

EL CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSTRUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES♦

Por Maximiliano Rodríguez Fernández♦

Sumario: 1. Introducción 2. El llamado *Ius Ingeniorum* o la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la Construcción Internacional. 3. El proceso de estandarización de los Contratos Internacionales de Construcción y la labor de FIDIC. 3.1. Estandarización a nivel local. 3.2. Estandarización a nivel Internacional. 4. Cláusulas relevantes en los Contratos Internacionales de Construcción. 4.1. Precio. 4.2. La Figura del Engineer 4.3. Variaciones 4.4. Demoras en las Obras y Extensiones de Tiempo. 4.5. Resolución de Disputas 5. Consideraciones finales.

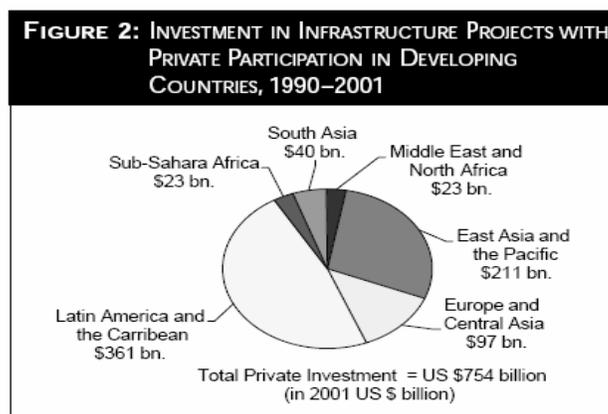
1. Introducción

El desarrollo de los países supone, como lo ha hecho a nivel histórico, la necesidad de planear y ejecutar grandes obras de infraestructura que le permitan a los estados crear canales de distribución y comunicación adecuados para el normal desarrollo de sus economías. Esa necesidad se ha traducido en la creación de estructuras económicas y jurídicas que han facilitado de manera sustancial el desarrollo de la infraestructura de los países. En ese contexto, se ha venido desarrollando el concepto del Project Finance, término creado por los banqueros para referirse a métodos particulares de movilizar recursos con el propósito de financiar grandes proyectos de infraestructura que carecen total o parcialmente de recursos para su ejecución¹. El Project Finance, luego de desarrollarse de manera significativa en los hoy países desarrollados, ha sufrido una evolución notable en los países en vía de desarrollo, particularmente durante la década de los 90s. La información acumulada por el Banco Mundial muestra que entre 1991 y 2000 el sector privado tomo parte en más de 1900 proyectos de infraestructura en países en vía de desarrollo, lo que significo una inversión total de aproximadamente 754 billones de dólares americanos.

♦ El presente trabajo constituye una primera entrega del proyecto de investigación denominado “El Contrato de Construcción Internacional” adelantada dentro del marco del grupo de investigación Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Este artículo fue presentado a la revista el día 4 de abril de 2006 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de junio de 2006, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

♦ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma universidad con maestría en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, Quenn Mary College, docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de la cátedra de Contratación Internacional.

¹Robert J. Parra Financing Large Projects, pag 3.



Source: World Bank PPI Projects Database.

Colombia no ha sido un país ajeno a esta tendencia mundial, para 1997 ya se señalaba que el país había atraído grandes cantidades de capital privado a los sectores de infraestructura, principalmente a través del Project Finance². Recientemente, el Departamento Nacional de Planeación anunció que con el objetivo de generar una infraestructura que aporte al desarrollo del país, deberán realizarse hacia 2019 inversiones equivalentes a 206 billones de pesos, el gobierno nacional espera que la mayoría de estas inversiones (55,2 por ciento) sean generadas por el sector privado.

Ahora bien, el Project Finance supone la existencia de varios elementos propios de este tipo de proyectos y de figuras contractuales sin las cuales sería imposible la estructuración y ejecución de los mismos. Tales elementos se encuentran claramente señalados por la práctica nacional e internacional. Entre ellos encontramos los contratos de crédito, documentos indispensables si se tiene en cuenta que la ejecución de proyectos de infraestructura generalmente requiere la obtención de grandes sumas de dinero y generalmente el Empleador, originador o sponsors³ no poseen la capacidad económica para adelantar, con cargo a sus propios recursos, la realización del proyecto, de manera tal que los mismos deben ser financiados ya sea por organizaciones financieras privadas u organizaciones como el IBRD⁴, IDA⁵, EIB⁶, EBRD⁷.

Dentro de las figuras contractuales propias del Project Finance también encontramos los contratos de garantía o garantías, las cuales son generalmente otorgadas por parte del Empleador y del Constructor. Igualmente encontramos los contratos de seguro y re-aseguro y claro esta, los contratos de obra o construcción de las obras, tema central del presente estudio. La siguiente gráfica nos presenta una visión más clara de la estructura contractual de un proyecto de infraestructura más o menos mediano:

² Philip Gra, Colombia's Gradualist Approach to Private Participation in Infrastructure en Public Policy for the Private Sector, World Bank Group Note No 113, Mayo 1997.

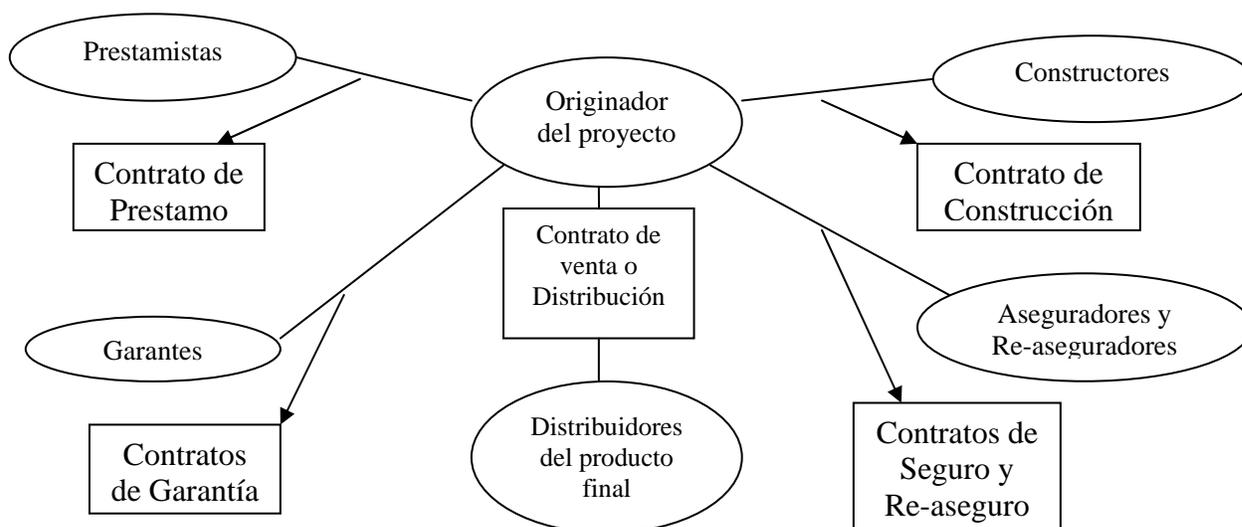
³ Los originadores o sponsors son aquellas entidades interesadas en la construcción del proyecto, generalmente gobiernos.

⁴ International Bank for Reconstruction and Development.

⁵ International Development Association.

⁶ European Investment Bank.

⁷ European Bank for Reconstruction and Development.



Otro elemento característico del Project Finance, es la participación de organizaciones empresariales de diferentes países. Hoy en día encontramos que la financiación de grandes proyectos de infraestructura se realiza a través de la participación de diferentes instituciones financieras de diferentes países, incluidas las organizaciones multilaterales de crédito, más aún cuando hablamos de proyectos que se adelantan en países en vía de desarrollo donde la obtención de recursos es limitada. También es importante la participación que han tenido en este tipo de proyectos las grandes empresas de ingeniería o construcción y en particular las empresas americanas, inglesas, alemanas y japonesas. Lo anterior, gracias a la ventaja competitiva, generalmente traducida en tecnología, que tienen frente a las empresas originadas en países en vía de desarrollo.

Gracias al carácter internacional de las entidades participantes en la ejecución de proyectos de infraestructura en los países en vía de desarrollo, se ha desarrollado una tendencia generalizada a la creación y utilización de instrumentos jurídicos modelo, instrumentos que hoy en día poseen ya una reconocida trayectoria a nivel internacional. Mediante la creación de estos instrumentos se trata, de una u otra manera, de recoger de manera eficiente las necesidades legales de todas y cada una de las partes involucradas en los proyectos, teniendo en cuenta que esas partes pertenecen, como sucede en la gran mayoría de los casos, a sistemas jurídicos diferentes.

En el campo de la Construcción Internacional, por ejemplo, la necesidad de conciliar las diferencias entre el sistema de derecho continental y el sistema de derecho común y la imperiosa búsqueda por crear estándares aplicables por partes provenientes de cada uno de esos sistemas legales evadiendo conflicto alguno, ha abierto la discusión acerca de la existencia del llamado *lus Ingeniorum* o *Lex Mercatoria* de la construcción internacional. Esta discusión se origina principalmente con motivo de la creación de contratos modelo que han obtenido un desarrollo significativo gracias a la intervención de instituciones como la Federación Internacional de Consejos de Ingenieros ("FIDIC")⁸, institución que ya desde 1913 viene estudiando los contratos internacionales de construcción y creando contratos tipo o modelo de uso común en el desarrollo de este tipo de proyectos.

⁸ Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

Igualmente, el Banco Mundial y sus agencias⁹, teniendo en cuenta su participación en la financiación de este tipo de proyectos, han generado una documentación y procedimientos modelo a ser utilizados en los proyectos de construcción e infraestructura financiados total o parcialmente por dichas instituciones. Adicionalmente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL”) elaboró la llamada “Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales”, una guía bastante útil en la redacción de este tipo de contratos.

Lo anterior nos demuestra que el estudio de este tipo de contratos y las relaciones jurídicas que se generan gracias a su ejecución son, como lo han sido durante un largo periodo de tiempo, motivo de estudio y evaluación por parte de diferentes instituciones y académicos a lo largo y ancho del planeta. En particular, ha sido destacado el estudio y análisis que se ha realizado a través de los años de los contratos modelo creados por FIDIC, los cuales han sido analizados profundamente gracias al mayor desarrollo que estos han sufrido, no solo desde el punto de vista práctico, sino también desde el punto de vista jurisprudencial y de la interpretación que de estos han realizado los árbitros en las diferentes disputas que se han originado durante su ejecución.

A través del presente documento pretendo hacer una breve introducción al tema de la construcción internacional como actividad creadora de reglas autónomas e independientes de cualquier otra rama del derecho. Igualmente, haré mención a algunas de las cláusulas que considero más relevantes a este tipo de contratos, tomando como base de estudio la perspectiva que nos ofrecen los contratos modelo o tipo creados por FIDIC.

2. El llamado *Jus Ingeniorum* o la *lex mercatoria* en el ámbito de la construcción internacional.

La ley comercial moderna tiene sus raíces en la *Lex mercatoria* de la edad media¹⁰. Esa *Lex Mercatoria* igualmente tiene sus raíces en los usos y prácticas generales comunes de los comerciantes a través de Europa y que fue aplicada, casi que uniformemente, por las cortes comerciales en diferentes países. En la actualidad, la *Lex Mercatoria* ha sido definida como un conjunto de principios generales, de instituciones y reglas, adicionadas a todas las fuentes que han progresivamente alimentado y continúan alimentando las estructuras y el funcionamiento jurídico propios de la colectividad de operadores del comercio internacional¹¹, en términos más específicos, son los principios internacionalmente aceptados como ley aplicable a las relaciones contractuales¹².

⁹ El Banco Mundial está formado por cinco instituciones, las cuales son: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la Corporación Financiera Internacional, la Asociación Internacional de Fomento, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.

¹⁰ No obstante lo anterior, para la época del imperio Ciceron ya señalaba que “no debería existir una ley en Roma, otra en Atenas, una ahora y otra después, pero si debería existir una ley que gobernara todas las naciones por todo el tiempo. Ciceron, la Republica, 3.22.33 (citado en Goode’s Commercial Law, p 1212).

¹¹ Berthold Goldman citado por Walter Rene Cadena Afanador en “La Nueva Lex Mercatoria”, pag 72.

¹² Lord Justice Mustill en “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five years” pag 149.

Esa *Lex Mercatoria* se nutre fundamentalmente de los usos y costumbres resultantes del agrupamiento de los modos de comportamiento y prácticas que adoptan de manera particular las fuerzas o agentes que crean e intervienen de manera directa en un mercado específico. Un ejemplo claro del reconocimiento de esos usos y costumbres a nivel internacional son los INCOTERMS, un grupo de reglas internacionales compiladas de manera uniforme por la Cámara de Comercio Internacional de París que sirven como medio de interpretación de las relaciones surgidas con motivo de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Igualmente, la *Lex Mercatoria* se nutre de los contratos tipo¹³ de uso común en el tracto comercial internacional y de los pronunciamientos que en la materia son proferidos por los tribunales de arbitramento internacional¹⁴.

Dentro del estudio del concepto de la *Lex Mercatoria* es reconocida en el ámbito académico la influencia y aceptación que han obtenido los usos y costumbres que se han materializado al ser adoptados y desarrollado en los contratos modelo o términos modelo creados por una determinada organización profesional. A modo de ejemplo, es pertinente referirnos a las contribuciones hechas décadas atrás a la armonización de las normas sobre compra y venta de mercaderías en los mercados internacionales por diferentes organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional y la UNCITRAL¹⁵. Si bien muchas de las reglas creadas o adoptadas por esas organizaciones carecen de fuerza legal alguna, si han sido reconocidas y respetadas ampliamente por comerciantes, industriales, jueces y árbitros a lo largo y ancho del planeta¹⁶.

Ahora bien, si bien la *Lex Mercatoria* surge básicamente en el contexto general del derecho de los contratos internacionales, actualmente se asiste a un proceso que pasa por la especialización en distintos sectores del denominado derecho del comercio transnacional, donde aparece, entre otras, la llamada *lex constructionis* o *lus Ingeniorum*, en el ámbito de la construcción, la *lex numerica*, *lex informatica* o *lex electrónica*, en la esfera del comercio electrónico; o la *lex petrolia*, por lo que se refiere al ámbito de derivados del petróleo, gas y carburantes¹⁷.

En el campo de la construcción, si bien hace algunas décadas como regla general los contratos de construcción se celebraban y ejecutaban única y exclusivamente por o entre compañías locales o nacionales, hoy en día esta actividad se ha internacionalizado y más aún especializado en proyectos de infraestructura que, de uno u otro modo, involucran de manera directa la participación de múltiples agentes provenientes de diferentes países. Esa participación internacional en la estructuración y ejecución de obras y proyectos de infraestructura puede generar disputas de una considerable magnitud entre las partes,

¹³ Son reconocidos los contratos tipo desarrollados por instituciones como FIDIC, UNIDROIT, GAFTA (The Grain and Feed Trade Association).

¹⁴ Sólo recientemente, Cámara de Comercio Internacional: (i) Laudo de 1992 en el Caso No 7319; (ii) 8385 Laudo de 1995 en el Caso No 8385; (iii) Laudo de 1996 en el Caso No 8365.

¹⁵ United Nations Commission on International Trade Law. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.

¹⁶ Alejandro M. Garro, en Rule- Setting By Private Organizations, standarization of Contracts, and the Harmonization of International Sales Law.

¹⁷ Berger, K.P. "The Relationship between the Unidroit Principles of International comercial Contracts and the new *Lex Mercatoria*". *Unifor Law Review*, 2000-1 pp 153-170.

inclusive se ha llegado a pensar que las disputas son, de uno u otro modo, inevitables en el mundo de la construcción¹⁸.

Si bien el derecho de la construcción hace parte del derecho civil o se encuentra incorporado al régimen de la contratación estatal de cada país¹⁹, y si bien en la gran mayoría de los casos el derecho o ley aplicable al contrato internacional de construcción es aquel, o aquella, del lugar donde se ejecutan las obras, es decir, el régimen jurídico del país contratante, se ha hecho necesaria la aplicación de ciertos principios de uso reconocido a nivel internacional. Es frecuente encontrar que durante el proceso de discusión y decisión de las controversias que se generan con motivo de los contratos de construcción, la ley interna del país donde se ejecutan las obras y por ende la ley aplicable al contrato, no presenta una solución integral a los conflictos que se pretenden solucionar. Es por ello que en la interpretación y solución de controversias provenientes del contrato internacional de construcción se ha hecho necesaria la incorporación de ciertos principios, usos y costumbres de uso reconocido en la práctica internacional, principios que facilitan la interpretación de ese tipo de contratos y que vienen siendo usados frecuentemente por los tribunales de arbitramento. Esos principios, usos y costumbres son lo que hoy llamamos el *Ius Ingeniorum* o *Lex Constructionis*²⁰.

El *Ius Ingeniorum* es el producto de la estandarización de los contratos, del uso frecuente de guías técnicas y de los laudos arbitrales²¹. Entre los usos del comercio y los contratos modelo, son estos últimos los que más contribuyen a la creación de un derecho de los contratos internacionales de construcción²². Lo anterior encuentra sustento en aquellos países en vía de desarrollo, en donde es clara la tendencia a la utilización de los contratos tipo creados y desarrollados por el Banco Mundial y FIDIC, y en donde es clara la ausencia de una normatividad coherente con las necesidades que se presentan con motivo de la incorporación y ejecución de formas contractuales fundamentadas en esos contratos modelo.

En los países en vía de desarrollo es evidente la carencia no solo de normas relativas a los contratos de ingeniería y construcción, sino también de normas relativas a las transacciones de carácter internacional que se celebran en esos países²³. Esa carencia de un régimen jurídico propio para ese tipo de contratos y operaciones incrementa significativamente lo que conocemos como el riesgo jurídico²⁴ o la incertidumbre respecto

¹⁸ Es importante destacar que un gran porcentaje de complejos casos referidos al arbitramento provienen directamente de la actividad de la construcción. Desde hace algunos años, y gracias al uso frecuente de modelos o formas contractuales desarrolladas por diferentes instituciones, se viene generando una tendencia al envío de este tipo de disputas al arbitramento, donde las partes generalmente encuentran eficiencia y profesionalismo. Charles Molineaux “*Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*”

¹⁹ Como sucede en la gran mayoría de los casos en donde el originador del proyecto es un gobierno.

²⁰ Este término fue usado por primera vez por Charles Molineaux en “*Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*” 1997 Journal of International Arbitration.

²¹ B.J. Tieder “The Globalization of Construction – Evolving Standards of Construction Law” 1998 en el International Construction Law Review 550.

²² Vid. Charles Molineaux en “*Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*”

²³ En Colombia no existe normatividad que regule de manera general este tipo de contratos, por ejemplo.

²⁴ El riesgo jurídico o legal es definido como (a) la imposibilidad de hacer efectivas las garantías otorgadas; (b) la ausencia de un régimen adecuado de protección de la propiedad intelectual; (c) imposibilidad de ejecutar los laudos o sentencias judiciales proferidos en el exterior; (d) incapacidad para escoger la ley

de la existencia o suficiencia de normatividad aplicable a los contratos internacionales de construcción o ingeniería. Ello conduce directamente al incremento en el riesgo del proyecto y de las complejas operaciones internacionales de construcción para los actores de ese concreto sector del comercio internacional: clientes, Contratistas e ingenieros²⁵. Todo lo anterior fuerza a las partes de un contrato internacional de construcción a acudir o recurrir a los usos del comercio internacional en el sector particular de la construcción²⁶.

Ahora bien, cabe preguntarse cuales son esas prácticas o usos generalizados propios de los contratos internacionales de la construcción que hacen pensar, de una u otra manera, que el llamado *lus Ingenoroum* no es únicamente un concepto creado por la doctrina sin ningún sustento en la practica. Pues bien, en el ámbito de la construcción internacional son diversas las prácticas que se han considerado como generalizadas, entre ellas tenemos²⁷:

- **La realización de estudios previos al proyecto**²⁸: Estos estudios tratan de determinar o de establecer la factibilidad del proyecto desde el punto de vista técnico²⁹, económico y financiero. Estos estudios se realizan utilizando en la mayoría de los casos el personal del originador del proyecto o de la entidad gubernamental a cargo del mismo. Estos estudios también ayudan a determinar cuales son los riesgos inherentes al proyecto o a la obra y la mejor manera de repartir los riesgos determinados entre los participantes.
- **Los sistemas de fijación de precios**: Una de las funciones principales del contrato internacional de construcción es localizar los riesgos inherentes al proyecto en cabeza del originador o del Constructor. A mayor riesgo localizado en la cabeza del Constructor, mayor será el precio del contrato e igualmente menores las posibilidades de que el mismo obtenga un aumento en el precio a recibir. Predominan en la práctica internacional dos sistemas de establecimiento del precio del proyecto, estos son: (i) Método de Precio Alzado (lump sum) según el cual se establece un precio único que incluye todas y cada una de las prestaciones de la obra. Las modificaciones del precio a pagar por el originador bajo este sistema son muy limitadas ya que el sistema tiene un reconocimiento expreso en el arbitraje como una práctica internacional; (ii) Método de Precio Unitario (Unit Price), en donde se establece un precio determinado para cada una de las unidades de producción o de trabajo, de manera tal que el precio total de proyecto puede establecerse únicamente al final del mismo.

aplicable a un determinado negocio jurídico; o (e) la imposibilidad de referir las disputas surgidas al arbitramento o de poder escoger libremente las reglas de arbitraje, el lugar del arbitramento y el lenguaje del mismo. Robert J. Parra Financing Large Projects,

²⁵ Stokes M.C: International Construction Contracts. An Engineering new records book, New York, 1981.

²⁶ Cavallo Borgia, R.: Il Contrato di Engineering, Padova, Cedam, 1992.

²⁷ Tomado de Isabel Reig Fabado en el “Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería”, 2003.

²⁸ Isabel Reig Fabado habla de estudios de preinversión, sin embargo ello sólo consideraría los aspectos económicos del proyecto cuando en la práctica internacional es fundamental la existencia de estudios técnicos, por ejemplo.

²⁹ El objetivo principal de los estudios técnicos es el considerar la pertinencia del diseño propuesto y si el mismo suple las necesidades por las cuales es construido.

- **Cláusulas de revisión de precios**³⁰: En la práctica internacional se busca que el pago que se realiza por parte del originador corresponda efectivamente al trabajo realizado por el Constructor de la obra, independientemente del sistema de fijación de precios que se haya estipulado en el contrato³¹. En ese sentido el llamado “Libro Rojo” de FIDIC en las cláusulas 13.5 (Provisional Sums), 13.7 (Adjustments for changes in legislation) y 13.8 (Adjustments for changes in Cost) establece diferentes eventos en los cuales el Constructor tiene derecho a un aumento en el valor del precio del contrato.
- **Establecimiento de garantías de ejecución de obra, de estabilidad de obra y de Pago**³²: Es usual que el Constructor deba constituir garantías otorgadas por un banco una compañía de seguros o un tercero. La garantía busca asegurar al originador contra un eventual incumplimiento del Constructor en la construcción de la obra. Allí se destacan los llamados Performance Bonds³³, los cuales se configuran como garantías en primera demanda. Así el Constructor puede dirigirse a un banco local para que emita la garantía al banco extranjero del país del cliente como garante³⁴. Debe mencionarse que la falta de constitución de garantías del contrato se tomará como motivo de incumplimiento suficiente para que el originador de cómo terminado el contrato³⁵. De igual manera es usual que el Originador constituya garantías a favor del Constructor, garantías que cubran un eventual incumplimiento de las obligaciones del originador según los términos contractuales.
- **Utilización de la figura del “Engineer”**: Otro de los usos o prácticas generalizados en los contratos de construcción internacional es la utilización de un Engineer o administrador del proyecto, quien actúa en la forma de un Interventor, tal y como se le conoce bajo la óptica del derecho colombiano. Esa persona, ya sea que tome la forma de una natural o jurídica, es la encargada de la supervisión del progreso de las obras y de la administración del proyecto. En algunos casos se le atribuye la función de realizar los diseños necesarios para la construcción del proyecto, en cuyo evento tendrá una responsabilidad mayor, y como tendencia generalizada se le atribuyen facultades cuasi – arbitrales, principalmente bajo la óptica del llamado “Libro Rojo” de FIDIC.
- **Cláusulas Penales**: Otra de las prácticas reconocidas en los contratos internacionales de construcción es la inclusión de las cláusulas penales o como se les conoce en el Derecho Común “liquidated damages”. Estas cláusulas establecen cuantiosas sumas para los supuestos de retraso en el cumplimiento de las obligaciones de entrega de las obras o del pago de las sumas debidas.

³⁰ En concepto de la doctora Isabel Reig Fabado esta práctica corresponde a los sistemas de fijación de precio, en mi concepto es una práctica o uso diferente a los sistemas antes mencionados ya que independientemente del sistemas que se establezca es de uso común la estipulación de cláusulas de revisión del mismo.

³¹ Cámara de Comercio Internacional: Laudo en el asunto No 5961 de 1989.

³² La doctora Isabel Reig Fabado no menciona las garantías de pago.

³³ Ver Cámara de Comercio Internacional: Laudo en el asunto No 5634 de 1988; Laudo en el asunto No 4629 de 1989.

³⁴ En la jurisprudencia Inglesa estas figuras se consideran habituales en el sector de la construcción, si bien han sido objeto de críticas en defensa de la oposición del contratista. Ver los siguientes casos: Perar BV vs General Surety Guarantees 1994; Trafalgar House Construction Ltd vs General Surety and Guarantees Ltd 1994.

³⁵ Ver Swarts & Son (Pty) Ltd vs Wolmaranstadt Town Council 1960.

Igualmente, los contratos internacionales de construcción generalmente contienen cláusulas que estipulan el pago de indemnizaciones por parte del Constructor en aquellos casos en que los trabajos no son entregados en los plazos estipulados en el contrato. El uso frecuente de estas cláusulas ha llevado a que la práctica arbitral las considere como parte del grupo de usos del comercio³⁶. Igualmente, se considera un uso del comercio internacional el pago de intereses cuando se producen retrasos en la entrega de los pagos fraccionados del precio³⁷.

- **Utilización de los contratos modelo:** Los modelos contractuales estandarizados se presentan, asimismo, como un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería o construcción, pues se trata de uno de los sectores de la industria en que más se ha desarrollado la elaboración de contratos modelo. Ese proceso mediante el cual se utilizan los contratos modelo elaborados por diferentes instituciones de reconocida reputación en el ámbito internacional se ha complementado con un proceso de interpretación sistemática que de esos contratos ha seguido la jurisprudencia arbitral y en especial la proveniente de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitramento Internacional de Londres. De manera tal que la práctica internacional referida al usos de esos modelos se encuentra plenamente reforzada por los diferentes pronunciamientos que se han hecho vía interpretación de los referidos modelos, todo lo cual genera una mayor certeza respecto de la interpretación de un referido término contractual utilizado por las partes.

De manera tal que es evidente la existencia de un grupo de usos y prácticas propios de los contratos de construcción internacional, lo que nos lleva a pensar que la existencia del *Ius Ingeniorum* no es un concepto creado por la doctrina sino que es el resultado de un proceso de especialización que ha sufrido la llamada *Lex Mercatoria*, proceso que ha arrojado como resultado la existencia de las reglas, usos y prácticas aplicables al campo de la construcción internacional. Vale la pena recalcar que estos usos y prácticas mencionadas anteriormente, surgen de una u otra manera del uso frecuente de los contratos modelos a los que hacíamos referencia. Es decir, pareciera que el concepto mismo o los usos y prácticas relacionados con el *Ius Ingeniorum* son fruto de lo que se considera como una práctica en si misma. De manera tal que no sería erróneo decir que el determinante principal o fuente natural de lo que hoy llamamos *Ius Ingeniorum* o *Lex Constructionis* son los contratos modelo o tipo desarrollados por los diferentes sectores del campo de la construcción internacional o por instituciones profesionales dedicadas al estudio y desarrollo permanente de estos modelos contractuales. El uso frecuente de estos modelos en los diferentes países y sistemas legales ha dado lugar al surgimiento de prácticas y usos frecuentes como los mencionados anteriormente.

Si bien el uso frecuente y constante de los modelos contractuales son el canal fundamental para la creación y transformación del *Ius Ingeniorum*, existen otras fuentes que contribuyen de manera significativa a ese proceso. Ese es el caso de el arbitramento internacional. La gran mayoría de las transacciones a nivel internacional son referidas al arbitramento y de igual manera la mayoría de las disputas surgidas con motivo de la

³⁶ Ver Cámara de Comercio Internacional: Laudo en el asunto No 3275 de 1979.

³⁷ Cámara de Comercio Internacional: Laudo en el asunto No 5277 de 1987, relativo a un proyecto de construcción a ejecutar en Arabia Saudita. Sobre el tema de intereses ver también: Laudo en el asunto No 7063 de 1993; Laudo en el asunto No 6230 de 1990; Laudo en el asunto No 4629 de 1989.

celebración y ejecución de los contratos internacionales de construcción son resueltos por un arbitro, usualmente constituido bajo las reglas o reglamentos de uno de los centro internacionales de arbitramento³⁸. Otra fuente importante son el trabajo de los académicos, sus publicaciones son una importante fuente de observación interna de la *Lex Constructionis*³⁹. Ese es el caso de los estudios publicados en el *International Construction Law Review*, Journal dedicado exclusivamente al estudio del Contrato Internacional de Construcción.

En lo que tiene que ver con la práctica arbitral debemos decir que los arbitrajes relativos a los contratos internacionales de construcción presentan una serie de características que los convierten en únicos. Es así como nos encontramos con unos procedimientos de resolución de controversias que tradicionalmente incorporan, en primer término la labor del Engineer⁴⁰, quien en la mayoría de los casos debe decidir en primera instancia sobre el conflicto o controversia planteado. Igualmente las disputas referidas a contratos de construcción generalmente surgen en contextos que en la gran mayoría de los casos difieren los unos de los otros⁴¹. Es por ello que el grado de especialización que surge de este tipo de disputas puede ser mucho mayor al que surge con motivo de otro tipo de disputas en donde nos encontramos con controversias menos técnicas.

En ese sentido, han sido extensos los pronunciamientos en lo que tiene que ver con las facultades y funciones del Engineer bajo la óptica del los contratos modelo de FIDIC, la interpretación de las cláusulas de fuerza mayor y hardship, el arbitramento multi-partes de gran uso en el ámbito de la construcción internacional, diversas interpretaciones sobre las cláusulas sobre pago y demoras en la entrega de la obra y otros diversos a los que haremos mención mas adelante.

Teniendo en cuenta lo anterior, en los procedimientos arbitrales relativos a los contratos de construcción internacional se han establecido medidas y procedimientos tendientes a mejorar los parámetros de calidad del procedimiento, con el objeto de aumentar la efectividad de los mismos. Así, en 1986, el tribunal de arbitraje de la CCI, en colaboración con FIDIC y la EIC (European International Constructors), elaboraron unos listados de profesionales propuestos por esas organizaciones para actuar como árbitros en las disputas derivadas de esos contratos. Sin duda, el establecimiento de estas listas, actualizadas y revisadas, supone, por un lado un ahorro de tiempo en el proceso de selección de los árbitros y, por otro, garantiza, de algún modo, el alto grado de especialización de los mismos que redundará en la mejor resolución de la disputa⁴².

³⁸ Humplrey Lloyd. "Prevalent Philosophies of Risk Allocation – An Overview (1996) en *International Construction Law*. Según el autor las cortes a nivel nacional y en especial las de Inglaterra y Gales son otra fuente de interpretación. Los laudos arbitrales comúnmente hacen referencia a las decisiones tomadas por esas cortes.

³⁹ Oren Perez. *Using Private – Public Linkages to Regulate Environmental Conflicts*. *Journal of Law and Society*, vol 29, 2002.

⁴⁰El llamado "Libro Rojo" de FIDIC establece en la cláusula 20 el procedimiento a que deben señirse las partes en el evento en que surja un conflicto entre las mismas con motivo de la ejecución del contrato de construcción internacional.

⁴¹ Final Report on Construction Industry Arbitrations

⁴² Jarvin S.: "New Lists to Speed Resolution of Construction Contracts Disputes", *Journal of International Arbitration*, num3, 1986. Citado por Isabel Reig Fabado.

Igualmente, la práctica arbitral de la Cámara de Comercio Internacional en el sector de la construcción cuenta con un número considerable de laudos arbitrales que ya han sido publicados y sistematizados por las revistas especializadas. Fundamentalmente comentados por el *International Construction Law Review* y recopilados en el *International Court of Arbitration Bulletin*.

Tomando en consideración todo lo dicho anteriormente, es evidente la existencia de una rama de la llamada *Lex Mercatoria* referente única y exclusivamente al derecho de los contratos internacionales de construcción, lo que hoy se conoce como *Ius Ingenorum*. Figura esta que se encuentra en pleno desarrollo y que se seguirá nutriendo, como lo ha venido haciendo, de la utilización de contratos modelo, de las diferentes decisiones que sobre la materia se presenten en el campo del arbitraje y de los diferentes usos y prácticas que se generan día a día con motivo de la celebración de este tipo de contratos. Todo este proceso se ve complementado claro esta, gracias al proceso de internacionalización que día a día se presenta con motivo de la transnacionalización de la prestación de los servicios referentes a la ingeniería y a la construcción.

3. El proceso de estandarización de los Contratos Internacionales de Construcción y la labor de FIDIC

En lo pertinente a la Estandarización de los contratos, el tema se encuentra dominado de manera particular por pequeño número de organizaciones Internacionales, entre ellas FIDIC, y The International European Construction Federation (FIEC). Adicionalmente, el Banco Mundial, UNCITRAL, UNIDROIT y un número considerable de firmas de abogados también contribuyen de manera significativa a ese proceso.

La UNCITRAL por ejemplo, ha desarrollado la Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales, la cual fue adoptada en 1988 después de 7 años de trabajo. Esa Guía se constituye en un manual muy detallado y simple que beneficia de manera directa a todos y cada una de las partes involucradas en la redacción de los contratos internacionales de construcción.

3.1 Estandarización a nivel local.

Ese proceso de estandarización no se presenta única y exclusivamente en el ámbito internacional. Vale la pena mencionar que a nivel local o nacional son ya reconocidos los esfuerzos realizados por países como Inglaterra, Estados Unidos, Japón, Francia y Alemania en donde las formas contractuales tipo de contratos de construcción han tenido ya una evolución notable.

- **El Reino Unido**

El caso Ingles es tal vez el más destacado de todos ellos. En Inglaterra ya desde 1870 se habían constituido las primeras firmas especializadas en el campo de la construcción e ingeniería. Es allí en donde toma gran relevancia igualmente el proceso de estandarización contractual. Actualmente, son utilizados más de 4 formas contractuales, entre las más importante encontramos por ejemplo la ICE7, Institution of Civil Engineers Conditions of Contracts 7th Edition 1999, de gran uso en el campo de la Ingeniería Civil; la

JCT 98, Joint Contracts Tribunal Standard Form of Building Contract 1998 Edition; la IFC 98, Joint Contracts Tribunal Intermediate Form of Building Contract y la MW 98, Joint Contracts Tribunal Minor Works Form of Contract, de gran uso estos últimos tres en el campo de la construcción. Las particularidades de estas formas contractuales difieren sustancialmente, sin embargo, los principios o pautas generales perduran en todos y cada uno de ellos.

Ese proceso de estandarización que se ha surtido en el campo inglés se da en parte gracias a la participación activa que en este campo ha tenido el llamado "Joint Contracts Tribunal" (JCT), entidad que fue creada en 1931 y que por 75 años ha producido formas contractuales estándar, guías y otra documentación de uso general en el mercado de la construcción⁴³. La función principal de esta institución ha sido la de mantener las formas contractuales actualizadas y acordes a las necesidades de la industria de la construcción, desplazando de esta manera las dificultades que puedan surgir con motivo del uso de estas formas contractuales.

Igualmente ha sido importante el desarrollo de lo que hoy se conoce como el "New Engineering Contract" (NEC Contract). Este es básicamente el marco legal para la administración de los procedimientos necesarios y diseñados para el manejo de todos y cada uno de los aspectos de un proyecto de construcción. Tiene como propósito específico estimular el buen manejo y administración a través de flexibilidad y simplicidad. Este marco legal puede ser aplicado a proyectos de construcción grandes o pequeños y comprende una serie de documentos y guías necesarios para la buena administración de los proyectos.

- **Japón**

Igualmente en Japón ese proceso de estandarización ha tenido un desarrollo significativo fundamentado básicamente en la labor que ha venido adelantando la Asociación de Ingeniería Avanzada de Japón (Engineering Advancement Association of Japan). Esta entidad ha publicado una serie de documentos y formas contractuales que han tenido gran influencia en los mercados internacionales. Entre ellos tenemos el ENAA Model Form-International

Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump-sum Basis), publicado en 1992 y que revisa de manera general la primera edición del ENAA Model Form publicado en 1986. Esas formas contractuales son el resultado de años de extensivo estudio por parte del ENAA's Special Committee on Contract and Legal Issues. Ambas ediciones han sido bien recibidas tanto por los Contratistas como por los contratantes en los campos de la ingeniería y la construcción.

De manera tal que ese proceso de estandarización no es propio de instituciones a nivel internacional. El proceso que se ha surtido en algunos de los mencionados países se origina básicamente gracias al nivel de desarrollo de los mercados de la ingeniería y de la construcción en los mismos, lo que ha llevado a que las partes que participan en dichos mercados mercados a que se interesen mucho más en la búsqueda de mayor garantía y seguridad jurídica.

⁴³ Tomado de la pag www.jctltd.co.uk

3.2 Estandarización a nivel Internacional

Ahora bien, regresando al tema de la estandarización a nivel internacional, existe una organización que se ha destacado en este campo, gracias al desarrollo y avance obtenido por los contratos y procedimientos diseñados durante décadas pasadas, hablamos de FIDIC.

- **FIDIC**

FIDIC, la asociación de profesionales de la ingeniería más importante a nivel mundial y con sede en Lausanne – Suiza, creó y viene desarrollando la forma contractual usada en la gran mayoría de las operaciones de ingeniería civil adelantadas en los países en vía de desarrollo⁴⁴. Los contratos creados y desarrollados por FIDIC, son modelos que recopilan de una u otra manera la práctica internacional en la materia, lo que en la práctica se ha denominado en “sentido común en la ingeniería”⁴⁵.

FIDIC está integrada por aproximadamente sesenta y siete miembros de diferentes países, los cuales representan por lo menos 560.000 profesionales en el ramo de la ingeniería y la construcción⁴⁶ y está gobernada por un comité ejecutivo y comités específicos de estudio y otros grupos de trabajo⁴⁷.

FIDIC ha dominado el mundo de los documentos relativos al mercado de la construcción internacional desde los años sesentas, con formas contractuales tales como las Condiciones de Contrato para Trabajos de Construcción e Ingeniería Civil, o mejor conocido como el “Libro Rojo”, el cual ha venido siendo usado para grandes proyectos de infraestructura. Esta forma contractual ha sido reconocida por varias décadas y podría decirse que es la forma contractual dominante en el mercado de la construcción. Ese estatus fue reconocido expresamente por el Banco Mundial, quien lo incorporó a sus documentos estándar de licitación para obras.

⁴⁴ Christopher Seppala, Contractor’s Claims Under the FIDIC Civil Engineer Contract.

⁴⁵ Wade, C: “FIDIC’s Standard forms of contracts – principles and scope of the new four books”. Artículo publicado en el International Construction Law Review, enero 2000.

⁴⁶ Pueden ser miembros de FIDIC: (i) Asociaciones miembros: Asociaciones nacionales que son consideradas de mayor importancia en cada uno de sus países por proveer servicios de consultoría técnica e intelectual para la construcción y el medio ambiente del país de origen; (ii) Miembros afiliados: Asociaciones u otras organizaciones de ingeniería o de actividades relacionadas que tienen gran interés en la ingeniería; (iii) Miembros Propuestos: Cualquier firma o grupo de firmas provenientes de un país que no tiene miembros de la asociación, que cumplen con los criterios de aceptación de la misma y que son propuestos por el comité ejecutivo de FIDIC; (iv) Miembros corresponsales: Personas naturales de un país que carece de miembros y que está dispuesto a invertir tiempo a promover la creación de una asociación a nivel nacional.

El principio general de FIDIC es que puede existir un solo miembro por cada país. Información tomada de la página web de FIDIC www.fidic.org.

⁴⁷ Esos comités y grupos incluyen el Panel de Evaluación para Adjudicadores, Comité de Prácticas Negociales, Comité de Contratos, Grupo de Trabajo sobre Capacidad de Edificaciones, Grupo de Trabajo de Integridad de la Administración, Grupo de Trabajo de Calidad de la Administración, Grupo de Trabajo de Desarrollo Sostenido y el Foro de Administración de Riesgo. Información obtenida de la página web de FIDIC www.fidic.org.

Recientemente FIDIC, luego de un análisis de las formas contractuales desarrolladas desde la década de los 50's publico 4 nuevas formas contractuales que reemplazaban las formas desarrolladas anteriormente. Los nuevos modelos son los siguientes⁴⁸:

- **Condiciones de Contratos de Construcción:** Forma recomendada para construcción o trabajos de ingeniería diseñados por el Empleador o por su representante (The Engineer). Bajo esta forma contractual el Constructor construye las obras de acuerdo con el diseño que le ha suministrado por el Empleador. Sin embargo, las obras pueden incluir algunos elementos de diseño por parte del Constructor.
- **Condiciones de Contratos para el Diseño y Construcción de Plantas:** Este tipo de contratos son recomendados para la provisión de plantas mecánicas o eléctricas, y para el diseño y ejecución de construcciones u otras obras de ingeniería. Bajo esta forma contractual el Constructor diseña y provee, de acuerdo a los requerimientos del Empleador, la planta y las obras.
- **Condiciones de Contratos para Proyectos EPC/TURKEY:** Esta forma contractual es recomendada en aquellos casos en los cuales una sola entidad tiene la responsabilidad total de la ejecución del proyecto de construcción o ingeniería.
- **Forma Corta de Contrato:** Diseñada y desarrollada para obras de construcción o ingeniería con un presupuesto pequeño⁴⁹.

Como lo mencionamos anteriormente, el modelo más importante, de los desarrollados por FIDIC, son las Condiciones Generales de Contratación para trabajos de Construcción y Obras de Ingeniería Civil, o también llamado por la doctrina "Libro Rojo". Este modelo, publicado por primera vez a finales de los años 50's, es uno basado en el modelo desarrollado por los Ingleses desde el siglo 19, por lo que sus raíces están firmemente arraigadas en la ley inglesa⁵⁰. Ese arraigo al modelo británico se traduce claramente en que el mismo esta diseñado para ser implementado en un país perteneciente al sistema de derecho común ya que incorpora conceptos propios de los contratos de construcción e ingeniería británicos. No obstante lo anterior, es curioso ver como esa forma o modelo contractual tiene poco o ningún uso en el Reino Unido y por el contrario es usado continuamente en proyectos de construcción desarrollados en los países en vía de desarrollo, donde, como lo mencionamos anteriormente, los proyectos adelantados generalmente carecen y requieren de financiación y personal especializado en este tipo de temas.

En consideración a lo anterior, FIDIC, en sus ediciones posteriores de ese texto, ha hecho un esfuerzo considerable de volver el instrumento mucho más internacional, y si bien ha existido gran resistencia en alguno países pertenecientes al sistema de Derecho Civil, el modelo ha tomado mayor relevancia y es usado en gran parte de los países en vía de desarrollo.

⁴⁸ Estas formas son recomendadas para uso general en aquellos casos en que los oferentes son invitados a nivel internacional. FIDIC reconoce expresamente que se deberán presentar algunas modificaciones dependiendo de la jurisdicción en donde van a operar.

⁴⁹ Tomados de www.fidic.org

⁵⁰ El llamado "Libro Rojo" está basado en el contrato modelo desarrollado por la Institución Británica de Ingenieros Civiles (ICE Conditions).

El texto oficial del Libro Rojo es en el idioma Ingles, por lo que, como lo mencionamos anteriormente, la terminología usada en el mismo es aquella a la perteneciente a una forma contractual propia del Derecho Común. Sin embargo, en la actualidad ya se han hecho traducciones de ese texto al Árábigo, Mandarin, Croata, Francés, Húngaro, Japonés, Polaco, Español y Turco⁵¹.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el modelo en sí mismo, debemos decir que el Libro Rojo fue diseñado y estructurado para contratos de construcción en los cuales el Constructor realiza las obras encomendadas según los planos y diseños que le ha presentado el dueño de la obra y bajo la supervisión permanente de un Engineer, usualmente una firma de ingenieros consultores, contratada específicamente para la supervisión del trabajo del Constructor.

El Libro Rojo comprende o se encuentra compuesto por tres series de documentos: (a) Una Forma de Oferta; (b) Una forma de acuerdo y; (c) las condiciones contractuales. Las condiciones contractuales o del contrato se encuentran divididas en dos partes principales: (i) las llamadas "Condiciones Generales" que son cláusulas o condiciones que son o deben ser aplicables a todos los contratos, independientemente de las características específicas del mismo, y; (ii) las Condiciones de Aplicación Particular que contienen un grupo de cláusulas que pueden o no ser aplicadas dependiendo de las características del contrato y el lugar de ejecución de las obras.

Al realizar un estudio del modelo y la descripción de cada una de las partes intervinientes, es evidente que la intención de FIDIC es que en cada contrato la Parte Primera o de Condiciones Generales sea usada tal y como se encuentra en la forma contractual desarrollada por la institución, mientras que la Parte Segunda o de Condiciones de Aplicación Particular deberá ser redactada especialmente para suplir las necesidades propias del proyecto que se pretende emprender. Esto hace que el modelo sea uno flexible, que le permite a las partes una adecuación que permita cubrir realmente las necesidades legales de cada una de las partes en el contrato.

El libro Rojo fue diseñado para ser usado en aquellos eventos en que se pretende una obra de construcción o ingeniería tales como una autopista, un aeropuerto, un puerto, represas, túneles, pero no se encuentra limitada única y exclusivamente para tales trabajos. Como regla general el Libro Rojo es usado para proyectos en los cuales participan diferentes oferentes de diferentes países, más aún en aquellos países en donde no existen reglas claras sobre contratación.

Adicionalmente FIDIC ha desarrollado una forma o modelo de subcontrato para ser usada en proyectos internacionales en donde el contrato principal esta basado en el ya mencionado Libro Rojo, por lo que nos encontramos con una forma de subcontrato que se encuentra en plena coherencia con la estructura del Libro Rojo. De tal manera que igual a lo que sucede con el Libro Rojo, la Primera Parte de las Condiciones del

⁵¹Christopher Seppala, Introduction to the FIDIC Conditions of Subcontract for Work of Civil Engineering Construction.

Subcontrato fueron diseñadas para ser aplicadas generalmente, mientras que la segunda parte deberá ser redactada para satisfacer las necesidades de cada contrato individual⁵².

Es evidente que la existencia de una institución dedicada de manera particular a la creación y desarrollo de formas contractuales, como también a la supervisión y desarrollo de reglas fundamentales aplicables a los contratos internacionales de construcción, contribuye de manera significativa al mejoramiento de este tipo de contratos y a la creación de prácticas generalizadas en el ramo de la construcción internacional, facilitando de esta manera el desarrollo de los proyectos de construcción y a su vez, la estandarización de las reglas aplicables a los participantes en el mercado global de la construcción, lo que se traduce igualmente en mayor eficiencia del mercado.

4. Cláusulas relevantes en los Contratos Internacionales de Construcción

Todo proyecto de Construcción posee grandes elementos de complejidad, elementos que en la mayoría de los casos son o deben ser planteados por las partes y decididos en el contrato de construcción. Si bien cada contrato y proyecto de construcción tiene sus propias características, lo que implica la existencia de una infinidad de cláusulas contractuales que son, en mayor o menor grado, de crucial importancia para el proyecto, existen un grupo de cláusulas que son consideradas por la doctrina como relevantes para todo tipo de contrato. A continuación mencionaremos aquellas cláusulas que, en la opinión del autor son las de mayor relevancia para todo contrato de construcción.

4.1 Precio

La certeza acerca determinación del precio a pagar por las obras realizadas es uno de los aspectos más importantes en los contratos de construcción internacional. Las partes que intervienen en el proceso y en especial los Constructores se encuentran siempre ante la imperiosa necesidad de conocer la estructura económica del proyecto y los recursos que los mismos recibirán para adelantar el mismo, así como la remuneración que les corresponde por la ejecución del mismo.

El contrato de construcción tiene como función principal determinar cuales son los riesgos inherentes al proyecto y a su vez, establecer de manera clara quienes serán los responsables o en cabeza de quien estarán los riesgos que pudiesen generarse durante la vigencia del contrato. En la práctica, si bien no es aplicado de manera correcta en la gran mayoría de los casos, prima el principio según el cual “el riesgo en un proyecto deberá ser ubicado en cabeza de la persona o parte que mejor pueda administrar el riesgo en mención”. Y es claro que ese principio general no ha sido aplicado de manera correcta por la práctica internacional, entidades públicas, clientes privados y en particular las instituciones financieras, se han convertido en agentes adversos a la carga de riesgos y generalmente requieren que los Constructores y diseñadores asuman mayores cargas de riesgo de aquellas que el principio antes mencionado pudiese sugerir⁵³.

⁵² Por ejemplo suministrando información completa e indicando cualquier cambio respecto de la parte primera.

⁵³ Charles C. MacDonald en Allocation of Risk in Major Infrastructure Projects – Why do we get it so wrong?

En ese sentido, la determinación de riesgos y su repartición juegan un papel preponderante en la estructuración económica y financiera del proyecto y en la determinación del precio que se habrá de pagar al Constructor de la obra. A mayor riesgo asumido por el Constructor de la obra, mayor será el precio que este requerirá para la construcción. Por ejemplo, si el contrato estipula que el Constructor deberá asumir todos y cada uno de los riesgos referentes a las condiciones físicas y geológicas del sitio en donde se desarrollará el proyecto, sin importar si las mismas son o no determinables, el Constructor deberá mesurar su propuesta económica o de precio de manera adecuada para cubrir ese riesgo que se le está imponiendo. Claro está, si no se presenta ninguna clase de condiciones físicas adversas durante la ejecución del proyecto, el Empleador estará pagando un precio por un riesgo que no existió.

La gran mayoría de formas contractuales establecen de manera clara la repartición del riesgo. Por ejemplo, en el Libro Rojo de FIDIC, el riesgo es compartido casi equitativamente por las partes, Empleador y Constructor, permitiendo claro esta que el precio varié en aquellos eventos en que condiciones que no eran razonablemente capaces de ser previstas surjan.

Ahora bien, tal y como lo mencionamos anteriormente, la práctica internacional ha desarrollado tres clases o métodos de determinación de la estructura económica del proyecto y del pago de prestaciones a los Constructores, estas son:

- **Sistema de Precio Alzado**

Este sistema consiste en que el Contratista recibe única y exclusivamente el precio fijado en el contrato independientemente de los gastos en que haya incurrido durante la ejecución del proyecto. El Empleador de esta manera reduce de manera significativa los riesgos que pudieren surgir durante la ejecución del proyecto como consecuencia de cambios en los precios de los productos o servicios que se están contratando.

Según este sistema el precio puede ser incrementado únicamente si se presentan circunstancias que no fueron previstas ni pudieron haberlo sido y que impiden la finalización del proyecto o hacen este excesivamente onerosa. En este sentido, la práctica judicial es excesivamente restrictiva y como regla general no permite ni autoriza los incrementos de precios en estos tipos de contratos⁵⁴. Es por ello que, como regla general, se estipula en el contrato una serie de eventos que pueden dar lugar a que el Constructor reciba sumas adicionales, por ejemplo, en aquellos eventos en los cuales los documentos de la licitación y los diseños no especifican claramente el trabajo a seguir o cuando se generan cambios en las obras necesarias para desarrollar el proyecto⁵⁵.

⁵⁴ Cámara de Comercio Internacional: Laudo en el asunto No 3267 de 1978, Laudo en el asunto No 4629 de 1989. Ver también el Laudo en el asunto No 7544 de 1995.

⁵⁵ Si bien bajo este sistema el precio es fijo, el precio del contrato podrá cambiar y de hecho cambiará gracias a los cambios en los reajustes de los precios de las materias primas, a los cambios de los trabajos como consecuencia de una disposición del Empleador. Brian W. Totterdill en FIDIC User's Guide, a practical guide to the 1999 red book.

- **Sistema de Unidad de Precio**

Bajo este sistema las partes acuerdan un precio por unidad de construcción y el valor total del contrato será la sumatoria de las unidades por el valor de la unidad. Cada unidad deberá igualmente incluir un valor que representa de manera clara el valor de la remuneración del Constructor. La unidad de precio pueden ser materiales de trabajo o materias primas o costos laborales, esto dependiendo de la estructura que se adopte mejor al proyecto.

Bajo este sistema el Empleador generalmente requerirá de parte del Constructor la elaboración de un listado de unidades y valores que consiste en una lista de las unidades de trabajo y el valor de cada uno de ellos. La elaboración de este listado de unidades y valores es el resultado de largos y complicados estudios y análisis sobre el diseño de la obra, las actividades requeridas para la obtención del producto final, la división de los trabajos o unidades que se deberán incluir en el documento final y el calculo de los valores de cada uno de los trabajos que se deberán adelantar para obtener el resultado final.

Puede que convenga adoptar el método de precio unitario, si en el momento de celebrar el contrato no es posible prever con exactitud la cantidad de materiales o de servicios de construcción que se necesitarán para una parte de la construcción, por este motivo las partes tiene dificultades para fijar un precio alzado. En la mayoría de los casos, este método sólo puede aplicarse combinándolo con otros métodos de fijación de precios, pues el método de precios unitarios no es adecuado para fijar el precio de aquellos elementos de la construcción que, por su naturaleza, no pueden dividirse en varias unidades idénticas⁵⁶.

- **Sistema de Costos Reembolsables**

En este sistema el precio que recibe el Contratista será aquel resultante de los gastos que este haya asumido en la ejecución del proyecto más una ganancia. Es evidente que bajo esta modalidad el Empleador acepta de manera expresa los riesgos inherentes al mayor valor en que se puede incurrir durante la construcción del proyecto ya que el precio es simplemente un estimado que no llega a contener valores reales toda vez que los costos podrán variar de acuerdo a la cantidad de trabajo requerida y a los posibles cambios que pueden generarse en los precios de las materia primas que se usaran en la ejecución de las obras. Igualmente es claro que el Constructor, bajo esta modalidad, se encontrara menos estimulado a realizar un control exhaustivo en los costos en que incurre, toda vez que su ganancia se encuentra de una u otra manera garantizada. No obstante desde el punto de vista del Constructor encontramos una aceptación expresa a ala remuneración estipulada, lo que de ninguna manera premia los mejores esfuerzos que este pueda hacer durante la ejecución del proyecto.

Tal vez el método de costos reembolsables convenga en determinado tipo de situaciones. Por ejemplo, cuando la cantidad de servicios de construcción o materiales o los tipos de equipo necesarios para la construcción no puedan ser determinables con exactitud al

⁵⁶ UNCITRAL, Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales. Pag 87

celebrar el contrato, o cuando la mayor parte de la construcción será efectuada por subContratistas y en el momento de celebrar el contrato se desconozcan los precios que estos cobrarán⁵⁷.

4.2 La Figura del Engineer

En un contrato internacional de construcción es una práctica reconocida el empleo por parte del dueño o Empleador de un Engineer o Interventor quien, en términos generales, ejecutará las funciones de un administrador del proyecto y ejecutará diversas tareas, entre ellas las siguientes⁵⁸:

- Evaluar la viabilidad del proyecto de construcción en todos sus aspectos técnicos, comerciales y financieros.
- Planear y supervisar el proyecto de construcción.
- Controlar los aspectos financieros y de la contabilidad del proyecto.

Debe tenerse muy claro que la existencia de esta figura no altera de manera alguna la estructura del contrato en cuanto a las partes que intervienen en el mismo, las partes siguen siendo el dueño del proyecto o Empleador y el Contratista o Constructor, de tal manera que el ingeniero no es parte en este contrato. La cláusula 1.1.2.4 del ya mencionado Libro Rojo⁵⁹ define al ingeniero como "la persona designada por el dueño del proyecto como Engineer para los propósitos del contrato". Por consiguiente, el Engineer solamente tiene relación contractual alguna con el dueño del proyecto.

En cumplimiento de sus deberes él Engineer actúa como agente del Empleador⁶⁰. Antes del inicio de las obras de la construcción, en buena parte de los proyectos, él es responsable del diseño del proyecto y de la preparación de los documentos del mismo, lo anterior, teniendo en cuenta que el Empleador generalmente carece de la experiencia y la idoneidad profesional para ejecutar este tipo de proyectos. Durante la ejecución de las obras él Engineer representa al Empleador frente al Contratista en la supervisión del proceso y en la toma de decisiones relevantes para el proyecto, tales como la aprobación de adiciones, omisiones y variaciones del trabajo. Igualmente, el Engineer tiene con frecuencia una función adicional, el esta en capacidad de determinar el valor del trabajo del Contratista y de expedir los correspondientes certificados de pago⁶¹, así como decidir sobre extensiones del tiempo y pagos adicionales que se pueden generar con motivo de las variaciones o retrasos en los trabajos.

Además, es usual encontrar que en gran parte de los proyectos se autoriza al Engineer para actuar como juez entre el Empleador y el Contratista en aquellos casos en que se presentan conflictos entre estas partes. No obstante ser nominado por el Empleador y si

⁵⁷ UNCITRAL, Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales. Pag 84

⁵⁸ El Libro Rojo de FIDIC, Conditions of Contract for Construction (1999 edition), en la Cláusula 3ra regula la figura del Engineer, sus funciones y reponsabilidades..

⁵⁹ FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999 edition).

⁶⁰ Ver Powell-Smith / Stephenson, *Civil Engineering Claims*, 2nd ed., p.11 refiriendose a la clausula 1(1)(c) de las ICE Conditions.

⁶¹ Ver por ejemplo el caso ingles *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727, 1 All ER 859.

bien su relación contractual es con el Empleador y no con el Constructor, el contrato generalmente estipula que el Engineer, en ejercicio de la facultad de decisión de los conflictos surgidos entre las partes, debe actuar imparcialmente⁶².

En uso de esta facultad de decisión, el Engineer debe emitir decisiones a favor de una u otra parte, decisiones que son generalmente muy fundamentadas y comprensivas y se convierten en finales y de acatamiento regular por las partes a menos que sean desafiadas por las mismas en un procedimiento arbitral⁶³. En el ejercicio de esta función el Engineer está bajo el deber de imparcialidad completa en el juicio o decisión⁶⁴.

Si bien la figura del Engineer es de gran uso, en los términos y condiciones antes señalados, la dicotomía de sus funciones ha generado una discusión intensiva entre los juristas con una formación en la ley común, que utilizan extensamente el sistema descrito y los juristas con un fondo de la ley continental o civil, que desapruaban generalmente este modelo⁶⁵. La discusión surge ya que el Engineer como juez o arbitro encargado de la decisión de las disputas surgidas entre las partes debe decidir una disputa en la cual su Empleador es parte, por lo cual se señala por los detractores de la figura, que no existe independencia absoluta en la toma de las decisiones.

No se puede negar que la relación del Engineer y el Empleador es muy cercana, puesto que él ha actuado como consejero antes de la construcción y sus servicios para el proyecto son remunerados únicamente por el Empleador. Además, es normal que para la toma de las decisiones el Engineer deba o tenga que consultar al Empleador u obtener su aprobación específica antes de proferir cualquier decisión. Para los jueces continentales esta asociación con el Empleador y la alegada carencia de independencia imposibilita al Engineer jugar el papel de un juez imparcial.

La solución de los conflictos que se presentan entre el Empleador y el Contratista era uno de los deberes del Engineer bajo edición anterior de las condiciones de FIDIC (cláusula 67), según las cuales este debía actuar como juez y decidir imparcialmente sobre la materia en conflicto. La decisión proferida por el Engineer, a menos que fue revisada por cuerpo arbitral constituido en los términos señalados en la cláusula 67.1 de las condiciones de FIDIC (1989) era definitiva y vinculante para ambas partes.

Teniendo en cuenta la existencia de una necesidad clara e inequívoca de solucionar el conflicto que se suscito respecto de la independencia del Engineer, FIDIC, en el Libro Rojo, edición de 1999, ha resuelto que las disputas generadas por las partes, luego de la intervención del Engineer, deberán ser resueltas por un Concejo de Resolución de Disputas, nominado en los términos de la cláusula 20.4. Ese Concejo de Resolución de Disputas decide los conflictos que surjan entre las partes "en conexión con el contrato o la ejecución de los trabajos", incluyendo cualquier conflicto en cuanto a certificados, las

⁶² Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, pag 528.

⁶³ En FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999 edition), la Cláusula 20 estipula el procedimiento aplicable para aquellos casos en los cuales se presentan disputas entre las partes..

⁶⁴ See Bunni, The FIDIC Form of Contract, 2nd ed., p. 81. In FIDIC, Guide to the Use of FIDIC (Red Book), 4th ed.

⁶⁵ Powell-Smith / Stephenson, supra, note 2, pp. 12 et seq.

determinaciones, las instrucciones, las opiniones y las valuaciones del ingeniero antes del comienzo de los procedimientos arbitrales. El Concejo de Resolución de Disputas será designado por las partes y estará compuesto por tres personas generalmente.

4.3 Variaciones

La gran mayoría de los contratos internacionales de construcción incluyen una cláusula que permite a las partes involucradas en el contrato modificar los términos del contrato mismo en cuanto a las obras que han de realizarse. A ello le llamamos modificaciones o variaciones en las construcciones.

La expresión “modificación en la construcción” se utiliza para designar los cambios introducidos en algún aspecto de la construcción de las instalaciones respecto a lo inicialmente previsto en los documentos originales del contrato, tales como cambios en el objetivo de la construcción o las características técnicas del equipo o los materiales que habrán de incorporarse en las instalaciones o un cambio en los servicios de construcción previstos en las especificaciones, planos y requisitos técnicos de las instalaciones⁶⁶.

Ese es el caso de la Cláusula 13.1 del Libro Rojo, la cual establece el derecho que existe en cabeza del Empleador de modificar las cantidades de trabajo indicadas en el contrato, la calidad de los materiales usados o en las obras, las dimensiones o tamaño de las obras o los tiempos en los cuales deberán ser ejecutadas las obras⁶⁷. De igual manera se estipula la obligación en cabeza del Constructor de cumplir con las ordenes de variación que le sean entregadas por el Engineer.

Ahora bien, es igualmente común encontrar que los contratos prevean un procedimiento para notificar al Constructor de las ordenes de variación⁶⁸ y para aquellos eventos en los cuales el Constructor no se encuentra en capacidad de ejecutar las mencionadas variaciones, ya sea por razones técnicas o económicas⁶⁹. En ese sentido, el Libro Rojo⁷⁰ señala que el Constructor deberá ejecutar la variación a menos que de pronta noticia acerca de la imposibilidad de ejecutar las obras o obtener los materiales necesarios para adelantar la variación. Una vez recibida la noticia el Engineer deberá ratificar la orden de variación, modificarla o cancelarla.

Según lo previsto en la Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales de la UNCITRAL, en el contrato debería introducirse una cláusula que contenga una enumeración de motivos que podrá aducir el Contratista para oponerse a una variación o modificación. A manera de ejemplo se citan 3 casos:

- a. Si los medios requeridos para introducir la modificación o variación exceden la capacidad del Contratista;

⁶⁶ UNCITRAL, Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales

⁶⁷ A manera de ejemplo.

⁶⁸ Libro Rojo Cláusula 13.3

⁶⁹ El constructor no podrá objetar una orden de variación alegando dificultades en la búsqueda de personal obrero o administrativo. Brian W. Totterdill, *Fidic User's Guide, a practical guide to the 1999 Red Book*

⁷⁰ Cláusula 13.1

- b. Si la introducción de la modificación impide que el Contratista pueda cumplir con cualquiera de sus otras obligaciones derivadas del contrato o interfiere indebidamente con el cumplimiento de esas obligaciones;
- c. Si la introducción de la modificación impide el logro de las metas de rendimiento garantizadas por el Contratista⁷¹.

El Engineer tiene la posibilidad de iniciar o dar una orden de variación ya sea directamente dando la orden o solicitándole al Constructor que entregue una propuesta de variación, caso en el cual el proceso se hace más amigable ya que involucra de manera directa la capacidad profesional y el buen criterio del Constructor.

Vale la pena mencionar que la orden de variación en la mayoría de los casos genera, de igual manera, una variación en el precio del contrato. En algunos casos, la modificación en la construcción solicitada por el Empleador puede ocasionar al Contratista costos en la construcción superiores a los que había previsto al celebrar el contrato⁷². Esta elevación del costo puede resultar de la necesidad de suministrar equipo, materiales o servicios complementarios o más costosos de los previstos en el contrato. Es por ello que el contrato debe señalar expresamente la manera, forma o procedimiento que se seguirá para determinar el valor de cada una de las variaciones propuestas al Constructor. En algunos eventos el contrato mismo incluye directamente los precios de las variaciones o de las nuevas obras que se pueden encomendar. Ahora bien, en aquellos eventos en que no existe estipulación alguna respecto de la forma en que se deben establecer los precios de las variaciones el Engineer determinará directamente el precio y si el Constructor no está de acuerdo con el mismo, deberá iniciar el trámite de resolución de controversias en la forma que se estipule en el contrato⁷³. Esta situación, sin embargo, puede ser prevenida mediante la estipulación de sumas provisionales para cada trabajo en el contrato mismo. Una suma provisional es definida como una suma de dinero que se encuentra incluida en el precio del contrato y que ha sido adjudicada a una parte específica de las obras, materiales o servicios, según lo señalado en el contrato⁷⁴.

Vale la pena mencionar que en la ejecución de un contrato de construcción es poco común que las cantidades de los trabajos ejecutados correspondan exactamente a las cantidades previstas inicialmente. Además, los contratos con precios sujetos a ajuste dan lugar a variaciones de los precios unitarios durante la ejecución de los trabajos. Para hacer frente a estos imprevistos físicos y económicos, el Contratante normalmente debe contemplar, en el momento de la firma del Contrato, no solo un financiamiento que cubra el Precio del Contrato sino también una suma provisional que constituya una reserva para imprevistos físicos y económicos. La suma provisional se debe calcular sobre la base de las variaciones globales consideradas normales en la ejecución del tipo de trabajos considerados (a menudo de 5% a 10%) en el caso de los imprevistos físicos, y sobre la

⁷¹ Página 268.

⁷² En estos casos se aplicará el trámite previsto para el reajuste del precio, según lo que se señale en el contrato, caso contrario, el Engineer al momento de ordenar la variación podrá de igual manera ordenar la provisión de fondos destinada a esas variaciones.

⁷³ Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, pag 526.

⁷⁴ Brian W. Totterdill, Fidic User's Guide, a practical guide to the 1999 Red Book, pag 181.

base de las variaciones de precios que se puedan prever en función de la inflación nacional e internacional, en el caso de los imprevistos económicos⁷⁵.

Esta suma provisional comprometida debe ser administrada en forma dinámica durante la ejecución de las obras. A medida que avance la ejecución y se paguen distintas partes de las obras, la suma provisional se debe reducir para tener en cuenta las variaciones que ya se hayan concretado en las partes ejecutadas y cubrir solamente la incertidumbre relativa a los trabajos que aún no se hayan efectuado.

4.4 Demoras en las Obras y Extensiones de Tiempo.

Cada proyecto de construcción tiene un calendario de labores que determina de manera clara y específica las secuencias y tiempos que deberán ser seguidos por el Contratista durante la construcción de la obra. Conviene que el contrato contenga un calendario que establezca el orden que habrá de seguirse durante la construcción, ya que estos calendarios permiten determinar de una manera eficiente cual es el estado de las obras en determinados periodos de tiempo y la fecha de entrega. Para el dueño de la obra o Empleador, estos calendarios responden a la pregunta básica más importante, cuando será terminada la obra? Para el Constructor y administrador de la obra estos calendarios permiten administrar el proyecto de una manera más clara y eficaz⁷⁶.

Desafortunadamente, es muy raro encontrar un proyecto de construcción que cumpla en un cien por ciento con lo establecido en los calendarios, en la mayoría de los casos se presentan imprevistos o circunstancias que de una u otra manera alteran de manera significativa el normal desarrollo de las obras. Eventos relacionados con cambios climáticos, problemas de seguridad, conflictos entre las partes son el pan de cada día que afectan el normal desarrollo del proyecto y en la gran mayoría de los casos esas circunstancias generan demoras significativas en la realización de una parte de la obra, demora que a su vez puede originar el retraso del proyecto entero⁷⁷.

Es por ello, que los documentos contractuales deben determinar de manera directa, o por lo menos la forma de determinar quienes son los responsables por las demoras en cuestión y a su vez quien debe asumir el riesgo de esas demoras. En ese sentido se deben señalar los eventos en que el Constructor de la obra es el responsable por las demoras, si lo es, y si esta parte tiene derecho a una extensión del tiempo que se le ha otorgado para la construcción de las obras.

Como regla general, si la demora o retraso es causado por un acto u omisión del dueño de la obra, el Constructor tendrá derecho a una extensión de tiempo y a que se le restablezcan los gastos en que incurrirá por la demora. Sin embargo, existen formas

⁷⁵ Banco Mundial, Documentos Estándar de Licitación, Contratación de Obras Mayores, Derecho Civil, 1996.

⁷⁶ Timothy S. Fisher, Top Ten Most Important Clauses of a Construction Contract. Defense Counsel Journal, Julio de 2005.

⁷⁷ Es bastante frecuente encontrar proyectos en los cuales una parte de las obras son ejecutadas por una parte y lo restante por otra, de manera tal que si la parte que debe culminar con la primera etapa del proyecto se retrasa por cualquier motivo o circunstancia, la segunda parte no será iniciada de acuerdo a lo señalado en el calendario.

contractuales que restringen de manera directa el derecho que puede tener el Constructor a que le sean reparados los daños⁷⁸.

Otro punto fundamental que se debe resaltar es que las extensiones de tiempo se otorgan en aquellos casos en que el contrato lo autoriza, es decir, únicamente en cumplimiento de una orden contractual. Si la demora es causada por un evento que no se encuentra contemplado de manera directa en el contrato, entonces el Constructor no tendrá derecho a reclamar el derecho a una extensión de tiempo⁷⁹. Por ejemplo, en un caso inglés, la Corte suprema de Justicia declaró que el poder para extender el tiempo de construcción como consecuencia de demoras causadas por ordenes de trabajo extra sólo eran otorgable en aquellos casos en que el trabajo extra fue ordenado de acuerdo a lo estipulado en el contrato y no en aquellos casos en que no se surtió el procedimiento para el trabajo extra o variaciones de acuerdo a las disposiciones del contrato⁸⁰.

En teoría, es siempre el Constructor el que solicita la prórroga o extensión de tiempo, luego es este, en definitiva, quien debe probar que la demora ha sido causada por un evento o situación que da lugar a la extensión del tiempo.

Igualmente, el contrato puede obligar al Contratista a notificar rápidamente o dentro de un determinado periodo de tiempo cualquier hecho que el Constructor pretende alegar para hacer valer el derecho a una extensión de tiempo. Además, se puede obligar al Contratista a notificar al adquiriente la prórroga que necesite apenas este en condiciones de hacerlo⁸¹.

Ahora bien, vale la pena mencionar los tipos de demoras que han sido identificadas por la práctica internacional como aquellas que generan el derecho en cabeza del Constructor a una prórroga o extensión de tiempo. En ese sentido mencionaremos primero las llamadas demoras inexcusables, que son aquellas que son causadas directa, o indirectamente, por el Constructor o sus subContratistas y como tal, no otorgan la posibilidad para el Constructor o Contratista de obtener una extensión de tiempo. Ejemplos de estas demoras inexcusables son las causadas por problemas o inconvenientes en los equipos, trabajo lento, falta de coordinación o deficiencias en la coordinación y administración del proyecto.

Se contraponen a las anteriores las llamadas demoras excusables, que son aquellas que están por fuera de la esfera de control de cualquiera de las partes que intervienen en el proyecto. Entre estas se pueden mencionar situaciones relacionadas con los cambios climáticos, conflictos laborales, falta o carencia de suministro de los materiales necesarios para adelantar las obras, conflictos armados o civiles. Ante la ocurrencia de alguno de

⁷⁸ Timothy S. Fisher, Top Ten Most Important Clauses of a Construction Contract. Defense Counsel Journal, Julio de 2005.

⁷⁹ Jonh Murdoch, Construction Contracts, Law and Management, Pag 186.

⁸⁰ Murdoch vs Luckie (1897) 15 NZLR 296.

⁸¹ UNCITRAL, Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales. Pag 122.

estos hechos o circunstancias el dueño de la obra se encuentra, en la mayoría de los casos, obligado a otorgar al Constructor una prórroga o extensión de tiempo⁸².

Otros tipos de demoras que han sido identificados por la doctrina son las denominadas “demoras compensables”, que son aquellas en las cuales el dueño del proyecto o Empleador como consecuencia de la demora se encuentra obligado a otorgar al Constructor una prórroga en el tiempo o plazo de construcción y a su vez, una compensación por la demora. Ejemplos de estas pueden ser los cambios en el diseño o errores en el mismo que generan una demora en el proceso, interferencia en el sitio o lugar donde se debe adelantar la construcción, la incapacidad del dueño del proyecto de obtener los permisos y licencias necesarios.

En lo que tiene que ver con las formas contractuales modelo, encontramos que el Libro Rojo de FIDIC, establece de manera clara los eventos que pueden generar demoras al proyecto y los casos y el procedimiento aplicable a las extensiones de tiempo que se le puedan otorgar al Constructor con motivo de esas demoras. Es así como la cláusula octava del contrato estipula tres eventos fundamentales relacionados con el periodo durante el cual el Constructor deberá adelantar y ejecutar las obras, ellos son:

- La fecha de inicio y la duración del periodo del contrato (sub-cláusula 8.1 y 8.3)
- El programa de trabajo, las demoras y extensiones de tiempo (sub-cláusula 8.4 y 8.7)
- La suspensión de los trabajos por ordenes del Engineer (sub-cláusula 8.8 y 8.12)

De acuerdo a lo estipulado en la Sub-cláusula 8.3 el Constructor esta obligado a notificar al Engineer acerca de cualquier evento o circunstancia que pueda afectar de manera adversa el progreso de las obras. Esa noticia tiene como propósito general otorgar la posibilidad al Engineer de tomar las medidas necesarias o conducentes a solucionar el problema en mención antes de que el mismo se materialice y afecte de manera significativa el proyecto. De igual manera se establece la posibilidad para el Engineer de solicitarle al Constructor la información necesaria y posibles propuestas, con estimación de precios, para la solución de el o los problemas.

Por su parte la Sub-cláusula 8.4 establece los eventos que dan lugar a una extensión de tiempo a favor del Contratista. Los eventos señalados de manera taxativa en ese modelo contractual son las siguientes:

- Una orden de variación o cualquier orden de cambio de los trabajos estipulados inicialmente en el contrato;
- Condiciones climáticas adversas;
- Falta de suministro de los materias primas necesarias para el desarrollo de las obras o la falta de personal causado por epidemias o acciones gubernamentales;
- Cualquier demora causada por el dueño de la obra, su personal, incluido el Engineer, o cualquier otro Contratista que se encuentre adelantando trabajos en el sitio de las obra.

⁸² Timothy S. Fisher, Top Ten Most Important Clauses of a Construction Contract. Defense Counsel Journal, Julio de 2005.

De igual manera se incluyen otro tipo de circunstancias que darían lugar a la extensión de tiempo y que se encuentran enumeradas en otras partes del contrato, entre ellas tenemos:

- Demora en la entrega de los diseños o instrucciones;
- Demora en otorgar el derecho al ingreso en el sitio de las obras;
- Condiciones físicas no previsible;
- El descubrimiento de fósiles;
- Pruebas sobre la construcción;
- Interferencias con los test de culminación;
- Ajustes o cambios en la legislación;
- Casos de fuerza mayor.

Vale la pena mencionar que la ocurrencia de cualquiera de estos eventos no garantiza que el Constructor recibirá de manera directa la extensión del tiempo, el Constructor se encuentra obligado a probar o demostrar que el hecho que se esta invocando generará de manera material una demora en las obras o en el programa de construcción que se había planteado inicialmente. De igual manera deberá adelantar el trámite correspondiente para adelantar la extensión del tiempo, trámite que se encuentra previsto en la Cláusula 20 del contrato.

4.5 Resolución de Disputas

Las cláusulas sobre resolución de conflictos y arbitramento en los contratos internacionales de construcción son de gran relevancia si se tiene en cuenta la naturaleza de la actividad, la cantidad de prestaciones que se presentan en este tipo de contratos, los largos periodos de tiempo en que se realizan las obras y la naturaleza internacional de las partes contratantes.

Los asuntos materia de los litigios relacionados con los Contratos Internacionales de Construcción se encuentran relacionados generalmente con problemas técnicos, las técnicas y tecnologías involucradas en los contratos de construcción son difíciles de entender y sujetas siempre a cambios. Es por ello que estos asuntos técnicos ofrecen siempre lugar a argumentaciones y conflictos entre las partes. Es por ello que los contratos de construcción internacional han evolucionado significativamente en lo que respecta a la resolución de conflictos y hoy en día podemos decir que estas cláusulas establecen de manera particular la forma y procedimiento que las partes deben adoptar al momento de resolver los conflictos que surjan entre las mismas⁸³.

Teniendo en cuenta que esas formas y procedimientos contractuales de una u otra manera se convierten en métodos alternativos de solución de conflictos, los mismos pueden y deben ser regulados de alguna manera por la legislación interna de los países,

⁸³ En ese sentido debemos mencionar el desarrollo que en la materia ha sufrido el llamado Libro Rojo. Tal y como lo mencionamos anteriormente, esta forma contractual en 1999, fecha en la cual se publicó su última edición, paso de utilizar al Engineer como persona idónea para resolver los conflictos surgidos entre el Empleador y contratista, a utilizar a un órgano colegiado, mejor llamado, Consejo de Resolución de Disputas.

ese es el caso del Reino Unido, en donde la Housing Grants, Construction and Regeneration Act of 1996, señala de manera particular, los requisitos que deberán contener este tipo de cláusulas. Bajo los preceptos de la mencionada norma, si un contrato de construcción, sea este nacional o internacional, contiene una provisión acerca de la adjudicación de conflictos entre las partes, dicha provisión deberá cumplir con ocho requerimientos básicos para ser considerada legal o aceptable por la norma. Si bien dicha disposición no se encuentra inmersa en otras legislaciones, en la opinión del autor, los parámetros establecidos nos dan un buen ejemplo acerca del contenido ideal de una disposición contractual respecto de la resolución de conflictos. Los requerimientos son los siguientes

- Debe permitir a las partes un término prudente para referir sus disputas al consejo o tribunal que se establezca en el contrato;
- Debe establecer un cronograma de trabajo, en donde se especifiquen claramente los términos aplicables al procedimiento;
- Debe establecerle términos específicos a los adjudicadores para la toma de las decisiones;
- Imponer la obligación de actuar imparcialmente;
- Debe permitir a los adjudicadores establecer claramente los hechos y la ley aplicable;
- Debe establecer que la decisión de los adjudicadores es definitiva y de obligatorio cumplimiento en aquellos eventos en que no es impugnada por las partes;
- No debe establecer responsabilidad alguna en cabeza de los adjudicadores por las decisiones que estos profieran.

Ahora bien, el Libro Rojo establece tal vez, uno de los procedimientos o medidas más adecuados para la resolución de controversias entre las partes en el contrato de construcción internacional. Ese procedimiento se encuentra regulado de manera particular en la Cláusula 20 del contrato y consta de tres etapas principales. Una primera etapa en la cual la controversia ha de ser resuelta por el Engineer en un periodo que no podrá exceder de 84 días, contados a partir del momento en que alguna de las partes interpone la reclamación. Si la decisión del Engineer no es aceptable para alguna de las partes, la parte inconforme deberá solicitar la intervención del Consejo de Resolución de Disputas, quien deberá proferir su decisión dentro de los 84 días siguientes a la solicitud. Sí, una vez conocida la decisión del Consejo de Resolución de Disputas, la misma no satisface el interés de alguna de las partes y la misma no se encuentra conforme, deberá acudir al arbitramento, informando como primera medida a la otra parte y al Consejo acerca de la insatisfacción frente a la decisión. Si no se presenta la noticia o aviso de no satisfacción, la decisión del Consejo será definitiva y de obligatorio cumplimiento para las partes.

De igual manera el Libro Rojo adicionalmente establece de manera detalla el procedimiento que se deberá seguir para la conformación del Consejo de Resolución de Disputas. La Cláusula 20.2 del contrato establece que el Consejo estará compuesto por una o tres personas calificadas según lo dispuesto por las partes, si las partes no dispusieron nada acerca del número serán tres los miembros. Si el Consejo esta compuesto por tres miembros, las partes deberán nombrar un miembro cada una y el

tercero será nombrado por mutuo acuerdo de las partes y a su vez tendrá la calidad de presidente del Consejo.

Igualmente, se establece la posibilidad de incluir en el contrato mismo, una lista de los posibles candidatos al Consejo. Esto va en concordancia con los avances que en la materia ha tenido la Cámara de Comercio Internacional en materia de nombramiento de árbitros para los procesos sobre contratos de Construcción Internacional. Como lo mencionamos anteriormente, en 1986, el tribunal de arbitraje de la CCI, en colaboración con FIDIC y la EIC (European International Constructors), elaboraron unos listados de profesionales propuestos por esas organizaciones para actuar como árbitros en las disputas derivadas de esos contratos.

El procedimiento ante el Consejo de Resolución de Disputas, como lo mencionamos anteriormente, se inicia con la denuncia de alguna de las partes respecto de un hecho o circunstancia que ya ha sido decidido en primera instancia por el Engineer. Una vez recibida la solicitud el Consejo determinará el lugar en donde las audiencias y procedimientos se llevarán a cabo. Generalmente las partes señalarán sus posiciones en documentos y en algunos eventos se convendrá la realización de audiencias que, en la mayoría de los casos no serán presididas por abogados sino por Ingenieros. Una vez finalizadas las audiencias, el Consejo tomará su decisión lo más pronto posible, generalmente dentro de las dos o tres semanas siguientes. La mayoría de las decisiones son tomadas por mayoría, a menos que el contrato disponga algo diferente.

En algunos eventos, las partes pueden solicitar la colaboración del Consejo como consejero y para que de una opinión respecto de temas concretos. Esto permite de alguna manera que las partes se ahorren el trámite mencionado anteriormente, ya que las mismas poseen de antemano la opinión del Consejo en temas puntuales. Igualmente puede colaborar de antemano en la resolución de problemas contractuales que surgen desde el contrato mismo y que de no ser solucionadas podrían dar lugar a un sinnúmero de controversias⁸⁴.

Ese método de resolución de controversias sin lugar a dudas permite un manejo más eficiente de las disputas que se generan con motivo de las obras o de la ejecución del contrato en general. Si bien muchos de los casos que pasan por los Consejos de Resolución de Controversias llegan al arbitramento, es muy claro que la decisión del Consejo es un muy buen indicativo de la posición que podrían adoptar los tribunales en su debido momento, razón por la cual en gran parte de los casos, las partes se abstienen de referir sus disputas al arbitramento.

5. Consideraciones Finales.

A manera de conclusión, considero importante señalar lo siguiente:

- Es evidente que la *Lex Mercatoria* ha sufrido una evolución importante y hoy en día sufre un proceso de especialización de sus preceptos, proceso que se ha surtido de manera adecuada en el ámbito de la construcción internacional en donde es evidente

⁸⁴ Dispute Resolution Boards by Peter Chapman - 15 May 2001, reported by Roderick O'Driscoll.

el surgimiento de reglas, usos y prácticas propias de este ramo y que han dado lugar a la existencia de lo que hoy es llamado como el *Ius Ingenorum* o la *Lex Mercatoria* de la Construcción Internacional;

- El llamado *Ius Ingenorum* es un grupo de usos, prácticas y costumbres propias del ramo de los contratos de construcción internacional, que se alimenta fundamentalmente de las prácticas propias de los participantes en ese mercado, de los contratos modelo y de las múltiples decisiones que en la materia se presentan en el arbitramento internacional y en las cortes de los diferentes países;
- Es evidente que el contrato internacional de construcción posee unos elementos propios y unas cláusulas particulares para ese tipo de contratos, cláusulas que han sido desarrolladas por los participantes en la ejecución de proyectos internacionales de construcción y que han sido interpretadas casi sistemáticamente por las cortes y tribunales de arbitramento a nivel internacional;
- Teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente, es lógico señalar que el derecho de los contratos internacionales de construcción es un derecho autónomo, generador de reglas, usos y prácticas propias de este ramo e independientes de las otras ramas del derecho comercial internacional