la resolución de reclamos por demoras concurrentes.

Para resumir, para resolver demoras concurrentes en Inglaterra al reclamante se le concederá una ampliación de plazo para el periodo de demora concurrente, pero no podrá recuperar pérdidas y gastos. Por el contrario, en Escocia donde no se puede identificar la causa dominante de retraso determinado, el tribunal podrá prorratear tanto las demoras como las pérdidas asociadas entre las partes en conflicto. Esta última postura guarda relación con la resolución de la figura de la *Concurrencia de culpas* regulada en el artículo 1326³⁴ de nuestro Código Civil peruano.

Un ejemplo de este tipo de *Reclamos Globales* se puede evidenciar en el caso *John Doyle* de Escocia³⁵ en donde se muestra claramente que dentro del *Reclamo Global* presentado por John Doyle a Laing existían reclamos de demoras concurrentes, por lo que la sentencia introdujo una combinación de los enfoques de “causa dominante” y “reparto”. En consecuencia, en este caso se estableció que, si no era posible determinar el predominio del retraso, sería aceptable dividir equitativamente la responsabilidad por el retraso entre las partes, dando solución a una parte del *Reclamo Global*, puesto que para la otra parte en donde se constaba

³⁴ “Artículo 1326.- Concurrencia del dolo o culpa del acreedor

Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven”.

³⁵ Revisar el numeral 3.5 de la presente investigación.

un reclamo de *Disruption* con impacto acumulativo se aceptó la aplicación de la Milla Medida.

4.4. Reclamos Globales provenientes de aceleraciones constructivas

Las aceleraciones constructivas también pueden producir posteriormente reclamos de índole global. A menudo, un cliente no acepta conceder ampliaciones de plazo a la fecha de finalización, lo que obliga al contratista a descifrar si debe considerar que el tiempo se acaba o si debe acelerar sus obras y posteriormente reclamar.

Debido a que una ampliación de plazo no otorgada de manera oportuna —cuando realmente corresponda— no tiene ningún beneficio para un contratista, los tribunales han estado dispuestos a aceptar que el incumplimiento de esta obligación implícita equivale a una instrucción de aceleración o “aceleración constructiva”.

Aunque hay excepciones notables, el contratista generalmente debe notificar que se debe una ampliación del plazo y notificar nuevamente que si está tomando involuntariamente medidas de aceleración como condiciones previas para la recuperación.

Las medidas de aceleración pueden implicar costos directos sencillos, pero a menudo pueden traducirse en problemas de pérdida de productividad difíciles de calcular. El asunto puede complicarse aún más cuando el análisis forense finalmente revela la existencia de un retraso tanto excusable como no excusable al contratista antes de la aceleración.

Todos estos elementos hacen que las disputas relacionadas con la aceleración constructiva se conviertan en *Reclamos Globales*.

Es relevante destacar que pueden existir otros tipos de *Reclamos Globales* que no están listados anteriormente, puesto que este no es un listado *Numerus clausus*. Dependerá de las características de cada reclamo para poder determinar si es que estamos frente a un *Reclamo Global*, para lo cual es necesario considerar los elementos que lo constituyen³⁶.

5. GLOBAL CLAIMS Y EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL

La causalidad en temas de construcción es muy compleja. Es un hecho curioso que, aunque los problemas de causalidad permean el derecho de la construcción, esta es un área que a menudo apenas se considera o, cuando se considera, no hay respuestas consistentes. Esta complejidad es agravada por la infinidad de diferentes tipos de causas que ocasionan reclamaciones en los proyectos de construcción. En noviembre de 2018, HKA [una de las consultoras de construcción de servicios expertos y de asesoramiento líderes en el mundo] publicó un informe de investigación, que encontró que, desde 257 proyectos en disputa analizados, se identificaron la increíble cantidad de 3,043 causas, con un promedio de siete causas primarias y seis secundarias por proyecto³⁷.

Esto se dificulta en un *Reclamo Global*, puesto que en este tipo de reclamos existe un problema particularmente grave con relación a la causalidad, consistente en demostrar que varios eventos [causas] han tenido lugar y que han sido responsables de la pérdida compuesta reclamada. Por lo que las partes que formulan y toman decisiones respecto a ese tipo de reclamos deberán navegar por la diversa terminología causal y hacer la selección adecuada sobre la teoría de la causalidad a aplicar.

Específicamente, la cuestión de la causalidad en los *Reclamos Globales* radica en el estándar de carga probatoria aplicable. El reclamante tiene

³⁶ Revisar acápite 2 de la presente investigación.

³⁷ Charlie Woodley, "Claims and dispute causation, a digital perspective", HKA Consulting 2018, p. 30.

la carga de probar que múltiples eventos [la mayoría, pero quizás no todos] que se han combinado de alguna manera, han causado uno o más efectos como resultado [retrasos y/o costos adicionales] al proyecto, que pueden reclamarse de forma conjunta y no particularizada.

La cuestión realmente es conocer: *¿cuáles son los aspectos que tendríamos que considerar para probar el vínculo causal entre el evento y efecto en un Reclamo Global?* Es razonable plantear esta cuestión, puesto que un estándar demasiado alto para un reclamante que si sufrió los efectos generará ganancias inesperadas e injustas para la parte que ocasiono el daño, y un estándar demasiado bajo tendrá el efecto contrario, puesto que al reclamante podría reconocérsele impactos que no le corresponde.

En consecuencia, aunque aún no existe una teoría clara y contundente de la causalidad para los *Reclamos Globales* en el derecho de la construcción, es imprescindible considerar las siguientes reglas especiales, al momento de probar la causalidad en un *Reclamo Global*:

Regla 1: Establecer la causalidad fáctica y jurídica

En la industria de la ingeniería y la construcción, las diversas formas de contratos estandarizados consideran el reparto de riesgos entre las partes a menudo mediante el término “evento” o “causa” y cómo deben ser gestionados. En la mayoría de los casos identificar el evento puede ser más complicado de lo que parece a primera vista y a menudo se malinterpreta en la ejecución de un contrato de construcción.

Tal como lo determinó Lord Macfadyen en el caso de *John Doyle* para que se puede efectuar un reclamo de construcción con éxito, la parte reclamante debe probar por lo menos tres aspectos:

- i. que el evento le da derecho a reclamar,
- ii. que ha ocurrida una pérdida debido al evento, y

iii. que ha habido un vínculo causal entre el evento y la pérdida.

En este sentido es imprescindible que el reclamante demuestre un vínculo causal entre el evento y la pérdida sufrida. La causalidad podemos comprenderla desde dos planos, uno fáctico y otro jurídico/legal. Tal como lo señala el profesor Gastón Fernández:

Es importante señalar que el análisis de la relación causal en sistemas del common law, e inclusive en algunos sistemas del derecho continental, abordan el problema comprendiendo tanto la *causalidad material* como la *causalidad jurídica*, cuando esta última en nuestra opinión, se refiere en realidad a un *juicio de imputación*, propio de la autoría³⁸. [2019, 127] [Énfasis agregado]

En la misma línea de pensamiento, Dean Suttling, establece la causalidad en los contratos de construcción como:

Una alternativa a la *causalidad legal* es la *causalidad fáctica*, y esto se aplica a que la prueba de causalidad sea menos sencilla. Como resultado, el demandante *deberá presentar todos los hechos que rodean el evento con detalle preciso y vincularlos entre sí para demostrar una cadena de eventos que en última instancia conducen a que el incumplimiento incurra en daños* por parte del demandante [...]

Al evaluar la causalidad, se deben establecer todos los hechos que rodean un evento y eliminar todos aquellos *utilizando la prueba 'pero si'*, es decir, el evento retardador aún habría ocurrido independientemente de si no existieron³⁹. [Énfasis agregado]

Así también, Muhammad Imran, acierta en indicar que “[...] la causalidad está determinada por una lógica sólida [una cuestión fáctica] y reglas de interpretación [una cuestión jurídica]”⁴⁰.

³⁸ Gastón Fernández Cruz, *Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 127.

³⁹ Dean Suttling, “Causation in Construction”, C-Link, 2022, <https://c-link.com/blog/causation-in-construction/> (consultada el 21 de noviembre de 2023).

⁴⁰ Muhammad Imram Chaudhar, *How causation should be analysed in Construction Claims*, Abu Dhabi, HKA 2019, p. 1.

Por un lado, en la causalidad material/fáctica, solo se analizan los hechos reales que han causado el daño, por lo que la cuestión en disputa se analiza en función a los hechos suscitados y no a la interpretación jurídica ni al derecho para encontrar la imputación, en este sentido es conocido como una “Cuestión de hecho” libre de valoraciones normativas. Como lo expone Carlos Calvo:

[...] mientras el análisis de la *causalidad es eminentemente físico o material* [...], la imputación objetiva consiste —según afirma Forchielli— en brindar criterios que permitan guiar *correctamente el proceso de valoración normativa ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes*, a fin de poder atribuir objetivamente las consecuencias nocivas del hecho dañoso al posible responsable. Así, mientras la decisión *sobre la existencia o no de relación de causalidad es una cuestión de hecho*, libre de valoraciones *específicamente normativas* [Pantaleón Prieto], la fase de imputación objetiva que consiste en determinar cuáles de todos los hechos precedentes ligados y causalmente [físicamente] a la conducta del responsable pueden ponerse a su cargo y cuáles no [Infante Ruiz]⁴¹. [Calvo 217, 760] [Énfasis agregado]

De otro lado, la causalidad jurídica/legal más conocida como nexo causal, es un elemento del juicio de responsabilidad, tal como señala Rojas-Quiñones y Mojica-Restrepo:

La causalidad no es más que “el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado [daño], conocido en la doctrina como ‘*imputabilidad o atribuibilidad objetiva*’, ‘*imputatio facti* o vínculo material” que, por lo demás, en su condición *de elemento axiológico de la responsabilidad civil*, tiene la función de dar respuesta a dos preguntas estructurales: *¿quién debe responder? y ¿hasta dónde debe responder*⁴². [Quiñones y Restrepo 2014, 196] [Énfasis agregado]

Podemos decir que la causalidad jurídica es la interpretación legal de la conexión fáctica establecida por la causalidad material. No basta solo

⁴¹ Carlos Calvo Costa, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi 2017, p. 760.

⁴² Rojas-Quiñones y Mojica-Restrepo, “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva”, *Bo-gotá*, julio-diciembre, 2014, p. 196.

con demostrar que algo sucedió; es necesario determinar si, bajo las normas contractuales o legales aplicables, dicho evento genera responsabilidad o da derecho a un reclamo. La causalidad jurídica analiza si el evento es imputable o relevante para el sistema jurídico y si el contratista tiene derecho a una indemnización por el impacto en plazo y costo. En esencia, responde a la siguiente pregunta: ¿Puede este evento generar responsabilidad o derechos jurídicos, como el resarcimiento por el impacto en costo y plazo sufrido, bajo el marco legal o contractual vigente?

Asimismo, la “relación causal” desde un plano jurídico, es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño [evento dañoso] y el daño propiamente dicho. Este tipo de relación causal es importante porque nos permitirá determinar dos aspectos principales:

- a) Entre una serie de hechos, susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cuál es aquel que lo ocasionó [causa]; y
- b) Entre una serie de daños cuáles merecerán ser resarcidos.

Para tal propósito será fundamental el uso del “criterio de determinación” adoptado por la teoría sobre la Relación Causal asumida por nuestro Código Civil peruano de 1984⁴³.

Por tanto, la causalidad jurídica no puede aplicarse independientemente de la causalidad fáctica⁴⁴. Un reclamante debe comprender los hechos que rodean el daño y establecer la causalidad dependiendo de si en el contrato o en la legislación aplicable se encuentran estipulados, a fin de que superen la prueba de causalidad.

⁴³ Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”, Derecho y Sociedad, N° 23, 2004, p. 260.

⁴⁴ Documento de SCL “Causalidad fáctica y jurídica en el derecho de la construcción e infraestructura: un tema espinoso” por Nicholas Baatz QC, noviembre de 2016, 1.

Causalidad fáctica: Cuestión de hecho
Causalidad jurídica: Criterios de determinación de la causalidad
(La causalidad fáctica no puede aplicarse de manera independiente de la jurídica, ni viceversa)

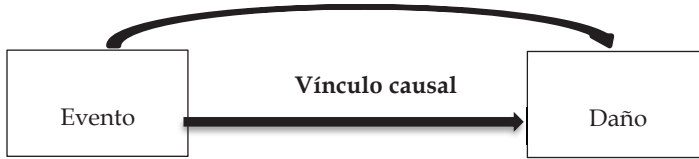


Figura 1: Establecimiento de vínculo causal entre evento y daño.

Fuente: Elaboración propia

Un claro ejemplo de cómo la causalidad fáctica y la jurídica se aplican conjuntamente para identificar las causas adecuadas y efectivas del daño, es aquella situación en la que un contratista incurre en retraso en la construcción de una estructura de acero debido a la adquisición tardía de los perfiles de acero, la cual a su vez fue provocada por un retraso en la finalización del diseño. El diseño de la estructura de acero se retrasó, debido a que los planos, los cuales habían sido aprobados previamente por el Cliente, fueron rechazados por el fabricante de acero por presentar defectos y omisiones, por lo que tuvieron que ser nuevamente elaborados.

En principio, pareciera que el cliente no actuó de acuerdo con su obligación contractual de revisar adecuadamente el diseño para su aprobación, lo que generó que el fabricante rechazará los planos en una etapa posterior, y que el rediseño de los planos produjera su finalización tardía y que consecuentemente la construcción se retrasará.

Sin embargo, en el análisis contractual se encontró que, a pesar de la aprobación del cliente de los planos de diseño, los términos del contrato eran explícitos al indicar que cualquier aprobación del cliente no eximía la responsabilidad del contratista de garantizar que el diseño fuera correcto y que el cliente no tenía ninguna obligación contractual de ga-

rantizar la eficacia de diseño, siendo el contratista responsable de cualquier diseño defectuoso y su impacto en el cronograma. Por tanto, el evento y sus consecuencias fueron —en este ejemplo— de responsabilidad del contratista, a pesar de que el cliente hubiese aprobado los planos de diseño, que finalmente fueron incorrectos.

Lo mismo ocurre si, en un proyecto de construcción de un edificio de gran altura, el estudio geotécnico realizado por el cliente indica la presencia de suelo arcilloso compacto hasta una profundidad de 10 metros. Sin embargo, al iniciar las excavaciones para la cimentación, el contratista descubre que, a partir de los 6 metros, el suelo presenta una mayor presencia de material arenoso con menor capacidad portante de la prevista.

Ante esta condición, el contratista se ve obligado a modificar el método constructivo, reforzar la cimentación con pilotes adicionales y utilizar un tipo de concreto de mayor resistencia. Estas modificaciones generan un incremento en los costos de materiales y mano de obra, además de una extensión del plazo de ejecución debido al rediseño y los trabajos adicionales requeridos.

No obstante, el contrato estipula expresamente que el contratista asume todos los riesgos y costos derivados de condiciones imprevisibles del suelo. Por lo tanto, aunque existe una conexión de causalidad fáctica (el cambio en el tipo de suelo ocasionó sobrecostos y retrasos), no hay causalidad jurídica, ya que el marco contractual no permite al contratista reclamar compensación económica ni ampliación de plazo por este motivo.

Los ejemplos anteriores ilustran cómo la interacción entre eventos, derechos y obligaciones contractuales y legales pueden cambiar las consecuencias percibidas a través de las relaciones causales. Es decir, la apli-

cación conjunta de la causalidad fáctica y jurídica determina el reconocimiento de un evento dentro del marco contractual en el que se ejecuta un proyecto.

Regla 2: Elegir y aplicar el criterio de determinación recogido en la teoría causal más apropiada para los *Reclamos Globales*

Para probar la causalidad, será fundamental la elección del criterio de determinación recogido en la teoría de la relación causal a aplicar. De esta manera, es importante saber identificar y seleccionar la teoría causal más apropiada por las consecuencias jurídicas que esta genera al adoptarla.

Dentro de las teorías de la relación causal tenemos a las teorías generalizadoras y las individualizadoras. Sin embargo, ya que las teorías de la relación causal provienen de un esquema del derecho civil continental, es imprescindible que su aplicación vaya acorde con las reglas especiales de la causalidad para los *Reclamos Globales* desarrollados a nivel internacional, tal y como se desarrolla a continuación:

i. **Las teorías generalizadoras y la causalidad en los *Reclamos Globales***

Las teorías generalizadoras o de “equivalencia de condiciones” son las teorías que generalizan la causa. Con la teoría generalizadora o de “equivalencia de condiciones” —expuesta por Von Buri en 1860 y dominante a partir de 1885—; se rechaza las diferencias entre los antecedentes del resultado y los considera a todos equivalentes en su producción, es decir, *conditio sine qua non* “condición sin la cual no”.

Para la teoría *conditio sine qua non* cada condición es causa de todas las consecuencias, puesto que si se elimina a una el resultado no ha de existir. Ubica a todos los antecedentes en un mismo plano, sea cual fuere

su importancia causal; por ende, conduce a hacer responsable al agente de las consecuencias de sus actos.

Para Stuart Mill, “el enunciado de la causa es incompleto si de un modo u otro no introducimos en él todas las condiciones”, de allí que “la suma total de las fuerzas que han intervenido de algún modo en la producción del fenómeno debe ser considerada como causa de este fenómeno”⁴⁵.

Ahora bien, podríamos señalar que los *Reclamos Globales* guardan similitud con esta teoría causal, puesto que en este tipo de reclamaciones existen múltiples eventos que interactúan de manera muy compleja, los cuales —todos de manera indistinta— ocasionan como consecuencia el daño global o compuesto. Por lo cual la única manera de entender el impacto generado es leyendo de modo conjunto todas las diversas causas efectivas que están integradas y que producen ese daño.

Una regla especial de la causalidad en los *Reclamos Globales* que guarda relación con esta teoría y que actúa como un filtro dentro de la lógica de la *conditio sine qua non* (“condición sin la cual no”) es la aplicación del enfoque de la prueba “but for” o “de no haber sido por”. Ambas consideran que varias causas pueden contribuir al resultado y que, si alguna de ellas faltara, el daño no se produciría, es decir, la eliminación de una causa elimina el resultado. Sin embargo, esta última, tiene la peculiaridad que además de identificar la multiplicidad de causas, también depura aquellas que no originan el daño.

La *conditio sine qua non* considera todas las condiciones que contribuyeron al daño como equivalentes, sin diferenciación. Por su lado, la prueba “but for” introduce un filtro para separar causas efectivas de las irrelevantes, eliminando aquellas que no contribuyeron materialmente al daño.

⁴⁵ John Stuart Mill, *A System of Logic*, 7a. ed., 1835, p. 379.

Este enfoque busca separar o eliminar hechos irrelevantes o que no son de responsabilidad del demandado y que por tanto no constituyen causas del daño y de esta manera limpia el *Reclamo Global* y permite solo tener eventos que constituyen causas directas del daño y que no pueden separarse de ninguna manera.

La prueba de causalidad “*but for*” o contra fáctica opera a través de tres pasos; en primer lugar, identificar los hechos reales que de no haber ocurrido el daño no se habría producido; en segundo lugar, utilizar el sentido común para identificar otras conexiones causales no identificadas en el primer paso; y en tercer lugar, reducir al mínimo los factores causales. La prueba “*but for*” es más común en sistemas de common law, donde se aplica con más rigor para evitar una extensión excesiva de la responsabilidad.

La prueba “de no haber sido por” es necesaria para demostrar que, de no haber sido por el evento notificado, el demandante no habría sufrido el daño objeto del reclamo. Esta es una prueba lógica y debe usarse con cuidado si hay más eventos contributivos que están involucrados⁴⁶, puesto que esta prueba puede fallar en escenarios con múltiples causas concurrentes, ya que, si cada causa por separado no es suficiente para producir el daño (pero juntas sí lo son), la prueba podría concluir erróneamente que ninguna de ellas fue determinante.

Por esta razón, en los *Reclamos Globales*, la prueba “*but for*” debe complementarse con otros enfoques, como el de equilibrio de probabilidades y el de la causa dominante, los cuales se desarrollarán más adelante en la presente investigación, con el fin de determinar qué causas fueron realmente efectivas o predominantes en la producción del daño reclamado.

⁴⁶ Stephen Furst QC y Sir Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts*, *Op. cit.*, p. 9-92.

ii. **Las teorías individualizadoras y la causalidad de los *Reclamos Globales***

De otro lado, tenemos a las teorías individualizadoras que buscan individualizar la causa del daño. Dentro de estas teorías tenemos a la teoría de la causa adecuada, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa eficiente y la teoría de la causa próxima⁴⁷.

• **La teoría de la causalidad adecuada y la aplicación del equilibrio de probabilidades**

Santos Ballesteros J. afirma que la tesis de la causalidad adecuada hunde sus raíces en la *condictio sine qua non* al dar relevancia a una de las condictios del caso concreto, por cuanto se trata, mediante un proceso de abstracción, de establecer si en un plano de probabilidad, alguna de ellas tiene idoneidad de producir el resultado, juicio de responsabilidad que responde al devenir que normalmente señala la experiencia⁴⁸.

El Código Civil peruano regula la teoría de la causalidad adecuada, estableciendo que se necesita de una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, para lo cual es necesario preguntarnos qué causas normalmente producen el resultado dañoso; es decir, se trata de saber cuál es la causa dentro de la universalidad de causas que conduce usualmente al resultado dañoso⁴⁹, ello tomando en cuenta su razonabilidad y regularidad.

Con relación a la causalidad adecuada, consideramos que esta teoría no afecta la causalidad de los *Reclamos Globales*, ya que al igual que al ejercicio que se realiza para determinar la causalidad adecuada, se realiza

⁴⁷ Jorge Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”, *Op. cit.*, p. 216.

⁴⁸ Jorge Santos Ballesteros, *La causalidad, Instituciones de Responsabilidad Civil*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 48.

⁴⁹ Jorge Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil, Perú”, *Op. cit.*, p. 263.

similarmente, para los *Reclamos Globales* el examen de causalidad a través de un proceso de abstracción, el cual tiene que pasar por un juicio de “Equilibrio de probabilidades” para encontrar cuales son las causas idóneas que normalmente y con cierta regularidad ocasionarían el daño integral.

Es decir, en un *Reclamo Global* un reclamante debe examinar los hechos presentados y decidir qué sucedió probablemente mediante el equilibrio de probabilidades⁵⁰. Respecto al equilibrio de probabilidades, el Baron Nicholls de Birkenhead, ex Lord de Apelación en Ordinario, en el caso *In re H and others [Minors] [A. P.]* definió el estándar de equilibrio de probabilidad de la siguiente manera:

El estándar de equilibrio de probabilidad significa que un tribunal está satisfecho de que ocurrió un evento si considera que, según las pruebas, *la ocurrencia del evento era más probable que improbable* [...] ⁵¹.

Teniendo ello en cuenta, Stephen Davies expone que “si un juez concluye que hay un 50 % de probabilidades de que el caso del demandante sea correcto, entonces el demandante perderá. Por el contrario, si el juez concluye que hay un 51 % de probabilidades de que el caso del demandante sea correcto, entonces el demandante ganará”⁵².

En este sentido, el reclamante debe probar y convencer a la persona encargada de resolver el reclamo, de que fue más probable que improbable que los múltiples eventos hayan ocasionado la pérdida global o compuesta.

⁵⁰ Documento de SCL, “Causation, Loss and Damage: The Challenge of Chance”, del Honorable Sr. Justice Akenhead, 2010, p. 2.

⁵¹ *In re H and others [Minors]* [1996] AC 563, 586

⁵² Stephen Davies, “Proof on the balance of probabilities: what this means in practice”, Thomson Reuters Practical Law, [2009], [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-500-6576?transitionType=Default&contextData=\[sc.Default\]](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-500-6576?transitionType=Default&contextData=[sc.Default]) [consultado el 15 de octubre de 2023].

Para ello es necesario probar los eventos que produjeron el daño, así como demostrar que estas no fueron de responsabilidad de la parte que reclama, para ello es importante realizar la debida sustentación con los registros contemporáneos respectivos. Asimismo, es necesario evaluar las características de las causas que originaron el daño, para determinar —si por su naturaleza— normalmente, y según las reglas de arte y de la experiencia, han tenido la idoneidad de generar un daño global.

Es importante precisar que a pesar de que el examen de “Equilibrio de probabilidades” para determinar la causalidad adecuada, es aplicable también a los *Reclamos Globales*, en este tipo de reclamos el resultado que se obtendrá de este examen, no se será una sola causa adecuada, sino dos o más causas idóneas que producirán el efecto integral difícil de disgregar.

- **La teoría de la causa preponderante y su relación con el enfoque de la causa dominante para los *Reclamos Globales***

La teoría de la causa preponderante toma un criterio «cualitativo» para establecer cuál es el hecho determinante del daño, estableciéndose que es aquel que en mayor medida haya contribuido a la producción del resultado dañoso.

Esta teoría se podría asimilar a la aplicación del enfoque de la causa dominante el cual, a través del predominio de la causa, es utilizado como una prueba previa que ayuda a comprobar si realmente estamos ante una multiplicidad de causas todas efectivas del retraso. Es importante aclarar que este enfoque aplica solo para reclamaciones de demora, más no de costos.

La causa dominante en el ámbito de la construcción deberá ser entendido como aquel evento que le esté causando al Gerente del Proyecto, un motivo de preocupación y que puede traer como consecuencia un efecto retardador crítico en la finalización de las obras.

Furst y Ramsey afirmaron que el enfoque de causa dominante fue apoyado en el caso *John Doyle*, en donde Lord Macfadyen sostuvo que se puede establecer responsabilidad si se dice que un evento es la causa de una pérdida, independientemente de la contribución que otros eventos podrían haber hecho a esa pérdida⁵³.

Tal como lo señala Lord Osborne en la apelación de *City Inn*, e influenciado por Lord Macfadyen: “Si una causa dominante puede identificarse como la causa de algún retraso particular en la finalización de las obras, se dará efecto a ello dejando de lado cualquier causa o causas que no son materiales. Dependiendo de si la causa dominante es o no un hecho relevante, la pretensión de prórroga del plazo prosperará”⁵⁴.

En ese sentido, pueden existir dos eventos que estén retrasando al mismo tiempo las obras, por ejemplo, puede ser la entrega y montaje de las manijas de las puertas internas, y el otro será el diseño, fabricación y montaje de las manijas externas. Si bien, ambos acontecimientos podrán retrasar la obra, probablemente para el director del proyecto habrá un evento que le genere mayor preocupación. Bajo esa línea, puede ser que las manijas internas puedan ser suministrados por un proveedor alternativo, es decir, este retraso podría ser mitigado, pero, es probable que la instalación del revestimiento exterior requiera de coordinación de diseño y fabricación, cronograma de fabricación, entrega, transporte, montaje, etc. Como se observa, la causa dominante de retraso en el proyecto es el retraso potencial⁵⁵.

⁵³ Stephen Furst QC y Sir Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts*, *Op. cit.*, pp. 27-28.

⁵⁴ *City Inn Limited v. Shepherd Construction Limited* [2010], 42.

⁵⁵ John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, *Op. cit.*, pp. 212-213.

Ahora bien, en Escocia, cuando existen causas contrapuestas, que pueden formar parte de un *Reclamo Global* o de otro tipo, si una causa puede identificarse como dominante entonces será considerada como la causa operativa, por lo que no tendremos múltiples causas efectivas. Por el contrario, si no se puede establecer una causa dominante, entonces podremos señalar que estamos ante una diversidad de causas que son efectivas, las cuales posteriormente pueden ser objeto de repartición o distribución entre causas y eventos. Si la causa no puede ser repartida, entonces el reclamo no prosperará.

A esto se le conoce como el enfoque del prorrateo. Este enfoque es apoyado en el caso *John Doyle* donde se señala que el prorrateo será apropiado en un caso donde las causas de la pérdida sean verdaderamente concurrentes, es decir, que ambas operen juntas al mismo tiempo para generar una sola consecuencia⁵⁶.

Por otra parte, en Inglaterra, para el caso *City Inn v. Shepherd Construction Ltd* se indicó que solo si una causa dominante no puede ser identificado, debería aplicarse la prueba menos restrictiva de Malmaison para generar un derecho a compensación⁵⁷. Este enfoque permite que el contratista tenga derecho a obtener una extensión del plazo, por más que la solicitud de este contratista no se base en un retraso de causa dominante. Bastará con que se presente un retraso en un evento relevante para que pueda ser considerado como causal suficiente para la obtención de una ampliación de plazo⁵⁸.

Los tribunales ingleses tienen como primer ejercicio, considerar si las causas y sus efectos sobre la pérdida compuesta pueden separarse. Si

⁵⁶ José Álvarez Méndez, *Retrasos concurrentes en los contratos de construcción, una mirada desde el common law para su análisis en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021, pp. 11-12.

⁵⁷ *City Inn Limited v Shepherd Construction Limited* [2010], 42.

⁵⁸ Gordon Smith, "What is the Malmaison approach?", Gordon Smith Legal <https://www.gordonsmithlegal.com.au/> (consultado el 30 de noviembre de 2023).

esto no es posible, el enfoque de Malmaison busca conceder una prórroga, pero los costos serán desestimados.

- **Aplicación de la teoría de la causa próxima a los *Reclamos Globales***

Según esta teoría, de acuerdo con el profesor Juan Espinoza, se llama causa solamente a “aquellas de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a este; las otras son simplemente condiciones”⁵⁹.

Esta teoría es asumida en el artículo 1321 del Código Civil peruano que indica:

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicio quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean *consecuencia inmediata y directa de tal inexecución*. [...] [Énfasis agregado]

En consecuencia, conforme con esta teoría recogida en el artículo 1321 del Código Civil peruano el daño es resarcible en la medida que sea consecuencia inmediata y directa de la inexecución.

Esta teoría puede ser aplicada a los *Reclamos Globales centrados en la cuestión de plazo*, así como para los *Reclamos Globales entrelazados con demoras concurrentes*, cuyos diversos sucesos de retraso —ya sea por parte del cliente o del contratista— ocurren paralelamente en un mismo periodo de tiempo o en cortos intervalos de tiempo generando un daño compuesto. En estos casos, no sería posible considerar solo un evento como

⁵⁹ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 9ª edición, Lima, Ed. Instituto Pacifico 2019, pp. 357-358.

el más próximo y directo, sino que todos aquellos sucesos pueden ser inmediatos y directos dentro del mismo impacto global.

Sin embargo, no sucede lo mismo, con el tipo de *Reclamo Global de Disruption con efecto acumulativo*, puesto que podría requerir una reinterpretación. A primera vista, eventos que ocurrieron al inicio de la obra y que generan un impacto final podrían no ser considerados resarcibles bajo esta teoría, ya que la causa más próxima al daño podría identificarse en los últimos eventos de la cadena.

No obstante, debemos considerar que la aplicación de esta teoría no puede ser ajena del funcionamiento de la obra. Aunque el daño pueda originarse con los primeros eventos, su impacto podría prolongarse y amplificarse a lo largo del tiempo, generando un efecto en cadena y entrelazándose con otros factores hasta generar un efecto acumulativo. Por lo tanto, en los *Reclamos Globales de Disruption con efecto acumulativo*, no se trata de eventos independientes sino de una causa —conformada a su vez por múltiples causas— prolongada en el tiempo, que se va intensificando a medida que nuevos eventos se suman al proceso constructivo. Este carácter acumulativo es precisamente lo que los distingue y justifica su tratamiento diferenciado dentro del análisis de causalidad.

Para mayor ilustración Hechenberg proporciona el siguiente ejemplo respecto al tema en cuestión:

[...] *les pido que se imaginen construir con naipes una casa de 4 o 5 pisos. Si jalo una carta del primer piso, toda la bonita casa colapsa. Pregunto nuevamente “¿Consideran que el colapso de toda la casa haya sido el efecto directo e inmediato de que yo haya jalado uno de los naipes inferiores?”*

Todos dicen que sí. Entonces les pido que se imaginen que hubiéramos gravado el colapso de la casa con una cámara de alta velocidad. Si reproducimos la grabación en cámara lenta, podríamos observar cómo al jalar el primer naipe inferior, el que se apoyaba en él queda inestable y se cae. Esto hace caer el naipe que constituyó el techo encima de los naipes ahora faltantes, lo cual a su vez hace caer los naipes de encima, hasta que naipe por naipe

quedan todos inestables y caen por gravedad buscando colocarse sobre la superficie de la mesa. A la velocidad de la cámara lenta *quizás ya no se ve el efecto tan directo e inmediato como se veía en tiempo real*. Surge la pregunta válida: “¿En caso de efectos en cadena puede ser que la interpretación de que un efecto sea directo e inmediato dependa de si estamos hablando de milisegundos, segundos o minutos?”⁶⁰.

Es decir, que en los *Reclamos Globales de Disrupción con efecto acumulativo* el daño final podría vincularse directamente con todos los eventos en cadena, independientemente de si ocurrieron al inicio o al final. En estos casos, la aplicación tradicional de la teoría de la causa próxima podría requerir ajustes para reflejar la realidad de los impactos acumulativos en la ejecución de proyectos de construcción.

Por lo tanto, en lugar de identificar una sola causa próxima, podría argumentarse que el conjunto de eventos interrelacionados conforma una serie de causas inmediatas y directas, cuya sumatoria da origen al daño integral reclamado. En estos escenarios, no se trata de encontrar un evento único que determine la causalidad, sino de reconocer que el daño es producto de una acumulación progresiva de condiciones que en conjunto constituyen la causa efectiva del impacto sufrido.

Regla 3: Probar la causalidad material como cuestión de hecho

Es crucial reconocer en el contexto de la clasificación de los daños la perspectiva de una doble causalidad que está presente en todos los aspectos del fenómeno de los daños. Sobre el particular, Fernández Cruz G. señala:

Existe siempre *un primer nivel o nexo de causalidad*, que es propiamente *material*, que *une el hecho generador con el daño como resultado*. Este daño, como resultado, es el que se denomina “daño evento”, que *es siempre una consecuencia material del hecho dañoso*. Empero existe un segundo nivel o nexo de

⁶⁰ Ernst Hechenberger, *La prueba del vínculo entre causa y efecto en controversias de construcción*, ICC México Pauta - Medios Alternativos de Solución de Controversias 2015, p. 92.

causalidad, que retrata los efectos económicos negativos que ha producido el daño evento, y que es también un nexo de causalidad fáctica, pero *puramente económica*: el daño evento produce efectos patrimoniales perjudiciales para la víctima, lo que se conoce como “daño consecuencia”⁶¹.

Bajo esta perspectiva, el primer nivel de causalidad es la *causalidad material* que une el hecho generador con el daño evento y responde a la pregunta: ¿Qué daño evento provocó el hecho generador? Este daño evento siempre será una consecuencia material del hecho dañoso.

El segundo nivel de causalidad se denomina **causalidad económica** que retrata los efectos económicos negativos, es decir es la cuantificación del daño evento, puramente económica.

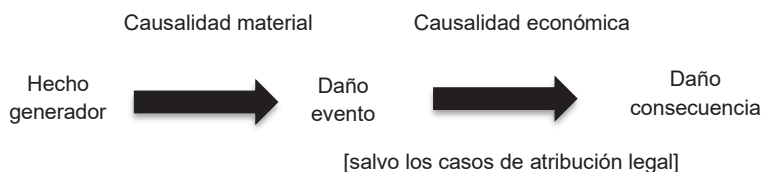


Figura N° 2: Doble causalidad. Fuente: Gastón Fernández 2019

La causalidad material como cuestión de hecho para los *Reclamos Globales* se desarrolló en el caso *Story Parchment Co*, 282 Estados Unidos 555, 51 S Ct 248 en el cual se indicó “es cierto que existe una incertidumbre sobre el alcance de los daños, pero no había incertidumbre con relación al daño-hecho; y hay una clara distinción entre la *prueba necesaria para comprobar el hecho de que el reclamante había sufrido algún daño, y la prueba necesaria que permita fijar la cantidad*”⁶².

Esta posición es reconfirmada en el caso *Walter Lily*, en el cual se estableció que los *Reclamos Globales* por pérdidas y gastos relacionados

⁶¹ Gastón Fernández Cruz, *Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias*, Op. cit., pp. 101-102.

⁶² John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, Op. cit., p. 245.

con demoras o disrupciones deben demostrarse como una cuestión de hecho. Por lo tanto, el contratista tiene que demostrar, en un balance de probabilidades, que, en *primer lugar*, ocurrieron hechos que le dan derecho a pérdidas y gastos, en *segundo lugar*, que *esos hechos causaron demoras y/o disrupciones* y, en *tercer lugar*, que dichas demoras o disrupciones le *provocaron pérdidas y/o gasto* [o pérdida y daño, según sea el caso]⁶³.

Por tanto, en un *Reclamo Global* el reclamante debe probar indubitablemente la causalidad material, sustentando que las diferentes causas en su conjunto han originaron el daño evento como consecuencia material del hecho dañoso, es decir como una cuestión de hecho, con la aplicación del equilibrio de probabilidades.

Regla 4: Inferir la causalidad económica con la aplicación de la regla del sentido común

Tal como indica John Hughes, en una reclamación por prórroga de plazo y/o compensación monetaria que puede ser de naturaleza global, generalmente no es la existencia de los hechos los que están en disputa, puesto que los registros del sitio están normalmente disponibles para demostrar que tales eventos existieron, por ejemplo, entrega tardía del diseño, daños al equipo, retrasos en los andamios y/o estructuras de acero adicionales estos serán registrados en registros diarios del sitio, fotografías, registros de subcontratos, informes de progreso y proyectos horarios. Es más común que la disputa *se centre en si los hechos causaron el retraso o no del proyecto o hizo que el reclamante incurriera en costos adicionales*⁶⁴.

Por consiguiente, además de probar la causalidad material, también se deberá inferir la causalidad económica. De modo que, para superar la probanza de la causalidad económica en un *Reclamo Global*, es necesario aplicar la regla del sentido común la cual nos permitirá cumplir con el estándar probatorio de un *Reclamo Global* y demostrar la existencia de un

⁶³ *Walter Lilly & Company Limited v. Giles Patrick Cyril Mackay* [2012], párrafo 486.

⁶⁴ John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, *Op. cit.*, p. 41.

vínculo causal entre la serie de hechos suscitados y daño consecuencia que es integral.

En este orden de ideas, en el caso australiano *John Holland*, Byrne J sostuvo que:

Cualquier cuestión sobre el vínculo causal debe examinarse de manera pragmática. Cuando la pérdida es causada por un incumplimiento de contrato, la causalidad a los efectos de una reclamación por daños y perjuicios debe determinarse mediante la aplicación del *sentido común a los principios lógicos de causalidad*⁶⁵.

La aplicación del sentido común ha sido seleccionada como la regla más adecuada para la probanza de la causalidad económica en los *Reclamos Globales*. Los tribunales internacionales han dictaminado que la causalidad debe abordarse con “sentido común” sin un “análisis demasiado microscópico”⁶⁶. En efecto, la prueba del sentido común es lo que una persona informada en la industria de la construcción [no el hombre de la calle] tomaría como causalidad sin un análisis demasiado microscópico sino desde una perspectiva amplia.

Lord Macfadyen en el caso *Doyle* indica que sí todos los hechos de los cuales el demandado es legalmente responsable, no es necesario insistir en la prueba de que el daño ha sido causado por cada hecho, bastará que el reclamante afirme y pruebe que ha sufrido una pérdida global⁶⁷.

En otras palabras aplicar el sentido común para probar la causalidad de los *Reclamos Globales*, genera la obligación del reclamante en términos del nivel de evidencia para respaldar su reclamo, permitir que el evaluador se forme una opinión de que “se ha incurrido en pérdidas y/o gastos

⁶⁵ Justice Byrne, “*Total Costs and Global Claims*”, *Building and Construction Law Journal*, 1995, p. 397.

⁶⁶ Geoffrey Smith y Archie Reeve. “The evolution of Global Claims and *John Doyle Construction Limited v Laing Management [Scotland] limited*”, 213.

⁶⁷ *John Doyle Construction Ltd. v. Laing Management*, párrafo 35.

directos o es probable que se incurra [...] debido a que el progreso regular de las Obras se ha visto materialmente afectada y que no incluye, necesariamente, toda la información contable que pueda respaldar dicho detalle”⁶⁸.

En esta misma línea, según la sentencia del caso *Walter Lily*, no existe ningún requisito para que el reclamante proporcione todos los detalles imaginables, y debe tenerse en cuenta que el “El arquitecto y el inspector no son ajenos al proyecto al considerar lo que se les debe proporcionar”⁶⁹.

El juez Akenhead en el caso *London Borough of Merton v. Leach*⁷⁰ sugirió de manera importante que puede ser válido utilizar tarifas contractuales para representar la pérdida [si no los gastos] en un *Reclamo Global* de compensación económica. Esto es importante porque a menudo el administrador de contrato insistirá en cuentas detalladas, que demuestren la pérdida real, en lugar de permitir al contratista la oportunidad de adoptar tarifas pre acordadas que normalmente se detallan en una lista de cantidades o en un programa de tarifas⁷¹.

Los tribunales a través de la aplicación del sentido común buscan determinar si se genera “el nivel de confianza” para proceder a determinar algún tipo de indemnización basándose en la preponderancia de la evidencia. Generar “el grado de creencia o confianza” del investigador en la verdad de una pretensión en disputa o, más ampliamente, de una hipótesis fáctica después de haber examinado y sopesado la evidencia⁷².

Si el adjudicador o el tribunal considera que las pruebas aportadas son lo suficientemente persuasivas para llegar a una conclusión positiva, entonces el reclamante habrá cumplido con la carga de la prueba de la

⁶⁸ *P & O Developments Ltd v. Guy's & St Thomas' National Health Service Trust*, 43.

⁶⁹ *Walter Lily & Company Limited v. Giles Patrick Cyril Mackay* [2012], párrafo 486.

⁷⁰ *London Borough of Merton v. Hugh Stanley Leach* [1985], 68.

⁷¹ John Hughes, *Global Claims in Engineering and Construction Projects*, *Op. cit.*, p. 44.

⁷² Ho Hock Lai, *A philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, 2008, p. 2.

causalidad y se la considerará probada. Aunque no se especifican ningún estándar específico de persuasión se requiere que el juez tenga una convicción —una creencia— sobre la verdad de los hechos en cuestión.

Por lo tanto, la aplicación de la prueba del sentido común tiene mérito para cumplir con la probanza de la causalidad en un *Reclamo Global* y es coherente con la aplicación de los métodos que pueden aplicarse en situaciones en las que un *Reclamo Global* demuestra tener algunas fallas con respecto a la prueba de la cuantificación.

6. PROBANZA DE LA PÉRDIDA QUE SE DERIVA DE UN RECLAMO GLOBAL

Lord Macfadyen y Akenhead J coincidieron en que son [3] tres condiciones previas las necesarias para que un reclamo de construcción ya sea presentado a nivel global o no, tenga éxito, las cuales son:

- i. Que un evento exista, y que el efecto del evento sea de responsabilidad del demandado en el contrato;
- ii. Que, el reclamante haya experimentado realmente una pérdida, y/o retraso y/o disruption;
- iii. Que el reclamante puede persuadir con éxito al tribunal de que existe un vínculo causal entre el evento y la pérdida, y/o retraso y/o disruption sufrida por aquel.

Entonces, vale la pena plantearnos las siguientes cuestiones: ¿qué sucede en las circunstancias en las que, los tribunales están satisfechos de que el reclamante ha demostrado con éxito que se han cumplido los literales i] al iii] anteriores y, en consecuencia, debe cuantificar la pérdida, ¿Se debe calcular la cuantificación de la pérdida con un simple cálculo matemático o que métodos debería emplearse? Dicho de otra manera,

esta ¿Un tribunal liberado de todo principio jurídico a la hora de determinar el daño o pérdida que debe resarcirse?

Respecto a las interrogantes efectuadas anteriormente, Carnell nos comenta:

[...] La cuestión puede probarse de la siguiente manera: si se dan circunstancias en las que los retrasos han sido causados por una serie de acontecimientos, todos los cuales dan lugar a un derecho a prórrogas de plazo, y a pérdidas y gastos, y *si no se discute que estas cuestiones causaron acumulativamente el retraso reclamado*, no tiene sentido tratar de aislar el efecto componente de cada retraso, *sino que las partes deben pasar a considerar las consecuencias financieras del retraso*⁷³. [Énfasis agregado]

Respecto a la probanza de las pérdidas totales, existen algunos métodos basados en una valoración equitativa y que permiten obtener los daños estimables del *Reclamo Global*.

Así, tenemos al “Método del enfoque global” el cual es aplicable a los *Reclamos Globales* [TCM, por sus siglas en inglés]. Una explicación clara respecto al funcionamiento de este método, lo podemos encontrar en el caso *Hewitt*⁷⁴ en donde el juez McFadden fue bastante explícito en indicar cómo funciona este método basado en cuatro [4] aspectos principales:

- i. El *primer aspecto*, es que este método es solamente utilizado cuando no existe mejor método para probar los costos totales, tales como la milla medida para los casos de disruption, o los enfoques para el tratamiento de demoras concurrentes⁷⁵ cuando se encuentran

⁷³ Carnell, *Causation and Delay in Construction Disputes*, *Op. cit.*, p. 133.

⁷⁴ *Hewitt Contracting Co, ENGBCA* [1983]

⁷⁵ Los tribunales ingleses en un *Reclamo Global*, al decidir sobre la cuantificación de plazo no realizará un ejercicio de prorrateo entre los acontecimientos reclamados y las pérdidas asociadas donde las causas de los demandantes y demandados son concurrentes por el contrario aplicará la técnica de *Malmaison*. *No está claro si lo mismo aplica para reclamos relacionados con pérdidas económicas*.

entrelazadas con *Reclamos Globales*. Por tanto, se debe verificar que las pérdidas atribuibles a estos eventos entrelazados sean imposibles o muy poco práctico de determinar mediante la aplicación de alguna fórmula precisa.

- ii. El *segundo aspecto*, es que este método puede ser utilizado cuando se determine que la oferta o estimación del contratista que se incluye en el contrato original haya sido realista y razonable al momento de adjudicarse el contrato, teniendo en cuenta diferentes factores, tales como realizando el promedio de las ofertas o utilizando estimaciones externas.

Puesto que, en la mayoría de los casos, no es posible aportar pruebas exactas que cuantifiquen la pérdida, la técnica más sencilla para hacerlo es comparar el costo total con el costo de licitación. Sin embargo, las comparaciones entre el costo real y las estimaciones previas del contrato suponen la idoneidad de los precios de licitación y pueden incluir pérdidas de las que el contratista es responsable. La oferta o estimación de un contratista debe ser realista. Si bien constituye una base de comparación admisible una bonificación por licitación sigue siendo en el mejor de los casos totalmente proyectiva. La afirmación se basa en hechos versus suposiciones y podría decirse que es más débil debido a ello⁷⁶.

Alternativamente, cuando solo se revisa una parte de la reclamación según el TCM, se puede utilizar la milla medida⁷⁷ para establecer el costo de referencia de una unidad de trabajo específica.

⁷⁶ Geoffrey Smith y Archie Reeve, "The evolution of Global Claims and John Doyle Construction Limited v Laing Management [Scotland] limited", p. 223.

⁷⁷ Un enfoque de milla medida es la comparación de las tasas de producción del contratista antes y durante el periodo afectado. Para que se aplique debe haber habido un periodo de tiempo en el que el contratista realizó el mismo tipo de trabajo en cuestión, sin la interferencia alegada por parte del demandado. Una milla medida se considera una buena evidencia y puede ser bastante aceptable al sustituir los montos de la licitación por el costo real de producción ininterrumpida. Obsérvese que si las tasas de producción ininterrumpidas del contratista fueran

Una comparación basada en el desempeño real en el campo si se compila adecuadamente tienes más probabilidades de ser convincente y ganarse la confianza de los tribunales. La técnica de la milla medida es esencialmente una comparación entre la productividad de los recursos obtenida cuando la ejecución estuvo en gran medida libre de disrupciones y la productividad de los recursos obtenida cuando la ejecución fue interrumpida por eventos de los cuales el cliente es responsable. Las áreas de referencia pueden adoptarse según la actividad o la forma de construcción⁷⁸.

De hecho, la milla medida es una parte importante de los alegatos del reclamante en el caso Doyle y Lord Drummond Young le da crédito, quien afirma que:

Este método de análisis [i] es *independiente de las disposiciones contenidas en la oferta, y también del cronograma contractual*, de modo que se eviten *dificultades en materia de fijación de precios de licitación o de cronograma óptimos*, [ii] tiene en cuenta razonablemente las disrupciones de las cuales los reclamantes *son responsables en el trabajo "normal"*, tomando en cuenta la productividad lograda en la práctica en lugar de la asumida en la licitación; y [iii] no tiene relación con el *Análisis del Valor Ganado* criticado por los defensores⁷⁹.

En el caso *John Doyle*, los niveles de productividad de referencia se derivaron para la construcción de los elementos principales de las obras permanentes mediante el examen y análisis de áreas seleccionadas donde la *Disruption* era de un nivel relativamente bajo.

Estos niveles de productividad se aplicaron a lo largo de las obras para establecer una estimación respaldada “contenido del trabajo

mejores que las tasas licitadas es posible que pueda recuperar más que con el enfoque TCM únicamente.

⁷⁸ Geoffrey Smith y Archie Reeve, “The evolution of Global Claims and John Doyle Construction Limited v. Laing Management [Scotland] limited”, p. 223.

⁷⁹ *John Doyle Construction Ltd. v. Laing Management*, párrafo 25.

del contrato, expresado en horas-hombres del proyecto contemplado al inicio. Luego se comparó el “contenido del trabajo del contrato” con el total de horas hombres realmente gastados.

- iii. El *tercer aspecto*, se base en que los costos reales incurridos por el reclamante deben ser razonables. Geoffrey Smith y Archie Reeve, haciendo mención del juez McFadden en el caso *Hewitt*, nos brindan una explicación clara respecto a este extremo:

El gobierno no acusa a HCC de despilfarro o de ineficiencia evitable o de incurrir en costos innecesarios. Por el contrario, *acepta y está de acuerdo en cuanto a las numerosas categorías de costos reclamados por HCC [...]*, lo que da fe de la creencia del Gobierno *de que la gran mayoría de los costos son razonables*⁸⁰. [Énfasis agregado]

Añade, haciendo mención del caso *Bruce*:

Aunque el gobierno auditó minuciosamente los costos del apelante está de acuerdo en la mayoría de los casos en que los *costos reclamados fueron realmente incurridos y no se ha intentado cobrar con despilfarro o ineficiencia*, el gobierno argumenta largo y duro contra la propuesta de costo total para el ajuste del precio del contrato.

La Junta considera los *costos reales incurridos en la realización del trabajo modificado como la única medida más confiable para el ajuste de precios requerido*, no solo porque los “costos son históricos” si no porque su mera *aparición plantea la presunción de sensatez*. Esta presunción prevalece a menos que se pruebe mediante una preponderancia de la prueba que los *costes no eran razonables*⁸¹. [Énfasis agregado]

- iv. La *prueba final* exige que el contratista no sea responsable de ninguna causa efectiva que ocasione los gastos adicionales. De esta

⁸⁰ Geoffrey Smith y Archie Reeve, “The evolution of Global Claims and John Doyle Construction Limited v. Laing Management [Scotland] limited”, pp. 230-231.

⁸¹ *Bruce Construction Corporation v. US*, [1963].

manera, los costos reales del contratista que se utilicen para calcular un ajuste del precio del contrato deben ser razonables y los impactos no deben ser resultado de las acciones del reclamante.

En resumen, los dos elementos claves necesarios para ganar mediante el “Método del enfoque global” son: en primer lugar, determinar que las pérdidas sean de responsabilidad por parte del demandado y, en segundo lugar, que el reclamante genere la credibilidad de las pruebas que respaldan la cuantificación, infundiendo así un nivel de confianza en la cantidad, incluso si las circunstancias no permiten un cálculo preciso.

Adicionalmente, el Protocolo SCL 2da ed.2017 en su “*Guidance Part B: Guidance on Core Principles*” recomienda lo siguiente respecto a la probanza de un reclamo global:

En lo que debería ser solo casos raros en los que las consecuencias financieras de las varias causas de compensación son imposibles o impracticables de distinguir, de modo que una asignación precisa o razonable de la compensación reclamada no puede hacerse entre los diversos eventos causantes, entonces en esta rara situación es aceptable proceder en dos etapas:

- a) Cuantificar individualmente aquellas partidas de la reclamación para las cuales hoy se puede establecer el nexo causal entre el evento del riesgo del cliente y los costos resultantes y/o pérdidas reclamadas;
- b) *reclamar una compensación para el resto como un todo compuesto*⁸².
[Énfasis agregado]

El el Protocolo SCL 2da ed.2017 también aconseja el siguiente tratamiento para la probanza del *Reclamo Global*:

⁸² Numeral 17.2, página 42.

- Para la parte compuesta de la reclamación [Global Claim], el contratista deberá, no obstante, exponer los detalles de los eventos de riesgo del cliente en los que se basa y la compensación reclamada con suficiente particularidad para que el cliente conozca el caso que se le presenta.
- También es aconsejable que el contratista acompañe su reclamo con una declaración sobre las medidas que ha tomado para tratar de particularizar completamente el vínculo causal para cada evento de riesgo del cliente en su reclamo, y las razones por las cuales esto ha resultado imposible o impracticable.
- El contratista también deberá demostrar que no habría incurrido en los costos o no habría sufrido la pérdida incluida en la reclamación compuesta, en cualquier caso⁸³.

Cabe resaltar, que la razón común de los métodos para abordar la probanza de la cuantificación de los *Reclamos Globales* es que la ley no permite que una parte culpable escape de su responsabilidad simplemente por el hecho de que los daños no puedan tener un cálculo preciso y exacto.

Para tal efecto, el daño como liquidación pecuniaria [del efecto económico negativo] se puede abrir en dos categorías distintas: los “daños valuales” y los “daños estimables”. Sobre el particular Fernández Cruz G. señala:

Por un lado, en *los daños valuales, sí es posible la cuantificación de los daños; y, del otro, en los daños estimables, solo es posible estimar los mismos con valoración equitativa*. Ello en función del artículo 1332 del Código Civil, el cual, pese a estar ubicado en la normativa de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, es aplicable a toda la problemática de la valoración y esti-

⁸³ Numeral 17.3, página 42

mación de las consecuencias económicas del daño, dada la unidad funcional de la responsabilidad civil y en el entendimiento —el cual debe tenerse siempre muy presente— de que la tutela resarcitoria es siempre una tutela propia del derecho patrimonial, por lo que las consecuencias del daño evento deben siempre traducirse en valores económicos, aun cuando se trate de atribuir consecuencias a un daño evento no patrimonial⁸⁴. [2019, 103] [Énfasis agregado]

En esta línea de pensamiento, el Código Civil Peruano en su artículo 1332 regula los daños estimables, como se aprecia a continuación:

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño *no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.*

Por tanto, en los *Reclamos Globales* usualmente resulta complicado cuantificar el daño exacto de un evento específico, sin embargo, ello no será impedimento para efectuar la cuantificación, pues el evaluador puede aplicar un criterio de equidad para su estimación, tal como lo prevé el artículo 1332 del Código Civil peruano.

Esto es coherente con el desarrollo de los grandes proyectos internacionales con presupuestos exorbitantes que hace que la complejidad de los problemas también crezca exponencialmente, especialmente cuando cuestiones complejas de múltiples eventos pasan a formar parte de la ecuación. Parece que cierto grado de flexibilidad, como el que ofrecen los métodos antes indicados, es un desarrollo lógico en respuesta a los desafíos de las grandes obras de construcción.

7. CONCLUSIONES

- Los *Reclamos Globales* emergen a menudo en grandes proyectos de construcción en donde la complejidad de los problemas crece exponencialmente, especialmente cuando cuestiones complejas de múltiples eventos pasan a formar parte de la ecuación.

⁸⁴ Gastón Fernández Cruz, *Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias*, Op. cit., p. 103.

- Podemos concluir que un *Reclamo Global* es un reclamo compuesto por una serie de causas entrelazadas que interactúan de manera muy compleja, las cuales producen un impacto en plazo y/o en costo de forma integral, siendo difícil, impráctico e imposible asociar pérdidas específicas a eventos particulares. Es decir, existen dificultades para establecer la causalidad entre los eventos específicos y la pérdida compuesta, sin embargo, esta puede ser inferida mediante la aplicación de reglas especiales. La definición aquí propuesta proporciona un marco de referencia fundamental para determinar si nos encontramos ante un *Reclamo Global*.
- Cabe aclarar que, la imposibilidad, impracticabilidad o dificultad de cuantificar individualmente los impactos de cada evento se deben originar de la incapacidad de las partes de realizar la separación de la suma integral reclamada entre los eventos del reclamo, mas no de mantener los registros contemporáneos, establecer el derecho contractual y determinar los impactos. El primero requiere la necesidad de un *Reclamo Global*, pero el segundo es el resultado de una inadecuada administración del contrato.
- Los estándares de contratos de construcción que intentan proporcionar a las partes una orientación coherente y obligaciones claras respecto a la gestión de retrasos y/o compensación monetaria no mencionan expresamente el término *Reclamo Global* y por tanto no abordan eficazmente muchas de las complejidades inherentes que existen en la construcción y proyectos de ingeniería de gran escala.
- En este contexto, ha habido diversas intervenciones jurisprudenciales y doctrinales que han establecido diversas premisas y reglas que se deben tomar en cuenta para presentar —por parte de los reclamantes— y evaluar —por parte de los administrado-

res de contratos, gerentes de proyectos, adjudicadores o árbitros— un *Reclamo Global*. Estas reglas aplican supletoriamente a lo regulado en cada contrato específico y son principalmente las siguientes:

- Los tribunales han reconocido que un *Reclamo Global* puede ser aceptado si la interacción de eventos que la compone es muy compleja y es imposible o dificultoso individualizar la pérdida que se deriva de una serie de hechos.
- Se debe asegurar que dentro de un *Reclamo Global* no exista duplicidad de eventos de reclamación que sean reconocidos.
- En caso de que un *Reclamo Global* traiga consigo el reconocimiento de una compensación económica, esta no debe incluir la utilidad [beneficio] correspondiente.
- Un *Reclamo Global* no debe considerar pérdidas que hubieran sido recuperables de forma aislada e independiente. En este caso se debe excluir la cantidad que pueda vincularse expresamente con la causa particular a fin de que se tramite según los procedimientos de la reclamación estándar.
- Cualquier asunto importante del cual el demandado no sea responsable debe ser eliminado del *Reclamo Global*.
- El “enfoque del todo o nada” se encuentra desfasado, puesto que si una parte de la reclamación es de responsabilidad del reclamante el reconocimiento será solo por las pérdidas que no sean de su responsabilidad, pero no necesariamente significa que la *Reclamación Global* fracasará y no se recuperará nada.

- Cuando un reclamante ha establecido y probado los incumplimientos del contrato, no es posible negarle reparación únicamente porque es difícil estimar los daños que se derivan de este incumplimiento. Un reclamo que no pudo establecer con precisión y exactitud el importe de la pérdida reclamada no debería ser denegado.
- Un *Reclamo Global* no necesariamente puede ser desestimado cuando el reclamante creó la imposibilidad de separación o de desvinculación de la pérdida atribuible a cada concepto de reclamación, deberán evaluarse las circunstancias del caso y no se deberá rechazar de plano.
- Por otro lado, dado que en este tipo de reclamos la causalidad presenta un problema particular, es imprescindible aplicar reglas especiales que permitan superarlo.
 - En primer lugar, es importante establecer la causalidad fáctica y jurídica de forma conjunta a fin de determinar cuáles son, entre una serie de hechos, las causas efectivas que generaron la pérdida compuesta, para lo cual es fundamental aplicar correctamente la teoría de la relación causal. Toda vez que, las teorías de la relación causal son las reguladas en un esquema del derecho civil continental, es imprescindible que su aplicación vaya acorde con las reglas especiales de la causalidad para los *Reclamos Globales* desarrollados a nivel internacional.
 - De la presente investigación se puede concluir que la teoría generalizadora es la que guarda mayor similitud con la causalidad de los *Reclamos Globales*. Una regla especial de causalidad en los *Reclamos Globales*, vinculada a esta teoría, es la aplicación del enfoque de la prueba "*but for*" o "*de no haber sido por*", la cual introduce un filtro para depurar el *Reclamo Global* y per-

mitir conservar únicamente los eventos que constituyen causas directas del daño y que no pueden separarse de ninguna manera. Sin embargo, la prueba "*but for*" debe complementarse con otros enfoques para identificar las causas eficientes del Reclamo Global.

- De esta manera, la teoría de la causa adecuada contribuye a determinar cuáles son las causas eficientes del impacto global, considerando su razonabilidad y regularidad de ocurrencia. Asimismo, la teoría de la causa preponderante se emplea para verificar si realmente nos encontramos ante un escenario de multiplicidad de causas. Por su parte, la teoría de la causa próxima, regulada en nuestro Código Civil, permite confirmar que las causas eficientes sean aquellas que produjeron el daño de manera directa. Para su aplicación, es fundamental considerar el funcionamiento de la obra y la naturaleza compuesta de los *Reclamos Globales*.
- En segundo lugar, en un *Reclamo Global* el reclamante debe probar indubitablemente la causalidad material como cuestión de hecho y con la aplicación del equilibrio de probabilidades, sustentando que las diferentes causas en su conjunto han originado el daño evento como consecuencia material del hecho dañoso.
- En tercer lugar, además de probar la causalidad material, también se deberá inferir la causalidad económica, por lo que es necesario aplicar la regla del sentido común a los principios lógicos de la causalidad.
- Una vez se genere la certeza en el evaluador que estas cuestiones causaron acumulativamente el impacto, las partes deben proceder a determinar la cuantificación del impacto. Las dificultades y

complicaciones involucradas en el cálculo de los daños no exigen al administrador de contratos, gerente del proyecto, adjudicador o árbitro de su deber de evaluar la pérdida.

- Para la probanza de la cuantificación de los *Reclamos Globales* existen métodos específicos basados en una valoración equitativa que permita obtener de manera práctica los daños estimables del *Reclamo Global*, entre los cuales los tribunales han sostenido que se puede utilizar el “Método del enfoque global” como método residual cuando no exista otro método específico al tipo de *Reclamo Global*.
- Esta y otras metodologías que permiten estimar los daños sin un grado exacto de precisión y no de manera microscópica, está amparada y permitida en nuestro Código Civil peruano en su artículo 1332, cuya justificación va en concordancia con la justificación de los métodos que abordan la probanza de la cuantificación de los *Reclamos Globales*, la cual es que la ley no puede permitir que una parte culpable escape de su responsabilidad simplemente por el hecho de que los daños no puedan tener un cálculo preciso y exacto.
- En este sentido la aplicación de las premisas y reglas aquí desarrolladas evitarán, por una parte, que los reclamantes, mediante la presentación de los *Reclamos Globales*, exijan gastos que no les corresponden, y, por otro lado, garantizarán que la parte responsable cumpla con responder por los daños ocasionados, evitando que se beneficie de la compleja situación que ha creado, debiendo enfrentar lo que realmente sucedió en el proyecto.

EL RIESGO DE SUELO E INFORMES DE LÍNEA DE BASE GEOTÉCNICA *

Eugenio Zoppis **

El Informe de Línea de Base Geotécnica - Geotechnical Baseline Report (GBR) es una declaración que representa las condiciones conocidas del terreno en el emplazamiento de un proyecto. Cuando el GBR forma parte del contrato, establece la gama de condiciones físicas adversas que deben preverse e incluirse en el precio del contrato. Por el contrario, las condiciones del terreno que difieran de las consideradas en el GBR se consideran “imprevistas” en virtud del contrato y a riesgo del empresario. Unos GBR bien redactados reducen los costos de construcción y establecen condiciones claras entre las partes en caso de que las condiciones del terreno sean más adversas, contribuyendo así a evitar litigios.

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú - University of Manchester).

** Eugenio Zoppis, MCI Arb, MCI InstCES, F.IHA, GMICE, MAPM es gestor de proyectos, árbitro y asesor de contratos. Es ciudadano italiano. Ingeniero civil y licenciado en derecho por Italia, posee un máster en Derecho de la Construcción y Resolución de Litigios por el King's College London. Actualmente, es investigador de doctorado en Derecho de la Construcción. Dirige la construcción de un gran proyecto hidroeléctrico en Etiopía. Cuenta con más de 35 años de experiencia *in situ* en construcción y gestión de contratos para grandes proyectos internacionales. Como contratista, ha construido grandes presas (con un total de 16 millones de m³ de hormigón o escollera), túneles y pozos (más de 45 km), carreteras (más de 1200 km), puentes y edificios. Entre ellos, ha construido la presa de RCC más alta del mundo (246 m de altura) y uno de los túneles más largos y profundos sin pozos intermedios (26 km de longitud). Tiene una amplia experiencia en la gestión de reclamaciones. Ha concebido y preparado personalmente las reclamaciones y reconveniones de sus proyectos de construcción, gestionándolas hasta su conclusión, ya sea en vía amistosa, DAB o arbitraje. Ha participado en varios procedimientos de arbitraje internacional de la ICC y en comités de disputas (DRB, DAB), participando en la preparación de reclamaciones y compareciendo como testigo de parte o como árbitro en disputas de construcción (contratos de carreteras, presas, obras de construcción hidroeléctrica). En particular, en octubre de 2020 completó como árbitro un arbitraje internacional administrado por la ICC – París, sobre disputas de construcción de carreteras valoradas en 14 millones de dólares. También fue árbitro en un arbitraje de seguros de construcción en Italia. Actualmente, está involucrado en un DAB como parte y testigo. También está asesorando en cuestiones contractuales para un gran proyecto de construcción de un puente en Bangladesh.

1. INTRODUCCIÓN

“El contratista no puede limitarse a aceptar la interpretación ajena de los datos y decir que es todo lo que era previsible”, dijo el juez en el *caso Obrascon v. A. G. Gibraltar*¹. *Sed quaere*, en la práctica, ¿cómo pueden los licitadores entrar en la obra y llevar a cabo las investigaciones del suelo, y a qué babel de voces técnicas² tendría que enfrentarse el empresario si todos los licitadores decidieran basar sus ofertas en diferentes informes de investigación del suelo elaborados por ellos mismos?

Un riesgo que no se define o asigna³ a través del contrato puede dar lugar a litigios⁴ y, como demuestra el uso popular de los modelos de contrato de diseño y construcción, las partes tienden a buscar la seguridad comercial en las condiciones del contrato. Por lo tanto, este documento intenta demostrar que la incorporación de las *condiciones básicas del terreno* en el contrato no solo proporciona una “prueba de previsibilidad”, sino también una herramienta eficaz para gestionar el riesgo del terreno en los proyectos de construcción, para reducir costos y para la prevención o resolución de litigios.

2. ASIGNACIÓN DEL RIESGO DEL SUELO

Según la jurisdicción inglesa, el contratista corre con el riesgo de que cambien las condiciones del terreno, a menos que se estipule lo contrario en el contrato⁵. De hecho, “si [las partes] [...] hubieran querido estable-

¹ *Obrascon Huarte Lain, v H.M. Attorney General for Gibraltar* [2015] EWCA Civ 712.

² Parafraseando el título de Rosalyn Higgins, “A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, No 4, 2006, pp. 791-904.

³ Mohan M. Kumaraswamy, “Common Categories and Causes of Construction Claims”, *Construction Law Journal*, Vol. 13, N° 1, 1997, p. 27.

⁴ Una referencia suelta a Sir Michael Latham, *Constructing the Team. Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in the UK Construction Industry*, HSMO 1994, p. 57 (capítulo 6.37).

⁵ Julian Bailey, *Construction Law*, Vol. II, Informa, 2011, párrafo 8.38, p. 598.

cer una disposición de este tipo en caso de que se encontraran condiciones imprevistas, lo más fácil del mundo habría sido que lo hubieran previsto en términos específicos”⁶.

Más allá de esa simple interpretación, el fundamento de este principio del *common law* reside en el contrato, ya que cuando el contratista se ha comprometido a terminar una obra y a cumplir los planos y especificaciones del contrato, soporta el costo de la ejecución de las promesas, independientemente de que cambien las condiciones, sin derecho a variaciones. Esto se confirmó en el caso *Thorn v. London Corporation*⁷, en el que el tribunal desestimó la alegación del contratista de que existiría una garantía implícita en cuanto a los planos y especificaciones que preveían el uso de cajones que no se podían construir debido a las condiciones adversas del terreno, ya que “aunque fue el ingeniero quien sugirió construir esos cajones, el constructor prometió que lo haría”. El tribunal defendió la certeza del precio y la ejecución, pero también matizó que ciertas condiciones inesperadas “pueden no estar en absoluto dentro del contrato [...]”⁸ y en esas circunstancias podrían dar lugar a una variación. En casos extremos, el límite podría ser la tergiversación o la frustración, como en *Wong Lai Ying v. Chinachem*⁹, con los respectivos remedios. También en *Sharpe v. San Paulo Brazilian Railway Co*¹⁰, el tribunal sostuvo que las cantidades de movimiento de tierras que se duplicaban en un contrato a tanto alzado no darían derecho al contratista a extras.

Lo anterior se contrasta con el caso *Mitsui v. Attorney General of Hong Kong*¹¹ en el marco de un contrato de nueva medición en el que, a pesar de enfrentarse a cantidades reales en proporciones diferentes a las estimadas en el B.o.Q, se afirmó que:

⁶ *Workshop Tarmacadam v Hannaby*, (1995), 66 Con LR 105 (CA).

⁷ (1876) 1 App Cas 120.

⁸ Michael Furmston, *Powell-Smith and Furmston's Building Contract Casebook*, 5th Ed, Wiley-Blackwell 2012, p. 137-138.

⁹ (1979) 13 BLR 81 PC.

¹⁰ (1873) 8 Ch App 597.

¹¹ [1987] HKLR 1079.

Los problemas experimentados no eran ni probables ni esperados. Las tarifas presupuestadas tenían en cuenta las condiciones probables y esperadas y no estoy convencido de que [...] todos los riesgos derivados del mal estado del terreno debieran ser asumidos por el contratista [...]

En el caso *Mitsui*, el juez citó la definición de “variación” de *Hudson's Building and Engineering Contracts* (10ª edición) en la página 506 como dice a continuación:

Los trabajos que no *están incluidos expresa o implícitamente en el contrato original* y, por tanto, no están incluidos en el precio del contrato, se denominan generalmente variaciones [...]. (Énfasis añadido)

No hace falta decir que lo previsto en el contrato debe incluirse en el precio, pero la ejecución de la misma obligación en condiciones modificadas depende de las estipulaciones contractuales y de la ley que rija el contrato¹². Por lo tanto, la primera pregunta que hay que plantearse es qué condiciones se previeron expresa o implícitamente en el contrato.

Por lo que se refiere a las condiciones del terreno, los contratos tipo prevén un compromiso absoluto¹³ o una distribución de riesgos basada en el concepto de previsibilidad razonable, como en la subcláusula 4.12 de la edición de 1999 del Libro Rojo y Amarillo de la FIDIC, o en la cláusula 60(12) del NEC3.

Cuando los parámetros de las condiciones del suelo que deben preverse no pueden ser obtenidos razonablemente por el contratista mediante sus investigaciones sobre el terreno, la información facilitada por

¹² Philip L. Bruner, “Force Majeure and Unforeseen Ground Conditions in the New Millennium: Unifying Principles and ‘Tales of Iron Wars’”, *International Construction Law Review*, Vol. 2000, Vol., Nº 1, p. 47. Este trabajo explica cómo la legislación alemana puede hacer inaplicable la subcláusula 4.12 del contrato EPC/llave en mano (Silver Book) de la FIDIC.

¹³ Igual que en la subcláusula 4.12 de la edición de 1999 del Libro de Plata de la FIDIC; sin embargo, este documento no aborda el efecto del cambio de condiciones en los contratos a suma alzada, en los que acontecimientos imprevistos extremos, *ajenos* al contrato, pueden tener consecuencias jurídicas, como en el caso de frustración.

el empresario en la fase de licitación adquiere gran importancia para definir lo que es previsible en virtud del contrato, como se analiza a continuación.

A menos de que el empresario haya facilitado información sobre el terreno que esté garantizada o incorporada al contrato, “no existe ninguna garantía implícita por parte del propietario de que el contratista podrá realizar dichos trabajos sin encontrarse con condiciones físicas [adversas]”¹⁴.

En el caso *Bacal Construction (Midlands) Ltd v Northampton Development Corporation*¹⁵, en el que el empresario preparó un informe sobre las condiciones del terreno, el Tribunal de Apelación sostuvo que “debería existir un término o garantía implícita de que las condiciones del terreno se ajustarían a la hipótesis sobre la que se había contratado a los contratistas” y que existen “razones comerciales” que justifican que el riesgo, en circunstancias diferentes, sea asumido por el empresario.

En el caso *Cooperative Insurance Society Ltd v. Henry Boot*¹⁶ se sostuvo que si un informe de investigación del terreno no se incorporaba expresamente al contrato, no se consideraba una cláusula del contrato en la que los derechos y obligaciones pudieran medirse por referencia a él, sino que “requeriría una redacción [sic] inequívoca para dar lugar a tal resultado”¹⁷ y no podía considerarse un contrato colateral, porque “no contiene ninguna declaración suficientemente definida y sin reservas para equivaler a una representación en la que [las partes] [...] pudieran razonablemente haber confiado”¹⁸. En estas circunstancias, se aplican al contratista los estrictos requisitos de cumplimiento de *Thorn v. London Corporation*¹⁹.

¹⁴ *Mitsui v Attorney General of Hong Kong*.

¹⁵ (1975) 8 BLR 88 CA; [1976] 1 EGLR 127.

¹⁶ [2002] EWHC 1270 (TCC); Const. L.J. 2003, 19(2).

¹⁷ [2002] EWHC 1270 (TCC); Const. L.J. 2003, 19(2), 61.

¹⁸ [2002] EWHC 1270 (TCC); Const. L.J. 2003, 19(2), 58.

¹⁹ Aplica el principio “*pacta sunt servanda*” (los acuerdos deben cumplirse).

En esencia:

- La asignación del riesgo del suelo viene determinada por las cláusulas del contrato y por “la ley general de la jurisdicción”²⁰.
- En la jurisdicción inglesa, y en una situación contractualmente neutra, es decir, cuando no existe cláusula sobre las condiciones adversas del suelo y cuando no existe garantía por parte del empresario, el riesgo de las condiciones adversas del suelo recae sobre el contratista²¹.
- Las condiciones del suelo no pueden considerarse garantizadas por el empresario a menos que se incorporen expresamente al contrato.
- Una garantía o representación de las condiciones del suelo proporcionada por el empresario solo puede ser implícita si no está condicionada y está suficientemente definida, y si el contratista confía en dichas condiciones. En esta zona gris, *Obrascon* nos enseña que el contratista no debe confiar servilmente en la información facilitada por el empresario.

En conclusión, dado que “es legítimo, y comercialmente deseable, que ambas partes puedan medir el riesgo, y acordar el precio, sobre la base de las garantías que se han dado y aceptado”²², los datos e informes sobre las condiciones del terreno pueden considerarse un término o una garantía cuando se incorporan expresamente al contrato, siempre que no haya un lenguaje incierto y no existan renunciaciones o exenciones.

²⁰ Ellis Baker y Michael Turrini, “The Underlying Problem: Negotiating the Ground conditions”, *Society of Construction Law*, Vol. 181, 2013, p. 14.

²¹ *Ibid.*

²² *E A Grimstead & Son Ltd v Francis Patrick McGarrigan* [1999] EWCA Civ 3029.

3. EL INFORME DE LÍNEA DE BASE GEOTÉCNICA: CONCEPTOS GENERALES

El informe o las condiciones geotécnicas de línea base (GBR) es un “documento contractual único que contiene descripciones contractuales mensurables de las condiciones geotécnicas previstas [...] durante la construcción”²³. La expresión “documento contractual” es un énfasis añadido, ya que el GBR debe incluirse como representación, y no proporcionarse simplemente “a título informativo”.

El *Joint Code of Practice for Risk Management of Tunnel Works in UK*²⁴ o JCoP ofrece otra definición de las condiciones geotécnicas de línea de base, que es la siguiente:

Declaraciones definitivas sobre [...] el terreno [...] y las aguas subterráneas junto con las propiedades geotécnicas del terreno que sirven de base para los propósitos de licitación del Contrato de construcción y *para la posterior aplicación del contrato con respecto a las condiciones realmente encontradas durante los Trabajos en Túnel*. Las Condiciones Geotécnicas de Base y/o las Condiciones del Terreno de Base *representan una definición contractual de “lo que se supone que se encontrará”*. Sin embargo, la provisión de tales condiciones en el Contrato no es una garantía de que las Condiciones se encontrarán²⁵. (Énfasis agregado)

Una definición similar se incluye en *A Code of Practice for Risk Management of Tunnel Works*, preparado por ITIG en mayo de 2012, que utilizaba el término de “Condiciones de referencia del terreno”. Este código de buenas prácticas recomienda que:

Las condiciones de referencia del terreno proporcionarán la base de referencia con la que se podrán evaluar y comparar las condiciones encon-

²³ D. Page, “Geotechnical Baseline Report, a Presentation”, *Engineering Group of Geological Society*, 15 de septiembre de 2009.

²⁴ Publicado por el British Tunnelling Society, septiembre 2003.

²⁵ *JCOP*, British Tunnelling Society, septiembre 2003, p. 15.

tradas. [...] también identificará los peligros apropiados para el emplazamiento y las condiciones del terreno establecidas a partir de las investigaciones para permitir que los riesgos asociados se evalúen y se tengan en cuenta en el momento de la licitación [...]²⁶.

La definición anterior es la síntesis de los propósitos del GBR, es decir, los datos del emplazamiento que deben tenerse en cuenta y en los que hay que basarse, una medida de los riesgos que deben incluirse en el precio del contrato, la divisoria de aguas para la asignación de riesgos en virtud del contrato y la lista básica de peligros que deben tenerse en cuenta para la gestión del riesgo del suelo.

Hoek²⁷ recuerda que “históricamente, se facilitaba poca o ninguna información sobre la investigación a los licitadores y se renunciaba expresamente a la que se daba”.

Posteriormente, en 1972, se registró el uso de GBR en el metro de Washington D. C. y en 1984 se convirtió en el tema de un estudio del Comité Nacional de Tecnología de Túneles de Estados Unidos: *Geotechnical Site Investigations for Underground Projects*²⁸. En 1997, la ASCE publicó las directrices sugeridas por el Comité Técnico de Informes Geotécnicos de la UTRC, y en 2007 se publicó una versión revisada²⁹. Estos documentos se centraban en el método de presentación de las investigaciones del emplazamiento y su incorporación al contrato con el fin de distinguir lo que está incluido en el precio del contrato, de lo que es adicional al mismo.

²⁶ *A Code of Practice for Risk Management of Tunnel Works*, ITIG, 2012, párrafo 7.2.9, p. 12.

²⁷ Hoek, *Geotechnical Considerations in Tunnel Design and Contract Preparation*, Transactions Institute List Min. Metall, 1982, 91:A 101-9.

²⁸ National Academy Press, Washington, 1984.

²⁹ Randall J. Essex (ed.), *Geotechnical Baseline Reports for Construction, Suggested Guidelines*, ASCE 2007.

En la evolución del tema se desarrollaron los siguientes informes³⁰:

- **Informe de datos geotécnicos - Geotechnical Data Report [GDR]**, es decir, “todos los datos geotécnicos factuales recogidos durante la exploración geotécnica [...]” que no incluye análisis interpretativo.
- **Informe Geotécnico Interpretativo - Geotechnical Interpretative Report [GIR]**, interpretación y análisis por escrito, generalmente preparado para uso del proyectista.
- **Informe de Línea de Base Geotécnica - Geotechnical Baseline Report [GBR]** o síntesis de los datos y su interpretación, que representa las condiciones evaluadas del terreno y los riesgos que cabe esperar durante la construcción.
- También existe el **Informe Resumido de Diseño Geotécnico - Geotechnical Design Summary Report**, que explica los supuestos realizados por el diseñador del proyecto.

Sin embargo, la base contractual para la licitación y para la construcción debe ser un único informe, a fin de evitar confusiones con documentos contradictorios, y debe estar bien identificado como el modelo geotécnico en el que las partes deben basarse en virtud del contrato.

En la fase de licitación, si los documentos de licitación definen las condiciones del terreno que cabe esperar, el contratista puede permitir unas condiciones mejores de las esperadas con vistas a ser competitivo, o bien fijar el precio en el escenario representado por el GBR. En cualquier caso, cuando el riesgo de las condiciones del terreno está bien definido, el contratista no necesita ser previsorio y no debe incluir en su

³⁰ *Ibid*, pp. 1-2.

precio más contingencias que superen el límite de las condiciones definidas en la base del contrato.

Durante la construcción, la línea de base puede compararse con las condiciones reales a fin de determinar si estas circunstancias son más desfavorables de lo previsto y en qué medida, y evaluar la compensación adecuada.

Una finalidad conexas del GBR es la gestión de riesgos durante la ejecución del contrato, ya que puede utilizarse como punto de partida para preparar una evaluación de riesgos y un plan de gestión en lo que respecta a las condiciones geotécnicas³¹.

El GBR también podrá utilizarse como parte de la información facilitada a las aseguradoras del contrato en cumplimiento del deber de presentación imparcial previsto en el artículo 3 de la Insurance Act de 2015.

4. EL INFORME DE LÍNEA DE BASE GEOTÉCNICA Y SU LUGAR EN EL CONTRATO

Cualquier cosa puede esperarse cuando se trata de las condiciones del suelo³² y “estas incógnitas suelen existir en proporción inversa a la cantidad, naturaleza y calidad de las investigaciones geotécnica”³³. Por lo tanto, dado que las investigaciones del suelo solo pueden llevarse a cabo en la medida en que sea razonablemente posible, de forma compatible con el tiempo y el presupuesto disponibles³⁴, un contrato que no pueda especificar todas las eventualidades futuras, debería al menos incorporar

³¹ “El Registro de Riesgos y el GBR son complementarios”, tal y como afirma Essex, Ob. cit., p. 57.

³² Maw W. Abrahamson, *Engineering Law, and the ICE Contracts*, 4th Ed, E & FN Spon 1979, p. 66.

³³ *Geotechnical Site Investigations for Underground Projects*, National Academy Press, Washington DC 1984, Vol. 1, p. 1.

³⁴ Referencia a FIDIC 1999, Libros Rosa y Amarillo, Subcláusula 4.10 [Datos del emplazamiento], 2º párrafo.

un mecanismo contractual para determinar cómo tratarlas³⁵. Además, un alcance indefinido de las condiciones del terreno que cabe esperar en virtud del contrato es una puerta abierta a los litigios, y el remedio consiste en encontrar la manera de definir los parámetros de lo que está o debería estar incluido en el precio del contrato, como trabajo o como contingencia.

De ello se desprende que la posibilidad de incorporar información sobre las condiciones del terreno en el contrato debe considerarse una herramienta para definir las condiciones que deben considerarse “razonablemente previsible”³⁶. De hecho, antes de ejecutar un contrato, el licitador necesita conocer “con un grado suficiente de certeza” el riesgo que va a valorar³⁷, mientras que el empresario necesita saber lo que va a pagar. De hecho, ambas partes tienen que evaluar el costo de las condiciones conocidas y estimar las contingencias que deben incluirse en el precio del contrato o en el presupuesto del empresario.

Cuando el GBR se incluye en el contrato y se convierte en la interpretación contractualmente aceptada de los datos de la obra, elimina la incertidumbre de contratos como el Libro Rojo y Amarillo de 1999 de la FIDIC, en los que el contratista es responsable de la interpretación de la información de la obra facilitada por el empresario³⁸.

Las líneas de base sirven como **referencias contractuales** para establecer en qué casos las condiciones encontradas durante la construcción, que son *materialmente más adversas*, onerosas y requieren más tiempo, pueden considerarse “imprevistas”. A continuación, el contrato también debe incluir una “Cláusula de Condiciones de Obra Diferentes” (*Differing*

³⁵ Este concepto fue estudiado por los premios Nobel de 2016, Bengt Holmstrom y Oliver Hart, en su “teoría de los contratos incompletos”.

³⁶ Este término se encuentra en el Libro Rojo y Amarillo FIDIC 1999, Subcláusula 1.1.6.8 [Im-previsible].

³⁷ John Barber, “Risk in the Method of Construction”, en John Uff y Phillip Capper (eds), *Construction Contract Policy, Centre of Construction Law and Management*, King’s College London 1989, p. 64.

³⁸ En virtud de la subcláusula 4.10 [Datos del emplazamiento] de la FIDIC.

Site Conditions) (DSC) que asigne el riesgo de dichas condiciones cambiantes al empresario³⁹.

Según el Libro Rojo y Amarillo de la FIDIC, el GBR podría incluirse en el contrato como una condición particular de la subcláusula 4.12 [Condiciones Físicas Imprevisibles], o podría formar parte de la definición de “Imprevisible” según la subcláusula 1.1.6.8. La subcláusula 4.12 estipula que “si el Contratista se encuentra con condiciones físicas adversas que considere Imprevisibles, el Contratista [...] tendrá derecho, con sujeción a la Subcláusula 20.1 [Reclamaciones del Contratista], a (a) prórroga del plazo, [...] (b) el pago de cualquiera de esos costos [...]”. La Subcláusula 4.12 incorpora el procedimiento a seguir para la prórroga del plazo. La subcláusula 4.12 incorpora el procedimiento a seguir en caso de condiciones imprevisibles y señala las cláusulas a las que remitirse, por ejemplo, 20.1 [Reclamaciones del Contratista] y 8.4 [Prórroga del Plazo hasta la Finalización] si el contratista tiene derecho a un costo adicional, con o sin prórroga del plazo. La subcláusula 4.12 es una Cláusula de Condiciones de Obra Diferentes, pero no da lugar automáticamente a una variación a menos que el ingeniero, para superar dificultades físicas, dé una instrucción que entre dentro de las condiciones enumeradas en la subcláusula 13.1 [Derecho a Variación], como trabajo adicional o un cambio en el método de trabajo, por ejemplo, excavación subterránea con un tipo diferente de TBM, como una de tipo EPB⁴⁰ para condiciones de suelo en lugar de una de tipo blindado diseñada para roca.

Según el Libro de Plata EPC/Turnkey de FIDIC, la Subcláusula 4.12 excluye cualquier ajuste de plazo o costo por dificultades imprevistas, “salvo que se establezca otra cosa en el Contrato”. Por lo tanto, las cláusulas GBR y DSC podrían incluirse en la subcláusula 4.12 como condiciones particulares, modificando la “responsabilidad total” del contratista.

³⁹ Essex, *Op. cit.*, p. 2.

⁴⁰ EPB significa: *Earth Balanced Pressure* (Presión Equilibrada en Tierra).

En el contrato NEC3, la Subcláusula 60.1 (12) define como “evento de compensación” cualquier caso de condiciones físicas que:

Un contratista experimentado habría considerado en la fecha del contrato que las probabilidades de que se produjeran eran tan escasas que no habría sido razonable tenerlas en cuenta.

El enfoque NEC3 se basa en una *probabilidad* razonable, pero las líneas de base definirían *con certeza* lo que sería razonable tener en cuenta. El GBR podría incluirse como parte del contrato bajo la *Opción Z*, es decir, *condiciones adicionales del contrato*, y estar diseñado para desencadenar un evento de compensación, que se mediría como “la diferencia entre las condiciones físicas encontradas y aquellas que habría sido razonable haber permitido”⁴¹.

Los formularios de contrato JCT no incluyen el riesgo del suelo en la lista de “acontecimientos relevantes”. Por lo tanto, las condiciones adversas del terreno, si se introducen mediante cláusulas especiales a medida, podrían añadirse como decimoquinto elemento de la subcláusula 2.26 [Hechos Relevantes], o como causa de cambios en virtud de la subcláusula 5.1 [Definición de Cambios].

La cláusula 12 de la quinta edición de la ICE prevé la posibilidad de reclamar costos adicionales y retrasos en caso de que el contratista se encuentre con condiciones físicas que “no hubieran podido ser razonablemente previstas por un contratista experimentado”. Esta disposición favorece la introducción *ad hoc* de GBR en el contrato, como medio de definir lo que se incluye en el precio como condiciones previsibles.

El PPC 2000, que es el formulario estándar de la ACA para un contrato de asociación, prevé una revisión conjunta de las investigaciones

⁴¹ NEC3, subcláusula 60.1 (13).

sobre el terreno⁴² que podría dar lugar a un informe de referencia acordado conjuntamente. Esta forma de contrato prevé la inclusión de contingencias de riesgo en el Marco de Precios a libro abierto⁴³. Asimismo, deben darse a conocer las hipótesis del licitador para fomentar la cultura de la transparencia⁴⁴ entre las partes y proporcionar una base común para evaluar el precio del contrato. La divulgación de los datos disponibles sobre la obra por parte del empresario se ajusta al principio de que este tiene el deber de facilitar, y no de impedir, la correcta ejecución del contrato⁴⁵.

5. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LOS INFORMES DE LÍNEA DE BASE GEOTÉCNICA

Los modelos habituales de contrato no incluyen disposiciones relativas a la GBR, por lo que requerirían la inclusión de cláusulas a medida, creando los riesgos típicos de la alteración de dichos formatos. Además, la introducción del GBR debe ir asociada a disposiciones para hacer frente a los cambios en las condiciones⁴⁶, o el contratista se enfrentará a un recurso incierto a la ley aplicable del contrato para resolver los litigios, lo que anula el propósito de definir lo que se considera “imprevisible” y las soluciones estipuladas en el contrato.

El contenido del GBR debe ser equilibrado y realista, ya que “unas líneas de base excesivamente conservadoras para elementos como las obstrucciones [...] pueden dar lugar a ofertas excesivamente conservadoras y costosas”⁴⁷. Unas líneas de base redactadas con cautela pueden hacer que el contratista cargue con la responsabilidad total del riesgo del terreno, lo que, al igual que en el Libro de Plata del FIDIC, asignaría

⁴² Subcláusula 8.4 [Encuestas e investigaciones].

⁴³ Subcláusula 12.9 [Contingencias de Riesgo].

⁴⁴ El PPC 2000 no menciona la “buena fe” en sus disposiciones.

⁴⁵ *Geotechnical Site Investigations for Underground Projects*, Ob. cit., p. 19.

⁴⁶ *Ibid*, p. 20.

⁴⁷ William W. Edgerton, *Recommended Contract Practices for Underground Construction*, SME 2008, p. 19.

riesgos ilimitados al contratista, dando lugar a un precio de licitación más elevado; lo contrario también sería perjudicial, cuando una línea de base excesivamente simplificada absolviera al contratista de riesgos previsibles de otro modo.

Una buena razón para dar una posición equilibrada a GBR es la de motivar a cada parte para que resuelva las dificultades que surjan durante la construcción, dentro de sus posibilidades y en interés del proyecto, que debe completarse a tiempo y dentro del presupuesto.

La descripción debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar toda la gama de condiciones que pueden darse en un proyecto. Por otra parte, una descripción vaga o amplia de las condiciones del terreno no eliminaría las incertidumbres sobre la asignación de riesgos, sino que, en todo caso, dejaría margen para su interpretación con los inevitables conocimientos retrospectivos. Esto crearía un terreno fértil para la negación de responsabilidades y las disputas, especialmente cuando haya que pagar una costosa factura como consecuencia de las condiciones adversas del terreno. Por lo tanto, las líneas de base y las DSC deben “expresarse de la forma más clara y sin ambigüedades”⁴⁸.

Si la descripción de las condiciones geotécnicas en el GBR entra en contradicción con otros documentos contractuales, habría motivos para interpretaciones contradictorias y disputas. La cuestión anterior tiene implicaciones más amplias que la mera adhesión a los métodos y descripciones que figuran en los planos y especificaciones; por ejemplo, las investigaciones geotécnicas pueden incluir multitud de informes que pueden resultar difíciles de integrar en un único trabajo interpretativo; sin embargo, esta es precisamente la razón para poner el sello común a un único GBR, garantizado y en el que confíen las partes.

⁴⁸ En *W&S Pollock & Co v McCrae* (1922) SC (HL) 192, 199, esta definición se utilizó para hacer efectiva la cláusula de exclusión.

Sobre todo, dado que el GBR es la representación formal de las condiciones básicas en las que se basa el precio del contrato, no debe manipularse en ningún sentido para no caer en un caso de declaración incorrecta, tergiversación o fraude.

Tampoco es sorprendente que el GBR se haya definido como “el documento contractual más difícil de redactar [...] que ni siquiera Shakespeare podría escribir un GBR perfecto”⁴⁹.

6. ¿QUÉ DEBE INCLUIR UN INFORME DE LÍNEA DE BASE GEOTÉCNICA?

La respuesta obvia es que el GBR debe incluir los resultados de las investigaciones sobre el terreno, con una caracterización interpretativa de las condiciones del lugar, así como un mecanismo práctico para medir las condiciones reales y compararlas con las presentadas en el informe.

Como sabe la comunidad tunelera, probablemente *Dios jugó a los dados*, al menos con las condiciones del terreno⁵⁰, y algún día debería desarrollarse una especie de *principio de incertidumbre de Heisenberg*⁵¹ y adaptarse a las condiciones geológicas. De hecho, es imposible predecir con certeza lo que hay bajo la superficie⁵² en una posición determinada, a menos que se lleven a cabo las investigaciones oportunas en ese mismo lugar. Esa es la razón por la que las condiciones del terreno se expresan mejor en términos de caracterización y probabilidad.

Por ejemplo, en lugar de describir qué clase de roca se encuentra en un punto determinado a lo largo de un túnel, el GBR debería indicar qué

⁴⁹ B. Goodfellow, “In a post-GBR world [...]”, *North American Tunneling Journal*, Dec 2014/Jan 2015.

⁵⁰ Parafraseando el controvertido dictamen de Albert Einstein: “Dios no juega a los dados con el universo”.

⁵¹ Teoría de la mecánica cuántica que afirma que la posición de las partículas subatómicas no puede definirse en términos de posición exacta, sino de probabilidad.

⁵² Julian Bailey, “What lies Beneath: Site Conditions and Contract Risk”, es el título de un artículo publicado por la Society of Construction Law, N° 137, en mayo de 2007.

porcentaje de terreno se espera que se encuentre bajo cada clase de masa rocosa a lo largo de toda la longitud del túnel. Una descripción de este tipo ayudaría a seleccionar el método de excavación adecuado y a planificar el tiempo de excavación.

El GBR debería adoptar un enfoque práctico a la hora de definir las condiciones del emplazamiento, debería centrarse no solo en el terreno, sino también en el método de trabajo. Por ejemplo, en la construcción de túneles, este documento podría identificar la clasificación geotécnica prevista, el método de clasificación y la distribución de los tipos de clases de roca a lo largo del perfil del túnel. Si el método de trabajo se vincula a las condiciones de partida y se establece en el contrato, se hace evidente cuando el cambio de las condiciones de la obra lleva a las partes a una variación, evitando situaciones como la que se produjo en el caso *Bottoms v. Lord Mayor of York*⁵³.

7. INFORMES DE LÍNEA DE BASE GEOTÉCNICAS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

“En el Reino Unido, el grupo de trabajo CIRIA recomendó que el ingeniero estableciera un conjunto de condiciones de referencia y que estas se utilizaran como base para la resolución de litigios, previa discusión y modificación por parte del contratista”⁵⁴.

La afirmación anterior pone de relieve algunos de los ingredientes para evitar litigios sobre las condiciones del terreno: un conocimiento compartido de las condiciones del terreno y un documento de referencia común que pueda utilizarse para la resolución de litigios.

⁵³ (1892) 2 HBC (4th edition) 208.

⁵⁴ CIRIA Rep. 79, 1978, citado de Hoek, Ob. cit., p. 6.

Además, “[...] Ambas partes de un contrato deben tener un conocimiento común de las condiciones que pueden darse. Esta comprensión común de las consideraciones de diseño solo puede alcanzarse facilitando todos los datos [...] a todos los posibles licitadores”⁵⁵.

Esto pone de relieve otros ingredientes para evitar litigios: por ejemplo, la divulgación de todos los datos en una fase temprana para que el precio del contrato pueda incluir la evaluación de las condiciones del terreno, basada en todos los datos disponibles para entonces.

La divulgación debería aplicarse también a los licitadores a los que, en virtud de las condiciones de licitación, podría exigírseles que revelaran los datos y parámetros utilizados para calcular el precio de licitación/contrato⁵⁶. La preocupación típica del contratista es que el empresario haga un uso indebido de esta información al revelarla a otros licitadores, pero un medio para disipar esta preocupación es el de depositar en custodia los documentos de licitación (*Escrow Bidding Documents*, o EBD), para utilizarlos solo cuando sea necesario, por ejemplo, en caso de litigios⁵⁷. Una preocupación recíproca podría ser el temor de los empresarios a que su contratista utilice la información conocida en su beneficio. En cambio, el GBR es un documento conocido por todos y que se utiliza para licitar. El conocimiento compartido abiertamente no invita a prácticas deshonestas, ya que la información es “pública”, pero sitúa a todos los contendientes en el mismo nivel de licitación, y se espera que promueva una fijación de precios más consciente y aguda.

El Comité de Disputas (DB) es otra poderosa herramienta para la resolución y prevención de disputas, especialmente si existe un comité

⁵⁵ *US Academy of Sciences Report* (1976), p. 7.

⁵⁶ Lukas Klec, *International Construction Contract Law*, Wiley Blackwell 2015, p. 358.

⁵⁷ Valerie R. Wollet y Robert G. Scott, “Best Practices for Utilizing Escrow Bid Documents as a Dispute Resolution Tool” en Gregg Davidson, Alan Howard, Lonnie Jacobs, Robert Pintabona y Brett Zernich (ed), *North American Tunnelling, 2014 Proceedings*, Society of Mining 2014, pp. 633-636.

permanente, es decir, miembros asignados permanentemente a un contrato desde su fase inicial, como en el Libro Rojo (Cons) y Rosa (MDB) de FIDIC 1999. A medida que avanza el contrato, las partes pueden medir la diferencia entre las condiciones de referencia incluidas en el GBR y las condiciones reales que se cumplen sobre el terreno, y pueden recurrir al DB para resolver cualquier diferencia si se produce y a medida que se produce, de forma rápida y evitando costos innecesarios⁵⁸.

La rapidez de intervención de un DB permanente es esencial para resolver litigios sobre las condiciones del terreno, ya que los cimientos excavados pueden quedar pronto cubiertos y el frente del túnel desaparece a diario a medida que avanza la excavación. La información de primera mano podría ayudar a resolver disputas menores, por ejemplo, sobre la cartografía del terreno, y orientar la correcta aplicación del GBR a lo largo de la fase de construcción.

Por último, las políticas de RGC y de libro abierto sobre las condiciones del terreno pueden hacer que las partes “hablen el mismo idioma” y establezcan condiciones claras que eviten “los ‘puntos de pellizco’ que proporcionan un terreno fértil para el crecimiento del riesgo legal [...]”⁵⁹. De hecho, la apertura y el entendimiento mutuo promueven el ingrediente básico para evitar disputas: “un espíritu de confianza, equidad y colaboración”⁶⁰.

⁵⁸ En los contratos FIDIC de 1999 mencionados anteriormente, el DAB no solo puede emitir decisiones, sino también dictámenes no vinculantes, previa solicitud conjunta de las partes (subcláusula 20.2).

⁵⁹ Phillip Capper, “Management of Legal Risks in Construction”, Society of Construction Law, No 44, 1994, p. 4.

⁶⁰ Palabras tomadas de la subcláusula 1.3 del PPC 2000 y de la subcláusula 1.1 del Contrato Marco de Alianza FAC-1, ACA.

8. CONCLUSIONES

El GBR cumple al menos dos de los objetivos del Informe Tang⁶¹, a saber, que “conlleva una definición clara de los riesgos y sus asignaciones” y que “contiene un medio eficaz para resolver litigios a medida que se materializan los riesgos”. Como tal es una herramienta eficaz para la gestión de las diferentes condiciones del terreno, siempre que la GBR se incorpore al contrato como garantía y sin cláusulas de exención de responsabilidad.

Dado que no existe una cláusula estándar para incorporar la GBR en los contratos con el fin de promover el uso de la GBR y proporcionar uniformidad, este documento sugiere que se establezcan condiciones particulares sobre la GBR en las formas comunes de contrato, y que una cláusula estándar pueda formar parte de contratos especiales: por ejemplo, para obras de dragado o subterráneas. Una cláusula estándar sobre DSC con la incorporación de GBR eliminaría las incógnitas de las condiciones a medida, al tiempo que dejaría a las partes la libertad de optar por no incluir esa cláusula o de adaptarla a su proyecto.

Este documento también destaca la dificultad de redactar una GBR adecuada vinculada a la DSC que defina en términos claros las circunstancias que deben preverse y proporcione un mecanismo práctico para medir las diferencias, aplicando las soluciones pertinentes. Una debilidad potencial del GBR reside precisamente en este punto.

La resistencia a incorporar GBR en los grandes contratos de construcción se enfrentará tarde o temprano a la prueba de cumplir con el uso BIM donde:

⁶¹ Henry Tang, “Construct for Excellence”, Construction Industry Review Committee, 2001, p. 79.

BIM reúne toda la información sobre cada componente de un edificio en un único lugar. Permite que cualquiera pueda acceder a esa información con cualquier fin, por ejemplo, para integrar mejor los distintos aspectos del diseño⁶².

Dado que la utilización de BIM se está convirtiendo en algo habitual o incluso obligatorio en los contratos de construcción, cuando la información sobre las investigaciones de la obra y los criterios del terreno se comparte entre las partes a través de una base de datos común no hay razón para evitar la preparación de GBR como medio de cristalizar esa información en un documento contractual.

Por último, dado que “para el éxito de cualquier contrato de construcción, el riesgo debe reconocerse y asignarse claramente”⁶³, el GBR proporciona por fin una respuesta sobre qué condiciones del terreno se consideran “previsibles”, contribuyendo así a la conclusión satisfactoria de un contrato.

⁶² *Building Information Modelling*, tal como se define en los UK National Building Specifications.

⁶³ *CIRLA Management Contracting, Report 100*, 1983, Londres.

DERECHO INTERNACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JUNIO DEL 2025, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,
TELÉFONO: 774-9972
LIMA, PERÚ