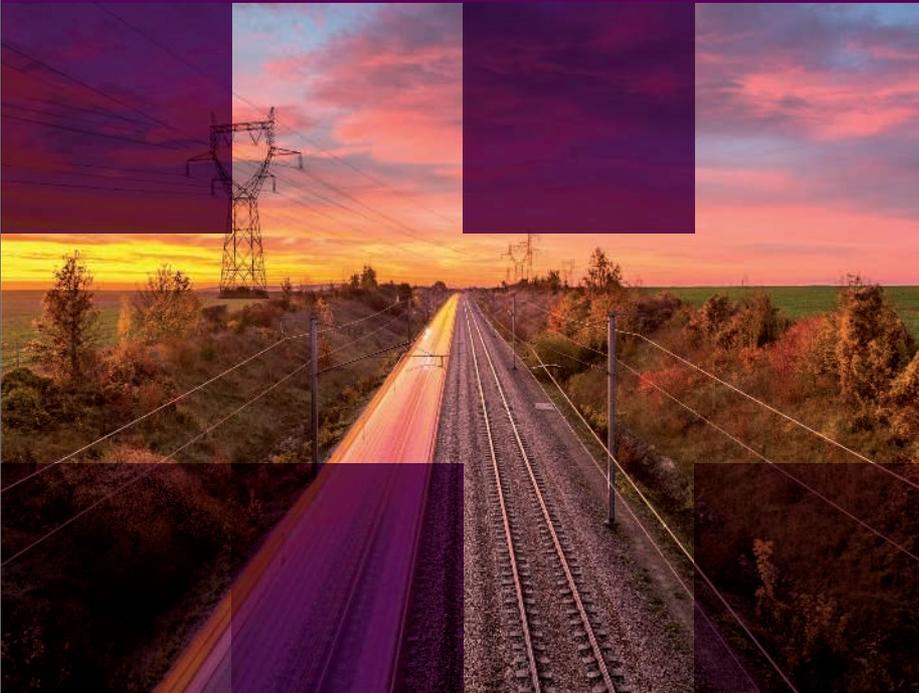


Los contratos internacionales de construcción. FIDIC



Ignacio de Almagro

Lukas Klee



International Federation of Consulting Engineers
The Global Voice of Consulting Engineers
® All by kind permission of FIDIC



Wolters Kluwer

Los contratos internacionales de construcción. FIDIC

Ignacio de Almagro

Lukas Klee



International Federation of Consulting Engineers
The Global Voice of Consulting Engineers
© by kind permission of FIDIC



Wolters Kluwer

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones gratuitas de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Ignacio de Almagro y Lukas Klee**, 2017

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: octubre 2017

Depósito legal: M-28281-2017

I.S.B.N.: 978-84-15651-59-8 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-15651-60-4 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

Esta lista no es exhaustiva, pero es suficientemente clarificadora sobre la existencia de diferencias que hay que conocer. Por razones de espacio, nos vamos a limitar aquí a analizar solo algunas de ellas.

8.1. Cláusula penal e indemnización por retrasos

Por **Liquidated damages** se entiende una cantidad negociada y acordada contractualmente, establecida como compensación económica en caso de incumplimiento. El monto compensatorio debe ser genuino, no debe esconder una penalización, y debe calcularse antes de la firma del contrato. Esta cantidad está destinada a indemnizar a la parte afectada de manera que se encuentre en la misma posición en la que estaba antes del incumplimiento de la otra parte. El objetivo de esta cláusula es facilitar una compensación justa sobre daños que son difíciles de cuantificar o probar cuando ocurren. Si la cantidad acordada se determina excesiva por parte de un juez se entiende que es una cláusula penal (*penalty clause*), y no sería ejecutable en un sistema de Derecho Común. También funciona como un límite máximo de responsabilidad por parte del deudor. De esta manera, la parte afectada no podría solicitar más que lo acordado en el contrato.

Si la cláusula sobre *Liquidated Damages* no resulta aceptable para un juez, la parte afectada podrá perseguir un resarcimiento por otros medios legales, pero no en aplicación del remedio contractual, automático, que se había previsto. Por ello, la cantidad, que suele ser una cantidad diaria para caso de incumplimiento, debe ser lo más ajustada posible para cubrir el daño efectivo que se había previsto. No cabe ni beneficio, ni penalidad.

En Derecho Común, el caso que sentó las bases para diferenciar entre *Liquidated Damages* y Cláusula Penal, fue el *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage & Motor Co [1915] AC 79*.

Brevemente, en este caso se determinó que la esencia de una penalidad es el pago de una cantidad establecida *in terrorem* de la parte incumplidora; mientras que la esencia de los *liquidated damages* es una estimación adecuada (*a genuine pre-estimate*) de un daño, efectuada dicha estimación en el momento de la creación del contrato, no en el momento del incumplimiento.

En *Dunlop* contra *New Garage* se citaba el caso *Clydebank Engineering Co v Castaneda: HL 19 Nov 1904*, fácil de recordar para los españoles y cubanos porque tuvo cierta relación con la Guerra entre los Estados Unidos y España en 1898. La Armada Española había encargado cuatro torpederos a unos astilleros escoceses. La entrega fue tardía e impidió que los barcos tomaran parte en las hostilidades. El contrato establecía una indemnización por retrasos de 500 libras esterlinas por cada semana de demora. La House of Lords reconoció el derecho del gobierno español a la indemnización como *Liquidated Damages*, incluso aunque el contrato utilizaba la palabra «penalty», y no *Liquidated Damages*. La House of Lords determinó que el contenido de la cláusula no era una penalidad, entre otros motivos por la dificultad de la prueba del daño, y porque no se consideraba que el gobierno español hubiese negociado la indemnización desde una posición de fuerza, toda vez que, además, la suma indemnizatoria había sido sugerida

por los propios astilleros. Este caso nos recuerda que en derecho hay que estar al contenido de lo definido, y no quedarse en la mera palabra que se utiliza para nombrar las cosas. Así como un contrato en el que se estipula un alquiler de una vivienda durante tres años a cambio de una cantidad mensual es un contrato de alquiler, aunque el documento en que se contenga se titule compraventa, una cláusula penal, puede no ser siempre una cláusula penal, y viceversa.

Dentro de los Estados Unidos, el tratamiento judicial de esta cláusula puede tener pequeñas variaciones ente los distintos estados pero, básicamente, los tribunales consideran: primero, si el perjuicio sufrido es efectivamente difícil de calcular; segundo, si la cantidad estipulada como indemnización está razonablemente proporcionada al perjuicio causado o anticipado. Si no, se considera una cláusula penal, contraria al orden público (*public policy*) y por tanto no ejecutable, ilegal, y se tiene por no puesta en el contrato. Un caso muy debatido es *Lake River Corp. v Carborundum Co.*¹, en el que Lake River, del estado de Illinois, realizó inversiones para satisfacer los requerimientos de su cliente, Carborundum—compró nueva maquinaria para empaquetar materiales propiedad de Carborundum— con la condición de que se acordase una cláusula de «liquidated damages» por la que se indemnizase a Lake River si Carborundum no utilizaba una determinada cantidad mínima de materiales. La cláusula se introdujo en el contrato, pero exigía un monto indemnizatorio igual a la cantidad que Carborundum hubiera tenido que pagar si hubiese continuado utilizando los servicios de Lake River hasta la cantidad de materiales tomada como referencia. Es decir, el cálculo de los liquidated damages no tuvo en cuenta el hecho de que Lake River iba a dejar de incurrir en costos ante el incumplimiento de Carborundum y el tribunal consideró el monto indemnizatorio una penalidad, y no un cálculo estimativo de perjuicios.

Una excepción dentro de los países del *Common Law* es la India, donde la cláusula penal sí está permitida. (*Indian Contracts Act, Section 74*).

En sistemas de Derecho Continental, tradicionalmente se han permitido las cláusulas penales, pero es posible que un juez pueda limitar el alcance de las mismas, es decir, el monto indemnizatorio, si se considera excesivo. España no ha seguido esta tendencia y la cláusula penal, también llamada pena convencional, que se considera una garantía de cumplimiento, puede ser limitada en el monto indemnizatorio por un juez solo si parte de la obligación ya se había cumplido, o el cumplimiento fue defectuoso, por ejemplo, un retraso en el pago (artículo 1154 del Código Civil). Pero, de acuerdo con el Código Civil, no se prevé la reducción del monto por razón de que se considere excesivo. En España, la cláusula penal sustituye a la indemnización por daños y perjuicios, a no ser que se haya pactado expresamente en el contrato la posibilidad de exigir las dos; es decir, la cláusula penal, por un lado, y la indemnización por daños y perjuicios, por otro lado.

Los *Liquidated Damages* también funcionan en Derecho Común como un mecanismo de limitación de responsabilidad, de manera que la parte culposa conoce a priori el límite máximo de su responsabilidad. En jurisdicciones de Derecho Continental, las partes no siempre pueden negociar este límite máximo. Por ejemplo, la **responsabili-**

1. 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985)

dad decenal opera en todo caso, aunque las partes no la mencionen en el contrato, porque legalmente no pueden disponer sobre ella. La responsabilidad decenal, que es una responsabilidad por defectos sobre los construido que se extiende hasta diez años después de la entrega, es generalmente desconocida en jurisdicciones de Derecho Común. Muchas empresas con origen en países de Derecho Común se encuentran con el problema de que no han cubierto sus riesgos por responsabilidad decenal en países como Qatar, que la exige legalmente y donde se están construyendo numerosas instalaciones e infraestructuras de cara a la Copa del Mundo de fútbol del 2022.

Precisamente Qatar es uno de los varios países en que existe un máximo legal para los *Liquidated Damages* pactados en contratos con el gobierno, ministerios, etc., que no puede ser más del 10% del valor del contrato.

Delay damages es un tipo de *Liquidated Damages* que se activa al tener lugar un retraso o demora. Suele estipularse como una cantidad diaria. Se le aplican los límites de los *Liquidated Damages*. Además, pueden verse afectados por la existencia de **concurrent delays** cuando ambas partes son responsables de retrasos, cada uno independientemente, pero que pueden incidir el uno en el otro. Es un área de reclamaciones extremadamente compleja, para la que pueden servir especializados de apoyo como el *SCL Protocol (Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol)*.

Cuando los retrasos son causados por el Empleador, el contratista normalmente tendrá derecho a un aumento del plazo de terminación de la obra; en inglés: *Extension of Time* (EOT).

El EOT, aumento del plazo de terminación de la obra, es en realidad una defensa del Empleador para evitar que el contrato deje de tener un plazo fijo de finalización. El beneficio para el contratista es que queda liberado de indemnizar por retraso durante el tiempo de prolongación y permite la reprogramación de las obras hasta la nueva fecha de finalización de las mismas. La expresión inglesa es: **Time at Large**. Cuando el contrato deja de tener un plazo determinado, la cláusula sobre indemnizaciones por retraso (*Delay damages clause*) deja de tener vigor.

8.2. Fitness for Purpose

La *fitness for purpose* es una obligación de resultado, de «adecuación al propósito de la obra» o «aptitud para un fin determinado», a veces exigida claramente en los contratos, a veces sólo implícita. Puede estar referida a parámetros de utilización, ciclo de vida, resistencia, etc.

Muchos contratistas son contrarios a aceptar esta obligación en sus contratos porque la responsabilidad es más estricta; si la obra no es *fit for the purpose*, el contratista o el proyectista del diseño (*designer*) puede ser responsable incluso aunque no haya sido negligente. Esto suele ser un problema añadido para los seguros. La mayoría de las pólizas de seguro cubren al contratista por negligencia profesional, por el *standard of care*, pero si el contratista acepta una obligación de *fitness for purpose* y por tanto la posibilidad de responder de un fallo en el proyecto, aunque no haya sido negligente, entonces se deberá normalmente contratar un seguro extra, que puede ser muy costoso.

La mayoría de las *professional indemnity insurance* PI, excluyen la cobertura de *fitness for purpose*.

De acuerdo con la ley inglesa, si un contrato no dice nada, expresamente o de manera implícita, sobre la obligación de *fitness for purpose*, entonces el diseño o proyecto debe llevarse a cabo ejerciendo un *reasonable skill and care*. Esto quiere decir que el diseño debe cumplir los estándares que se esperan de un profesional competente.

La obligación de cumplir con el *fitness for purpose* añade una obligación al encargado del diseño. Este, no sólo deberá cumplir con el estándar *skill and care*, es decir, no cometer negligencia profesional, sino que, además y junto con ese estándar, deberá garantizar que el diseño o proyecto cumplirá con los requisitos del que encarga la obra, sean los que sean. Es deseable que estos requisitos estén claros desde el inicio.

Los modelos FIDIC incluyen una cláusula en la que se exige que las obras sean *fit for the purposes* según se definen en el contrato, cuando hay una obligación de diseño. (SC 4.1 para libros amarillo y plata).

En los contratos en que el contratista es el constructor y además se encarga del diseño, la obligación de *fitness for purpose* está implícita incluso aunque no se diga nada de *fitness for purpose* en el contrato, sobre todo si el contrato especifica claramente cuáles son los requisitos de la obra y que el empleador confía en el saber hacer, experiencia y capacidad del contratista.

Por lo mismo, en un contrato en el que el contratista no es responsable del diseño, en un libro rojo por ejemplo, entonces no habrá implícita la obligación del *fitness for purpose*, y solo la habrá para aquellas partes de las obras para las que se pida el diseño del contratista, y así lo contempla el propio libro rojo en la SC 4.1 c)

En muchos contratos, no hablamos de FIDIC aquí, es difícil encontrar una referencia clara a *fitness for purpose* pero sin embargo se contiene implícitamente, es decir, no se nombra el término, pero se exigen sus consecuencias, por ejemplo se dice: «los trabajos deberán cumplir de manera absoluta con los requisitos y parámetros del Empleador en todos sus términos».

Los contratistas pueden intentar limitar su responsabilidad total dentro del contrato para evitar riesgos desconocidos, pero siempre es preciso estudiar el contrato con detenimiento, e incluso comprobar los riesgos con el agente de seguros con el que contratemos.

8.2.1. Reasonable skill and care y fitness for purpose

En los proyectos de construcción, contratistas y proyectistas (designers) suelen ser responsables del resultado de sus trabajos hasta el nivel de *professional duty of care* que es el de *reasonable skill and care*. Cuando el contratista es responsable hasta el nivel de *reasonable skill and care* entonces son responsables de que el proceso de construcción haya seguido las normas y se haya hecho de manera correcta, no negligente. Este riesgo está asegurado como parte del seguro profesional (Professional Indemnity, o PI). El propio contrato o la ley aplicable al contrato suele definir el estándar que hay que seguir.

Cuando el contrato no dice nada, o la ley tampoco, se entiende que está implícito, que es una obligación implícita.

En el caso de proyectos de diseño y construcción, la responsabilidad de los contratistas y proyectistas es más elevada, más rigurosa. A menudo el mismo contratista es el que hace el diseño o al menos el que lo subcontrata. No solo deben aplicar *reasonable skill and care*, sino que tienen que cumplir con los requisitos del *fitness for purpose*.

En otras palabras, el empleador definirá los criterios de producción y los parámetros de por ejemplo una central de ciclo combinado; el empleador definirá la potencia máxima que pueda generar, por ejemplo 30 MW y qué tipo de combustible utilizará: biomasa, gas, carbón, diesel, etc. También se definirá la producción y el tratamiento de residuos y productos contaminantes. Normalmente el contratista deberá analizar con detenimiento los requisitos del empleador para aclarar cualquier discrepancia o inconsistencia. Cuando el empleador ha definido los criterios y requisitos como parte del contrato, entonces la obligación de completar los trabajos de manera que sean *fit for the intended purposes* se entiende implícita, si no se ha mencionado expresamente con las palabras *fitness for purpose*.

La responsabilidad de aplicar *reasonable skill and care* está cubierta, en los seguros, por la *Professional Indemnity Insurance*; la responsabilidad de cumplir con la obligación de *fitness for purpose* normalmente no está cubierta por la PI. Hay que contratarla separadamente.

Pero sin duda *reasonable skill and care* y *fitness for purpose* son conceptos relacionados. También están relacionadas incluso con la innovación en cuanto a técnicas, tecnología y materiales.

Y desde luego no es algo que sea absolutamente cuestión pacífica, aunque sí lo es el hecho de que la obligación principal del contratista es ejecutar las obras aplicando un *skill and care* razonable. Como ejemplo de que no es una cuestión pacífica vamos a citar varias decisiones judiciales de sistemas de derecho común, de Reino Unido, de Australia y de Canadá.

Una diferencia entre las dos figuras es la negligencia: no hay responsabilidad profesional si no hay negligencia, mientras que sí puede haber responsabilidad por *fitness for purpose* sin haber sido negligente.

Un ejemplo claro de esto último es el caso inglés *MT Højgaard v E.ON Climate And Renewables & Ors [2014] EWHC 1088 (TCC)*, que veremos más detenidamente, pero que ahora adelantamos que se trataba del diseño e instalación de un parque eólico marino. El diseño debía hacerse siguiendo un estándar elegido por la parte que lo encargó. El estándar se descubrió defectuoso y fue necesario reparar los defectos. El juez determinó que la empresa encargada del diseño era la responsable de los defectos, a pesar de haber seguido diligentemente el estándar, porque además de haberse obligado contractualmente a actuar como un contratista capaz de llevar a cabo la obra, lo había hecho a que las obras sirviesen en determinadas condiciones durante 20 años, y esto no se cumplió. El contratista había asumido la responsabilidad absoluta de las instalaciones tuviesen una vida de 20 años.

En otro caso, *MW High Tech Projects UK Ltd v Hasse Environmental Consulting GmbH [2015] EWHC 152 (TCC)* en Inglaterra, el diseñador proyectista, que trabajaba para un contratista principal que había negociado un EPC a precio alzado, cerrado, fijo, no siguió estrictamente las directrices de su empleador e incurrió en sobrediseño, utilizando agitadores más potentes y caros que los inicialmente requeridos por el empleador, que era el contratista del EPC.

En este caso se estableció que, como regla general, la obligación de aplicar un *reasonable skill and care* está por encima de la de cumplir con la *fitness for purpose*. No excluyendo, sin embargo, la una a la otra.

MW High Tech, el contratista, había ganado un contrato para construir una planta de producción de energía a partir de residuos mediante la modalidad EPC por cerca de 100 millones de libras. El contratista decidió contratar a Haase Environmental Consulting GmbH como consultor para la ingeniería de proceso.

El acuerdo entre el contratista y el consultor especificaba que debía actuar con *reasonable skill and care* y que tenía que desarrollar el diseño básico (realizado también por Haase) cumpliendo con los requisitos establecidos en los documentos pertinentes del EPC; también se especificaba que debían evitarse cambios en el diseño que resultasen en un incremento del coste de los trabajos, que ya estaban en precio cerrado a través del EPC entre MW y el dueño de la obra.

Al final, el consultor había mejorado el diseño de manera que excedía los requerimientos del EPC y que eran más caros. El tribunal decidió que, aunque se había actuado diligentemente, no se habían cumplido los requisitos del EPC, que el consultor se había comprometido a respetar. Así, si no se prueba que el contratista consintió o aprobó las modificaciones, el consultor es responsable, incluso aunque no actuase con negligencia, que era la obligación mayor, que se cumplió a juicio del tribunal, pero que no cumplió con la obligación secundaria de seguir las condiciones del contrato entre contratista y consultor para cumplir los requisitos y parámetros establecidos en el contrato EPC, y sobre todo no hacer modificaciones que supusieran un incremento del coste calculado en el contrato EPC a precio cerrado.

En *MT Højgaard v E.ON Climate And Renewables & Ors [2014] EWHC 1088 (TCC)*, citado más arriba, se establece que, vistos los hechos y circunstancias del caso y especialmente la relación entre una obligación de *fitness for purpose* absoluta en cuanto a la vida útil del diseño/proyecto (*design*) por un lado, y el requisito de ejercitar un *skill and care* razonable por otro, el no cumplimiento de la obligación de *fitness for purpose* hace responsable al encargado del diseño, que sí ejercitó un *skill and care* razonable.

En MTH contra E.ON, MTH diseñó, fabricó e instaló 60 turbogeneradores para un parque eólico marino, el diseño se hizo cumpliendo con el estándar acordado en el contrato, siendo los trabajos certificados por la propia organización que creó el estándar: Det Norske Veritas.

MTH había cumplido con su obligación de llevar a cabo los trabajos según un *reasonable skill and care* y según el estándar requerido. Pero un fallo en los cálculos del estándar, descubiertos por la propia Det Norske Veritas una vez terminada la instalación



Los contratos FIDIC son los más utilizados en construcción internacional, recomendados o impuestos por organismos internacionales como el Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Europeo de Desarrollo. Se distribuyen más de 45.000 copias al año.

Este libro viene a ocupar un vacío en las publicaciones sobre contratación internacional. La obra explica qué es FIDIC y para qué se utilizan sus contratos. Se examinan los diferentes modelos de contrato y se dan pautas para elegir el más conveniente y comprender las diferencias entre el punto de vista anglosajón o *Common Law* (origen de los contratos y predominante en la contratación internacional) y el del derecho continental o *Civil Law* que rige en los países de habla española. Se hace especial referencia a la figura del Ingeniero o gestor del proyecto y a los mecanismos alternativos de resolución de disputas.

Numerosas empresas españolas los utilizan para dar cobertura a muchas de las obras e infraestructuras que construyen en el extranjero, al venir impuestos por las instituciones que las financian o simplemente porque se exige en las propias licitaciones públicas o privadas. Las empresas latinoamericanas los utilizan habitualmente tanto en el extranjero como en sus propios países.

Este libro se recomienda a los profesionales que participan –de un modo u otro– en la licitación, diseño, contratación y ejecución de proyectos internacionales de construcción e ingeniería; a quienes están involucrados en la resolución de conflictos tanto durante el desarrollo del proyecto como en una fase posterior, abarcando, entre otros: ingenieros, consultores, arquitectos, *project managers*, representantes de instituciones financieras y de desarrollo, gobiernos y entidades aseguradoras, promotores, contratistas, subcontratistas, expertos en gestión de riesgos, abogados, mediadores, árbitros, traductores y cualquier otro agente relacionado con proyectos de infraestructuras.

