

Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno.

IB schdc.cl/wp/los-contratos-de-construccion-fidic-frente-al-derecho-chileno/

Sumario:

- 1. Introducción.**
- 2. Los contratos FIDIC. Una explicación general.**
- 3. Estructura de los contratos FIDIC.**
 - 3.1. Disposiciones generales y funcionamiento del contrato FIDIC.**
 - 3.2.- Obligaciones del Comitente, del Constructor y Funciones del Ingeniero.**
 - 3.3.- Subcontratistas, personal, proveedores y materiales empleados por el constructor.**
 - 3.4.- Plazo de ejecución de la obra. Inicio, demoras y suspensión de los trabajos.**
 - 3.5.-Recepción de la obra y reparación de fallas.**
 - 3.6.- Variaciones del contrato y ajustes de precio. Medición, valuación y pago del precio.**
 - 3.7.-Rescisión del contrato por el comitente y suspensión o rescisión del contrato por el constructor.**
 - 3.8.- Seguros. Fuerza Mayor.**
 - 3.9.- Régimen de cambios.**
- 4.- La responsabilidad y la distribución de los riesgos en los contratos FIDIC.**
- 5.- Los contratos FIDIC frente al Derecho Chileno.**
- 6.- La Solución de controversias en los contratos FIDIC.**
- 7.- Conclusiones.**

1.- Introducción.

Los modelos de contratos de construcción de la FIDIC [1] (Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils, en francés, o International Federation of Consulting Engineers, en inglés), gozan en la actualidad de una amplia aceptación y reconocido prestigio en el contexto internacional, por lo que resulta de especial interés determinar si resultan aplicables para contratos de obras que se celebren y ejecuten en Chile, especialmente si en ellos participan partes extranjeras o existe un financiamiento internacional, habiéndose pactado como ley de fondo aplicable la ley chilena.

Los contratos FIDIC se caracterizan por dar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas para llevar a cabo la ejecución de distintos tipos de proyectos de construcción, siendo sus normas compatibles con los ordenamientos jurídicos tanto del *common law* como del *civil law*, lo que facilita que frente a la licitación de una obra, los participantes puedan concentrarse en los aspectos técnicos y de administración del contrato más que en la discusión de tipo legal.

Algunos de los aspectos claves de los contratos FIDIC radican en que los documentos técnicos del proyecto de construcción a ejecutar estén bien preparados para asegurar un buen proyecto; que exista una adecuada distribución de los riesgos del contrato, en términos que éstos los asuman aquel parte que está en mejores condiciones para administrarlos; y que el ingeniero a cargo del proyecto tenga facultades para tomar decisiones.[2]

2.- Los contratos FIDIC. Una explicación general.

Los modelos de contratos FIDIC son *self regulatory agreements*, como los contratos del *common law*, aunque en varias de sus cláusulas se remiten o refieren a las leyes aplicables según el lugar de ejecución de las obras. Ello explica que sean muy extensos y regulen materias de las que habitualmente en los ordenamientos jurídicos en América Latina se ocupe la legislación civil. Sin embargo, sus cláusulas recogen valiosos principios, fruto de la experiencia de profesionales que participan en la construcción o en la ingeniería de proyectos en muy diversos países, e incluye un trabajo integrado de ingenieros, abogados y otros profesionales y técnicos.[3]

Después de varios años de trabajo, en Septiembre de 1999, FIDIC publicó los actuales cuatro modelos de contratos de construcción[4]; a saber: i) Condiciones de contratación para construcción, orientadas a obras civiles cuyo proyecto ha sido desarrollado por el comitente, conocido como “*Red Book*”; ii) Condiciones de contratación para proyecto y obra, orientadas a la ejecución de proyectos de obras civiles, eléctricas, mecánicas o electromecánicas, en los que el contratista provee la ingeniería, los suministros, el montaje y la construcción, conocido como “*Yellow Book*”; iii) Condiciones para contratación llave en mano, orientadas al suministro de plantas de todo tipo u obras complejas de cualquier naturaleza, que deben entregarse listas para iniciar su operación, y en las que, por lo tanto, el contratista provee todo lo que sea necesario para que, a su entrega el comitente o propietario sólo deba operarla, conocido como “*Silver Book*”; iv) Modelo simple de contratación, orientado a obras pequeñas, en que el proyecto es suministrado por el comitente o por el contratista, conocido como “*Green Book*”.

El modelo del “*Red Book*”, conocido como “*el tradicional*” es recomendado especialmente para obras de construcción e ingeniería, en que los proyectos son proporcionados por el mandante, o encargados por éste a terceros. El contrato se materializa cuando el mandante suscribe una carta de aceptación que envía al constructor, lo que en nuestro medio es conocido como la adjudicación de la obra; el contrato es administrado por un ingeniero designado por el mandante. El constructor debe ejecutar la obra en conformidad a las especificaciones y proyectos de especialidad entregados por el mandante y de acuerdo a las instrucciones dadas por el ingeniero; conforme a sus condiciones generales, los riesgos son distribuidos entre las partes, en base al principio de los riesgos compartidos, considerando la capacidad de cada parte para prever el riesgo, mitigar sus efectos, considerando las circunstancias relevantes para cada tipo de riesgo, con sistemas flexibles y adecuados para la incorporación de los cambios de circunstancias que las partes tuvieron en cuenta para su celebración, así como los cambios en el objeto. Es usual que en este tipo de contratos el dueño o propietario asuma genéricamente los riesgos de las condiciones geológicas adversas, la ocurrencia de eventos asociados a la fuerza de la naturaleza o cuestiones propias del proyecto, con exclusión de las condiciones climáticas.[5]

El reconocido prestigio internacional del modelo FIDIC conocido como “*Red Book*”, ha significado que recientemente el Banco Mundial haya comunicado su intención de incorporar este modelo de contrato al set de documentos estándares que deben emplearse en el proceso de oferta pública y licitación de obras de construcción financiadas por dicho Banco.[6]

En seguida, el modelo de contrato conocido como “*Yellow Book*”, recomendado para los casos en que el proyecto de ingeniería, los suministros, el montaje y la construcción son aportados por el constructor. Las estipulaciones en este tipo de contrato son muy similares al “*Red Book*”, compartiendo gran parte de sus cláusulas; al igual que el “*Red Book*”, el contrato se perfecciona con la carta de aceptación por parte del mandante dirigida al constructor o adjudicación de la obra; el contrato en este caso también es administrado por el ingeniero; existiendo el mismo tratamiento en la distribución de los riesgos que en el modelo del “*Red Book*”.

Luego, el modelo de contrato conocido como “*Silver Book*”, también conocido por su sigla en inglés como contrato EPC (*Engineering, Construction and Procurement*),[7] en que una empresa es contratada para asumir la responsabilidad total por todas las fases de la obra, a partir de la concepción del proyecto, con todas sus especificaciones e ingeniería de detalle, la construcción íntegra de la obra y la adquisición de los materiales necesarios para la ejecución del proyecto. Mediante este modelo se procura obtener la inamovilidad del precio de

la obra y del plazo para ejecutarla. Por ello pone riesgos que habitualmente debieran ser del comitente, o de ambas partes, a cargo del contratista. Este tipo de contrato para ser empleado supone que exista una gran certeza acerca del precio final y el tiempo de la obra, ya que el constructor asumirá la total responsabilidad tanto por el diseño como por la ejecución del proyecto.

La razón de la adopción de esta modalidad de contratación es la demanda de comitentes y entidades que financian el proyecto de tener un precio y plazo fijos desde el inicio de la obra. Lo usual es que en este tipo de contratos los contratistas incrementen su precio para afrontar esos riesgos adicionales.[8]

El último de los modelos, conocido como “*Green Book*” y también como “*contrato corto*”, tiene solo 15 cláusulas, está destinado a la ejecución de obras de menor valor u obras simples y cuya ingeniería sea suministrada por cualquiera de ambas partes. Al elaborarse se recomendó referencialmente su empleo para obras que no superaran los USD 500.000. Con todo, en la práctica las obras en que se emplea el “*Green Book*” el diseño y los proyectos de ingeniería son aportados por el mandante.[9]

Debemos desde ya subrayar que, tal como lo indican los propios modelos de contratos FIDIC, ellos deben ser empleados como guías auxiliares para la negociación y redacción de los contratos de construcción, ya que se trata de instrumentos flexibles que deberán adaptarse a la realidad propia de cada negocio particular en que sean empleados, y no solo a los requerimientos del mandante o comitente. En efecto, cada proyecto requiere su propio contrato y, del mismo modo que no puede utilizarse la ingeniería de una obra para realizar otra, es inadecuado utilizar modelos de contratos sin su adaptación previa a las particularidades de cada negocio, cada proyecto, y a la legislación nacional o regional que resulte de aplicación obligatoria o supletoria. Igualmente al momento de redactar un contrato de construcción es útil considerar la realidad económica, cultural e institucional donde se va a ejecutar la obra, efectuando las modificaciones o adaptaciones que en cada caso se requieran.

3.- Estructura de los contratos FIDIC.

Los modelos de contratos FIDIC están estructurados, sobre la base de 20 cláusulas bajo el epígrafe condiciones generales y un apéndice, que tratan: i) Disposiciones generales; ii) Las obligaciones del comitente, denominado en la versión oficial en inglés “*employer*”, que traducido al español significa “*cliente*”; iii) Las obligaciones del ingeniero; iv) Las obligaciones del constructor o contratista; v) Los subcontratistas designados; vi) El personal del constructor; vii) El modo de ejecución de la obra y los materiales a emplear; viii) El plazo de ejecución; xi) Las pruebas a la conclusión de la obra; x) La recepción de la obra; xi) La responsabilidad por defectos de la obra; xii) la medición y valuación de los trabajos; xiii) las variaciones y ajustes; xiv) El precio contractual y su pago; xv) La rescisión del contrato por el comitente; xvi) La suspensión y rescisión por el constructor; xvii) Los riesgos y responsabilidades; xviii) Los seguros; xix) La fuerza mayor; xx) Los reclamos y divergencias y el arbitraje.

Por su parte, el apéndice contiene las condiciones generales del acuerdo de resolución de controversias.

Analizaremos en particular las condiciones generales y principales cláusulas establecidas tratándose del modelo “*Red Book*” o tradicional, en que los proyectos de arquitectura e ingeniería son proporcionados por el mandante de la obra, ya que resulta especialmente ilustrativo para dar a conocer los principios y filosofía bajo la cual está concebida esta modalidad de contratación.

3.1.- Disposiciones generales y funcionamiento del contrato FIDIC.

En las disposiciones generales se incluyen una serie de definiciones que son útiles no sólo respecto del empleo de

este modelo por las partes, sino para entender el funcionamiento general del contrato FIDIC. Así por ejemplo, entre otras cosas, se define qué se entiende por “contrato”, “carta de aceptación”, “ingeniero”, “personal del empleador”, “representante del contratista”, “subcontratistas”. “el precio del contrato”; qué se entiende por “ impredecible” para determinar frente a un evento si estamos en presencia de una fuerza mayor; se define también los términos “variación”; las atribuciones de las partes en la obtención de permisos y habilitaciones, imponiendo al mandante, frente a las demoras en la entrega de la ingeniería, la extensión del plazo y la compensación al constructor de todos los costos y la ganancia razonable por dicha extensión; igualmente entrega las pautas para la interpretación de las palabras genéricas, y la exigencia que solo podrá llamarse “acuerdo” o “convenio” lo que esté escrito. Finalmente impone la responsabilidad solidaria entre las personas naturales o jurídicas que hubieren formado un consorcio o joint venture, sin personalidad jurídica para ejecutar la obra.

3.2.- Obligaciones del Comitente, del Constructor y Funciones del Ingeniero.

En cuanto a las obligaciones del comitente o mandante de la obra, el principio general recogido en este modelo – al igual que en el “*Yellow Book*” es que todas las obligaciones del comitente deben ser cumplidas puntualmente, y que su incumplimiento, da derecho al constructor a la ampliación del plazo de ejecución de la obra y a recibir el pago de todo costo y ganancia razonable que se deriven de la extensión del plazo. Igualmente el comitente deberá entregar al constructor evidencia de haber celebrado los acuerdos financieros que le permitan el cumplimiento puntual de su obligación de pagar el precio de la obra. Por su parte, respecto de la información relativa a las condiciones y naturaleza del emplazamiento de la obra, del suelo, del clima, etc., el contrato FIDIC establece la obligación del comitente de proporcionar al constructor toda la información que disponga y del constructor de obtener, de acuerdo con los costos y con el tiempo de que ha dispuesto para hacerlo, de toda la información con materia de riesgos, contingencias y otras circunstancias que pudieran tener influencia o afectar la oferta o la obra (cláusula 4.10).

En lo tocante a los deberes y facultades del ingeniero, tanto en el “*Red Book*” como en el “*Yellow Book*”, donde se contempla esta figura, se establece que el ingeniero actúa en nombre del comitente, esto es, lo representa con la facultad de impartir instrucciones al constructor pudiendo, entre otras cosas, revisar la ingeniería de detalle y los métodos constructivos, aprobándolos o rechazándolos, como asimismo, aprobar a las subcontratistas.

De este modo, el ingeniero ejerce funciones de dirigir la obra en representación y como empleado del comitente[10]. Este es un aspecto criticable ya que, tal como lo explica Podetti, estimamos que las facultades del ingeniero debieran limitarse exclusivamente a las funciones de vigilancia respecto de la adecuada ejecución de la obra, y en ningún caso debiera existir subordinación del constructor al ingeniero o al comitente.[11] En el mismo sentido, Jane Jenkins y Simon Stebbings plantean que en la industria de la construcción existe una fuerte percepción por parte de los constructores que el ingeniero siempre tenderá a favorecer la posición del mandante o comitente.[12]

Con todo, conforme al modelo FIDIC, el ingeniero no podrá en forma alguna modificar el contrato y ninguno de sus actos eximirá al constructor de sus obligaciones y responsabilidades. Sin embargo, se contempla la facultad del ingeniero para emitir “*justas determinaciones*”, de acuerdo al contrato y tomando en consideración todas las circunstancias relevantes, y consultando previamente a las partes (cláusula 3.5).Este aspecto estimamos que resulta igualmente criticable desde el momento que el ingeniero no es un tercero imparcial e independiente, sino un representante del mandante o comitente.

Ahora bien, tratándose del constructor de la obra, en la cláusula 4ª del contrato se establecen sus obligaciones, las que deben llevarse a cabo – tal como hemos visto- con una fuerte intervención del ingeniero, al gozar éste de la facultad de impartir instrucciones. El contrato FIDIC establece como obligación del constructor el obtener los permisos de paso necesarios para la ejecución de la obra y sus costos. Estimamos que esta obligación debiera ser

de cargo del mandante, ya que está en mejores condiciones para administrar este asunto, y en todo caso, de establecerse como obligación del constructor, el plazo de la obra debiera comenzar sólo cuando se obtengan dichos permisos.

Igualmente se establece la obligación del constructor de entregar una garantía por la correcta ejecución de la obra, privilegiándose las garantías “*first demand*” y “*on-demand*”, cuyo pago se hace efectivo contra la presentación de determinados documentos por el beneficiario. Sin embargo, se contempla también una protección para el constructor, al consignarse la obligación del dueño de la obra o mandante para indemnizar todos los daños o perjuicios que se le causen en el evento de un cobro indebido de la garantía de ejecución.

3.3.- Subcontratistas, personal, proveedores y materiales empleados por el constructor.

Al establecerse que el mandante o comitente debe aprobar a los subcontratistas de la obra, el constructor no goza de absoluta libertad en su elección lo que, a nuestro juicio, es también criticable, desde el momento que frente al mandante es el constructor quien debe responder por las obras defectuosas o fallas cometidas por los subcontratistas, por lo que estimamos que la decisión con quien trabaja debiera ser solo suya, sin perjuicio del derecho del mandante a objetar a un determinado sub-contratista por motivos fundados.

En las cláusulas 5ª y 6ª se establecen las obligaciones del constructor en cuanto al control de sus trabajos, las condiciones que debe aplicar a su personal, en cuanto a obligaciones laborales, de seguridad, salud, etc.; a su turno, en la cláusula 7ª se regula el modo de ejecución de los trabajos, el derecho del comitente a la inspección permanente de la obra, la obligación de ejecutar pruebas previas a la recepción de la obra, el rechazo de materiales por no cumplir con los requerimientos técnicos, y la reparación o reemplazo de las partes defectuosas.

Igualmente, se regula que la propiedad de la obra será del mandante en la fecha de su entrega o en la fecha en que el contratista tuviera derecho a percibir su pago.

3.4.- Plazo de ejecución de la obra. Inicio, demoras y suspensión de los trabajos.

La cláusula 8ª establece el procedimiento para determinar el día de comienzo de la obra, la obligación del constructor de completar totalmente los trabajos dentro del plazo previsto y su obligación de presentar un cronograma detallado de plazos y reemplazarlo cada vez que fuera inconsistente con el progreso real de los trabajos.

Igualmente se consigna que el constructor tendrá derecho a una prórroga de plazo, cuando se produzca alguna de las siguientes causas: i) una variación o cambio sustancial en la obra, ii) demoras en la entrega tardía de la ingeniería, del emplazamiento de la obra, en la manifestación de una condición física irresistible, etc; iii) condiciones climáticas inusualmente adversas; iv) escasez impredecible de personal o bienes; v) Cualquier otra demora atribuible al mandante; vi) demoras o interrupciones de trabajos originados en las autoridades públicas del país en que se ejecuta la obra.

Los retrasos o demoras justificados autorizan al constructor para percibir los costos sufridos, y cuando la demora es atribuible al mandante, también las ganancias correspondientes. Por el contrario, si la demora es culpa del constructor, debe indemnizar al mandante.

Igualmente se contempla la suspensión de la obra a pedido del ingeniero o del comitente, ya sea por culpa del constructor o por simple decisión del ingeniero o del mandante. En este último caso, se establece que el constructor tiene los mismos derechos que tratándose de una prórroga del plazo, pero además puede percibir el

valor restante de la obra no construida si la suspensión excede los 28 días. Si la suspensión se prolongara por más de 84 días, el constructor puede solicitar la autorización para continuar y si no se le fuere otorgada puede dar por rescindido el contrato por culpa del comitente.

3.5.-Recepción de la obra y reparación de fallas.

El constructor debe avisar al ingeniero con al menos 21 días de anticipación que la obra está lista para ser aprobada; las pruebas se llevarán a cabo dentro de los 14 días siguientes de recibido el aviso. Si las pruebas fallaran podrá requerirse una nueva prueba, rechazarse la obra o la parte involucrada, o bien aceptarla con una reducción del precio por su menor valor.

La obra será recibida por el comitente una vez que esté completa y probada satisfactoriamente, en el caso indicado precedentemente, o cuando el constructor solicitase la recepción de todo o parte de la obra y el ingeniero o comitente la aceptasen o no respondiesen. Si la obra no pudiese ser probada por causas imputables al mandante, vencido el plazo antes indicados, la obra se tendrá por recibida. Si las pruebas fueren realizadas tardíamente, el comitente deberá indemnizar al constructor.

Igualmente, se establece que el constructor debe reparar a su costa las fallas que se manifiesten dentro del plazo de notificación de fallas. En el mismo período deberá completar los trabajos faltantes que hayan quedado pendientes a la recepción de la obra.^[13]

3.6.- Variaciones del contrato y ajustes de precio. Medición, valuación y pago del precio.

Conforme a la cláusula 12^a, se establece que la medición del volumen de obras ejecutadas debe ser efectuada de común acuerdo por el ingeniero y el constructor, dando derecho a establecer un nuevo precio si existe un aumento en un 10% o más del volumen estimado en el contrato o el trabajo no hubiere sido incluido en la especificación o el objeto del contrato.

Por su parte, en la cláusula 13^a se consagra la facultad del ingeniero para requerir variaciones en la cantidad, calidad, dimensiones, posición, secuencia, etc, de las obras contratadas o agregar trabajos nuevos. Igualmente el constructor, podrá proponer variaciones que mejoren la obra o reduzcan su costo, en cuyo caso compartirá con el mandante el valor de la mejora.

Adicionalmente, el constructor tiene derecho a variaciones por cambio de legislación o variaciones de costos, como podría ser el aumento del costo de la mano de obra o de los insumos que empleará en la obra.

Luego, la cláusula 14^a se refiere al precio del contrato, estableciéndose el pago de un anticipo, el cual será reembolsado por medio de deducciones de los pagos provisionales por avance de obras, pudiendo descontarse hasta un 25% de cada estado de pago.

El plazo para pagar los estados de pago establecido en el contrato FIDIC es de 56 días posterior a la presentación de la documentación por el constructor, el cual podría resultar excesivo si consideramos las prácticas habituales en el mercado de la construcción en Chile.

3.7.-Rescisión del contrato por el comitente y suspensión o rescisión del contrato por el constructor.

En las cláusulas 15ª y 16ª se establecen los casos y el procedimiento mediante el cual el comitente y el constructor pueden rescindir el contrato de construcción por culpa y bajo responsabilidad del constructor o del mandante, como asimismo, que el mandante pueda hacerlo sin causa, siempre que no fuese a continuar la obra por sí o mediante otro constructor, indemnizando debidamente al constructor. En el evento que el comitente siga la obra luego de haber rescindido sin causa el contrato, se verá obligado a indemnizar al constructor tanto por el lucro cesante como por los perjuicios indirectos.

Por su parte, también se consagra la facultad del constructor para suspender la ejecución de los trabajos cuando el comitente no le paga oportunamente el precio de la obra, dando un aviso previo de suspensión con una antelación de al menos 21 días. El constructor tiene en estos casos derecho a un aumento del plazo de ejecución del contrato y la compensación de los costos en que hubiere incurrido como consecuencia de dicho aumento.

3.8.- Seguros. Fuerza Mayor.

En seguida, en la cláusula 18ª, se consignan los seguros que deben contratarse por la parte que se señale en el contrato, esto es, para la obra y el equipamiento del contratista, contra daño corporal y a la propiedad, para el personal del constructor.

En cuanto a la fuerza mayor, en la cláusula 19ª, se define ésta como *“ todo acontecimiento o circunstancia de carácter excepcional: a) que estuviera fuera del control de la parte; b) que dicha parte no hubiera podido razonablemente prever antes de celebrarse el contrato; c) que una vez producido dicha parte no hubiera podido razonablemente evitar ni superar; d) que no fuera atribuible en gran medida a la otra parte”*.

Si el afectado por la fuerza mayor fuere el constructor, una vez verificada por el ingeniero o el comitente, tendrá derecho a la extensión del plazo del contrato y al reconocimiento de los costos que hubiere debido afrontar como consecuencia de ella.

Si la fuerza mayor se extendiera más de 84 días continuos o 140 días alternados, cualquiera de las partes tendrá derecho a la rescisión del contrato. En tal caso, el constructor tendrá derecho a cobrar por todos los trabajos ejecutados hasta ese momento, el costo de los equipos, materiales, insumos, etc., que hubiese adquirido o contratado, que pasarán a ser de propiedad del comitente a partir de su pago, como igualmente el costo de la desmovilización de la obra, en equipos, personal, etc.

La misma norma se establece para el caso en que la obra se convirtiese en imposible de ejecutar o fuera prohibida por una ley.

3.9.- Régimen de cambios.

En la cláusula 20ª se establece que, si durante la ejecución del contrato, el constructor considerase que tiene derecho a una ampliación del plazo o a un pago adicional, debe presentar al ingeniero un reclamo, dentro de los 28 días desde que tuvo o debió haber tenido conocimiento. El ingeniero deberá dar su aprobación o rechazo dentro de los 42 días de recibido el reclamo del contratista.

Ahora bien, tratándose de las normas contempladas en el contrato FIDIC relativas a distribución de riesgos y

responsabilidad, como igualmente a solución de controversias, que tratan en particular sus cláusulas 17ª y 20ª, respectivamente, serán materia de desarrollo separado a continuación, atendido su especial importancia.

4.- La responsabilidad y la distribución de los riesgos en los contratos FIDIC.

El éxito de un negocio depende del adecuado gerenciamiento estratégico de los riesgos asociados al mismo. Algunos riesgos pueden preverse en forma anticipada, mientras otros son de difícil previsión, sin embargo surgen en situaciones bien definidas.

Para dimensionar en forma adecuada la extensión de riesgos que existe frente al desarrollo de un proyecto de construcción, la doctrina distingue en nueve tipos de riesgos distintos[14]; a saber: de mercado, financieros, tecnológicos, de construcción, operacionales, regulatorios, sociales, de concesiones y riesgos de jurisdicción.

Los riesgos de mercado están relacionados con los estudios de demanda de energía, consumo de combustibles y actividades económicas que sustentan la viabilidad de grandes proyectos, lo que depende mucho del tipo de obra que se trate. Una evaluación errónea del mercado puede significar importantes perjuicios para el dueño de la obra.

Por su parte, los riesgos financieros están referidos a la primera dificultad que enfrentan los grandes proyectos de construcción, esto es, obtener el financiamiento adecuado de la obra.

Luego, los riesgos tecnológicos se presentan frente al empleo de equipos y métodos de trabajo, que no hayan sido previamente probados, o que no responden en forma adecuada frente a las dificultades impuestas por la naturaleza o las condiciones en que se trabaja.

En seguida, los riesgos de construcción se traducen en las dificultades que se presentan durante la ejecución de proyecto. Mientras más sofisticada es la obra a ejecutar o el lugar o condiciones en que se realizan las labores existen mayores probabilidades de encontrarse con situaciones adversas que no estaban previstas previamente.

Por su parte, los riesgos operacionales están orientados al desempeño de obra, en que ella se ejecute con el adecuado suministro de equipos y personal calificado suficiente.

También existen riesgos regulatorios, que están relacionados con factores macro económicos y políticos, que se modifican y que dificultan el cumplimiento del programa de ejecución del contrato, tales como nuevas normas que establecen exigencias mayores en materia de seguridad laboral y que encarecen enormemente el costo de la mano de obra.

Luego, también existen riesgo sociales, que están vinculados a las dificultades que se plantean por la comunidad, tales como movimientos indígenas, sociales o grupos de presión, tales como organizaciones no gubernamentales que se oponen al desarrollo del proyecto, no obstante encontrarse amparado con todos los permisos y aprobaciones previas para su ejecución por parte de las autoridades locales, regionales o nacionales.

Asimismo, existen riesgos tratándose de las concesiones de obras públicas, frente a la ejecución de grandes obras de infraestructura, en que el Estado quiera modificar las condiciones de la concesión, en materias de valores de los contratos, tarifas, etc.

Por último, existen los riesgos de jurisdicción, que están referidos a que varios entes gubernamentales puedan tener facultades para poner término o suspender la construcción de la obra, o su paralización por largos periodos, por el cumplimiento o incumplimiento, por ejemplo, de la normativa ambiental.

Ahora bien, tratándose de los modelos de contratos FIDIC, tal como lo adelantamos, una de las claves de su éxito, y reconocido prestigio internacional ha sido establecer una adecuada distribución de los riesgos, sobre la base del

principio rector que el riesgo debe asumirlo aquel parte en el contrato de construcción que esté en mejores condiciones para administrarlo.

Una adecuada administración de los riesgos es de beneficio de ambas partes, por un lado beneficia al mandante o comitente, que podrá adjudicar el contrato a un precio menor y que solo tendrá que asumir costos adicionales frente a riesgos extraordinarios, y por otra parte, el constructor no tendrá la obligación de precisar riesgos que difícilmente pudieran ser cuantificados.

Si el mandante quiere tener certeza del precio final de la obra, trasladando los riesgos al constructor, tal como ocurre en gran medida con los contratos EPC, regulados en el “*Silver Book*”, el precio del contrato será substancialmente mayor.

Uno de los riesgos más relevantes en la construcción de un proyecto es la alteración de las condiciones del sitio o del subsuelo, para los cual los contratos FIDIC recurren al test de previsibilidad en cuanto a la ocurrencia del hecho.

Al respecto, tratándose de los modelos del “*Red Book*” y del “*Yellow Book*”, conforme a sus cláusulas 4.10 y 4.11, se exige que antes de presentarse la oferta durante el periodo de licitación, de a conocer toda información relevante sobre las condiciones del subsuelo, siendo el constructor el responsable de interpretar dicha información, debiendo éste último examinar el sitio donde se va a ejecutar la obra. La información relevante incluye también la forma y naturaleza del lugar, las condiciones hidrológicas y climáticas, la extensión y naturaleza de los trabajos a ejecutar, las normas, procedimientos y prácticas laborales en el país donde se ejecutará la obra, los requerimientos del constructor en cuanto a acceso al lugar, alojamiento, transporte, servicios, etc.

Si al ejecutarse la obra, el constructor se encuentra con condiciones físicas naturales imprevisibles, incluyéndose dentro de ellas las condiciones del subsuelo e hidrológicas, excluyendo las condiciones climáticas, deberá notificar de ello al ingeniero tan pronto fuere posible, y si ello implica que sufrirá retrasos en la ejecución de la obra o mayores costos, gozará de la facultad de reclamar una extensión de plazo y el pago de los mayores costos.

Por su parte, tratándose del “*Silver Book*”, se exige que el mandante o comitente proporcione al constructor toda la información relevante que posea sobre las condiciones geológicas e hidrológicas del lugar de la obra. Sin embargo, el constructor será responsable no solo de la interpretación de dicha información, sino también de verificarla. En este modelo, desde el momento que se firma el contrato, salvo que se pacte otra cosa, el constructor acepta la total responsabilidad de haber previsto todas las dificultades y costos hasta la completa ejecución de la obra, de modo que el precio del contrato no se ajustará frente a cualquier dificultad o costo imprevisible (cláusula 4.12), tal como podría ser las condiciones geológicas o hidrológicas. Igualmente, el constructor es responsable de cualquier error, omisión o inexactitud encontrada en la información o especificaciones con que se construye. La única responsabilidad del mandante o comitente reside en la definición del propósito de los trabajos a ejecutarse y de los criterios con que deben ser ejecutados, según resulta de la cláusula 5.1.

Ahora bien, en la práctica es habitual que las reglas sobre distribución de riesgos tratándose de los contratos EPC, sean negociadas por las partes, procurando el constructor acotar al máximo sus riesgos.^[15]

Volviendo a la responsabilidad en los contratos “*Red Book*” y del “*Yellow Book*”, en su cláusula 17ª se establece la responsabilidad civil de cargo del constructor tratándose de la construcción de la obra, su cuidado y protección, y a cargo del mandante o comitente la derivada de guerra, rebelión, terrorismo, golpe de Estado, perturbación del orden público, materiales radioactivos o contaminantes, ondas de presión causadas por aviones, etc., y el uso u ocupación de la obra por el mismo comitente o por otra persona de la que el comitente fuere responsable, y de toda situación de la naturaleza que pueda considerarse impredecible. En el caso de materializarse los riesgos de cargo del comitente, tal como hemos dicho anteriormente, tendrá el constructor derecho a la extensión del contrato y a percibir la totalidad de los costos que sean consecuencia de la materialización del riesgo. Adicionalmente, cuando se trata de la ocupación de la obra por el comitente o del diseño realizado o contratado por él, deberá reconocerle

también la ganancia proporcional.

Con todo, en la responsabilidad de ambas partes se excluye las pérdidas de uso de la obra, el lucro cesante, la pérdida de otros contratos y los daños indirectos o mediatos. Asimismo, se sugiere establecer límites máximos de responsabilidad del constructor. En todo caso, las limitaciones de responsabilidad quedan sin efecto en caso de fraude o daño intencional.

5.- Los contratos FIDIC frente al Derecho Chileno.

El contrato de obra en Chile se encuentra regulado en los artículos 1996 y siguientes del Código Civil, como una clase de arrendamiento de servicios, siguiendo en ello la tradición romanista. Tratándose de la construcción de un edificio, sólo dos artículos del Código Civil chileno se refieren a ello, esto es, las normas establecidas en sus artículos 2003 y 2004. Esta regulación resulta del todo insuficiente con lo que es hoy en día un contrato de construcción, como asimismo con las costumbres y prácticas comerciales, especialmente en la órbita de la contratación moderna internacional.[16]

En el ordenamiento jurídico chileno es necesario distinguir el contrato privado de construcción, que se rige principalmente por las estipulaciones de las partes y por los preceptos que supletoriamente establece el Código Civil, del contrato de obra pública que se regula por las normas del Derecho Administrativo, entendiéndose por este último aquel “*inmueble construido por el Estado, directamente o en virtud de un contrato cuya finalidad es propender al bien público*”[17]. Tratándose de este último tipo de contratos regidos por el Derecho Público existe una normativa especial aplicable a ellos, que es obligatoria, ya que se trata de normas de orden público, no pudiendo las partes modificarlas.[18]

Los contratos privados de construcción se caracterizan por ser bilaterales, conmutativos y de tracto sucesivo, en el que una parte se obliga a ejecutar una obra, prestación de hacer, y más concretamente de resultado, y entregársela a la otra, que deberá pagar a cambio un precio cierto.

Conforme al artículo 1996 del Código Civil chileno, el contrato de construcción se clasifica atendiendo a quien suministra los materiales. Así, el contrato de obra es “*venta*” cuando es el artífice o empresario el que suministra los materiales y su perfección se alcanza cuando se aprueba la obra por quien la ordena; mientras que el contrato será de “*arrendamiento de servicios*” cuando los materiales son suministrados al artífice o empresario por el comitente que encargó la confección de la obra.

Si el contrato de obra importa una venta, se tratará de una venta de cosa futura y, por ende, queda sujeta a la condición de existir al momento de perfeccionarse el contrato, esto es, se trata de una venta bajo condición suspensiva, que se rige por el artículo 1813 del Código Civil chileno.

La importancia de la distinción del contrato de construcción entre “*venta*” y “*arrendamiento de servicios*” radica en la asunción de riesgos de pérdida de los materiales que se desplazan y se transfieren al que ordena la obra con suministro de materiales o al artífice o constructor, dependiendo si ésta ha sido reconocida y aprobada (artículo 2.000 del Código Civil chileno).[19] De esta manera, si la cosa perezca, el artífice no solamente pierde la materia, sino que también el precio de su trabajo, a diferencia de lo que ocurre si el contrato es calificado de arrendamiento, en que la pérdida de los materiales recaerá en la persona que encargó la obra, salvo que la cosa perezca por culpa del artífice o sus dependientes, según lo indica el inciso 2 del mismo artículo 2000 del Código Civil chileno.

Ahora bien, atendido el sistema de fijación de precios, los contratos de construcción en Chile, se clasifican en contratos para la construcción de obra material por suma alzada o por precio fijo cerrado; por precios unitarios o determinados por unidades, y contrato de arrendamiento de servicios o por administración delegada.

En los contratos a suma alzada, el precio convenido entre el mandante y el constructor se mantendrá invariable e inamovible, mientras que en los contratos de obra por serie de precios unitarios, el precio se fija y satisface por cada unidad de medida o pieza ejecutada y entregada de la obra a ejecutar. Por su parte, en los contratos de arrendamiento de servicios o por administración delegada, es el contratista el que asume la obligación de dirección, administración y ejecución de la obra, de modo que el costo total y efectivo de dicha construcción es de cargo exclusivo del propietario y la empresa constructora solo recibe un honorario por dicho trabajo.

Ahora bien, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, que inspira el derecho privado en Chile, no vemos inconveniente de poder emplear los modelos de contratos FIDIC para las obras a ejecutarse en Chile, en que la ley de fondo aplicable sea la chilena, ya que si bien su regulación difiere en algunos aspectos a la establecida en el Código Civil chileno, como por ejemplo en la distribución de los riesgos, no hay que olvidar que conforme al artículo 1545 del Código Civil el contrato celebrado por las partes es ley para ellas, de modo que perfectamente puede contener disposiciones distintas a la normativa jurídica de dicho Código, al establecerse los derechos y obligaciones de cada una de las partes frente al contrato de construcción de una obra, en términos tales que la normativa del Código Civil solo se aplicará en forma supletoria, generándose muchas veces contratos que pasan a tener el carácter de innominados, ya que no responden estrictamente a las modalidades de contratos de construcción reconocidos por el Código Civil chileno.

6.- La Solución de controversias en los contratos FIDIC.

Si bien invertir en un buen proyecto, con acabada ingeniería de detalle, en forma previa a efectuar el llamado a licitación o propuesta del mismo, es una regla de oro en materia de construcción, pues ello normalmente previene muchas disputas, y significa un ahorro de tiempo y dinero durante la etapa de construcción, en la realidad es habitual que igualmente se presenten conflictos al estarse ejecutando la obra, por lo que es importante conocer cuáles son los mecanismos de solución de éstos.

Los modelos de contratos FIDIC del “*Red Book*”, “*Yellow Book*” y “*Silver Book*”, establecen un sistema escalonado de solución de controversias, contruidos sobre la base que los conflictos puedan solucionarse en una etapa temprana,^[20] toda vez que una de las especiales características de las disputas de construcción es que invariablemente necesitan una solución rápida, aunque sea provisional, de modo de permitir que la obra y el contrato se pueda seguir ejecutando.^[21]

Los modelos “*Red Book*” y “*Yellow Book*”, en su cláusula 2.5, tratándose de los reclamos del mandante o comitente, éste debe notificar de ellos al constructor tan pronto tome conocimiento del evento o circunstancias en que se fundan dichos reclamos, gozando el ingeniero de la facultad para pronunciarse al respecto, ya sea estando de acuerdo o emitiendo una determinación, conforme a la cláusula 3.5. Por su parte, tratándose de los reclamos del constructor, de acuerdo a la cláusula 20.1, éste debe informarlos al ingeniero dentro de los 28 días desde que tuvo conocimiento del evento, debiendo entregar dentro de un plazo de 42 días el detalle completo de los fundamentos del reclamo. Luego, el mandante o comitente deberá responder o hacerse cargo del reclamo dentro del plazo de 42 días, efectuando sus comentarios de aprobación o no aprobación del reclamo. En seguida, el ingeniero debe pronunciarse emitiendo una justa determinación, según la cláusula 3.5. Si el constructor no acepta dicha determinación, goza de la facultad para someter el asunto a un *Dispute Adjudication Board* (DAB), conforme a la cláusula 20.2, y si queda insatisfecho con la decisión del DAB, goza de la facultad para someter el asunto a un arbitraje internacional, conforme a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), más conocida en inglés por su sigla ICC, según lo establecido en la cláusula 20.6, después de un *cool off period* de 62 días para el evento que no prospere un acuerdo amigable entre las partes durante dicho periodo. En el evento que las partes en el contrato acordaren someterse a otras reglas de arbitraje, como por ejemplo, arbitraje conforme a las normas de UNCITRAL, es conveniente señalar la institución que nombrará los árbitros o administrará el arbitraje, según se señala en las notas explicativas de FIDIC relativas a la sub-cláusula 20.6.

Ahora bien, tratándose del “*Silver Book*”, la diferencia en lo que respecta a los reclamos del constructor es que ellos deben ser resueltos en una primera instancia no por el ingeniero- figura que no se aplica en este tipo de contrato- sino por el propio mandante o comitente. Sin embargo, existe una diferencia significativa entre el “*Silver Book*” y el “*Yellow Book*” en relación al “*Red Book*”, ya que mientras los dos primeros prevén un *Ad hoc Dispute Adjudication Board*, el último considera un *Dispute Adjudication Board* permanente. Esta diferencia se explica por el hecho que tanto en el *Silver* como en el *Yellow Book* se asume que gran parte del trabajo va a ser ejecutado fuera del lugar de la obra, por ejemplo la preparación de una turbina a gas para una planta de energía de una industria, mientras que en el “*Red Book*” se asume que gran parte de las labores serán ejecutadas por el constructor en el mismo lugar de la construcción de la obra.[22]

En cuanto al funcionamiento de los *Dispute Adjudication Boards*, aún poco conocidos y desarrollados en Chile[23], sus decisiones son finales y obligatorias provisionalmente, esto es, mientras no fueren modificadas por un acuerdo de las partes o por el Tribunal Arbitral, de requerirse el arbitraje. El DAB estará formado por una o tres personas calificadas, independientes e imparciales, que es aconsejable se constituyan desde el inicio del contrato de construcción, para poder resolver a tiempo los conflictos que se pudieran presentar durante su ejecución.[24]

La incorporación de los DAB a los modelos FIDIC obedeció a la crítica planteada por la falta de independencia e imparcialidad del ingeniero- quien como hemos visto- en una primera instancia resuelve los reclamos, emitiendo determinaciones, siguiendo así la recomendación del Banco Mundial respecto al uso de los *Dispute Boards*. [25]

El uso de los *Dispute Boards* como mecanismo de solución de conflictos, tal como explica Fernando Marcondes[26], que partió hace varias décadas con gran éxito en Estados Unidos y Europa para las grandes obras de infraestructura, se ha ido hoy día extendiendo hacia obras de construcción más pequeñas comerciales e industriales, especialmente por su bajo costo de funcionamiento y efectividad.

7.- Conclusiones.

Los modelos de contratación FIDIC constituyen una excelente guía al momento de definir el tipo de contrato que se quiere para un determinado proyecto. Será el mandante o comitente que tendrá que determinar ello en función del tipo de riesgo que quiere asumir, para lo cual será también importante la opinión del grupo financiero del proyecto.

Los contratos FIDIC, entregan no solo modelos tipo de contrato de construcción, sino que guías muy útiles de buenas prácticas, que cubren toda la vida del proyecto, desde su concepción hasta su completa terminación, lo que facilita que todos los actores que participan en la obra puedan enfrentarse con reglas internacionalmente conocidas y aceptadas, que son compatibles tanto con el sistema jurídico del common law como del civil law, todo lo cual va en directo beneficio de la relación contractual de las partes y del proyecto a ejecutarse.

Si bien, tal como hemos señalado, los contratos FIDIC deben adaptarse no solo a los requerimientos del mandante o comitente sino especialmente a la realidad y necesidades de cada proyecto; es importante que los cambios o modificaciones que se adopten no los hagan perder su armonía básica y filosofía bajo la cual están contruidos, en aspectos tales como la adecuada preparación de toda la documentación necesaria para llamar a la propuesta de construcción, o por ejemplo, en una equilibrada distribución del riesgo en el contrato, en base al principio rector que el riesgo es conveniente que sea asumido en el contrato por la parte que está en mejores condiciones para administrarlo, ya que así se logrará una mayor eficiencia económica y un equilibrio contractual en beneficio de las propias partes y de un buen desarrollo de la ejecución de la obra.

Igualmente al redactar las bases generales y administrativas aplicables al llamado a propuesta, como también en la preparación del contrato de construcción, es menester tener presente las normas locales, regionales y ley aplicable al contrato.

Si bien, tal como hemos visto, tratándose del ordenamiento jurídico chileno, la normativa civil propia del contrato de construcción de obra es escasa, pero es perfectamente compatible con los modelos de contratación FIDIC .

Es por ello útil tener presente que si la ley de fondo aplicable es la chilena, que en lo no regulado en el propio contrato, tendrán aplicación supletoria las normas del Código Civil, por lo que resulta aconsejable que en el contrato de construcción se contemplen todas los acuerdos específicos de las partes, como, por ejemplo en materia de distribución de los riesgos del contrato.

Igualmente, es útil tener presente la conveniencia que en todo contrato de construcción, se contemple un mecanismo adecuado de solución de controversias, para lo cual siguiendo el modelo de los contratos FIDIC resulta de especial interés contar con una instancia pre-arbitral, como son los *Adjudication Dispute Boards*, ya que se trata de un mecanismo ágil, oportuno y de reducido costo para resolver los conflictos entre mandante o comitente y la empresa constructora, cuyas decisiones son obligatorias y finales para las partes, en la medida que no fueren modificadas de común acuerdo por las propias partes o por una decisión arbitral posterior. Sin embargo, es muy aconsejable que para que su labor sea fructífera se constituya y asuma conjuntamente con la suscripción del contrato de construcción.

En suma, estimamos que los contratos FIDIC son una herramienta de gran utilidad para ser empleados en grandes proyectos de construcción de obras no solo en Chile, sino para toda Latino América, ayudando a simplificar y uniformar todo el proceso de propuesta, de negociación del contrato, y posterior interpretación del mismo al surgir dificultades en su aplicación, todo lo cual supone hacer un esfuerzo de mayor divulgación entre los profesionales a cargo no solo de la preparación de las propuestas, sino también de la administración de los propios contratos, aprovechándose así la ya centenaria experiencia internacional de FIDIC en este tipo de contratos.

[1] La FIDIC es una prestigiosa organización internacional no gubernamental, que en el año 2013 cumple 100 años de existencia, con sede en Ginebra, que agrupa a ingenieros, profesionales de la industria de la ingeniería y construcción, instituciones financieras privadas, etc., cuyo principal objeto es representar internacionalmente los intereses de este sector, proveyéndoles de una amplia variedad de servicios. Mas información puede obtenerse en www.fidic.org

[2] Use of FIDIC Contracts in Central and South America, Pablo Laorden y Jaime Gray, Seminario International Construction Contracts and the Resolution of Disputes, Junio 2011, Sao Paulo Brasil.

[3] Podetti, Humberto, Contrato de Construcción, Editorial Astrea, Argentina, 2004, p.149.

[4] Adicionalmente FIDIC, en forma reciente en el año 2011, publicó un nuevo libro para subcontratistas, conocido como “ Conditions of Subcontract for construction”, que puede consultarse en www.fidic.org

[5] Wade, Chistopher, An Overview of FIDIC contracts, p.7

[6] Corbett, Edward, Fidic´s 1999 Rainbow-An Overview of the Red, Yellow, Silver and Green Books, material entregado en curso FIDIC Claims, Octubre 2012, Santiago, Chile.

[7] Adicionalmente FIDIC contempla el “ Gold Book”, que no analizaremos en esta oportunidad, más conocido como DBO contract(Design, Built and Operate), que es especialmente usado en proyectos de gran magnitud delegados por el Estado en la iniciativa privada, en áreas como transporte, servicios sanitarios, etc, en que el consorcio adjudicatario de la obra tiene la responsabilidad sobre todo el proyecto, su construcción y operación en el largo plazo.

[8] Podetti, Humberto, ob.cit. p.150

[9] Santos Gustavo y Aun Daniel, Contratos Fidic, capítulo VII de la obra Construção Civil e Direito, obra colectiva dirigida por Luiz Olavo Baptista y Mauricio Almeida, editorial Lex Magister,2011, p. 187

- [10] En las versiones primitivas del Red y del Yellow Book de 1987, se establecía que el ingeniero debía actuar en forma imparcial, lo cual no era posible al ser representante o empleado del comitente o mandante.
- [11] Podetti, Humberto, p.157.
- [12] Jane Jenkins and Simon Stebbings, International Construction Arbitration Law, Kluwer Law, 2006, p.32
- [13] Explicaciones dadas por Podetti, Humberto, ob. Cit. p. 161.
- [14] Santos Gustavo y Aun , Daniel, ob.cit. p 200, reproducen la clasificación de riesgos entregada por Luis Alberto Gomez en la obra colectiva Contratos EPC Turney Key, Editorial Visual Books, Florianopolis, año 2006
- [15] Santos, Gustavo, y Aun, Daniel, ob.cit. p.207.
- [16] Figueroa Velasco Patricio y Figueroa Valdés, Juan Eduardo, Urbanismo y Construcción, Editorial Lexis Nexis, año 2006, p.245
- [17] Huidobro Salas, Ramón, El contrato de construcción de obra pública, revista Gaceta Jurídica 170, año 1994, p. 20 y sig.
- [18] Normativa contenida en el Reglamento de Obras Publicas, D.S. 75 del Ministerio de Obras Publicas de 2004 y tratándose de los contratos de ejecución de obras para los servicios de vivienda y urbanización, se rigen por el D.S. 236 del MINVU, publicado en el Diario Oficial de 1 de Julio de 2003.
- [19] Figueroa Velasco Patricio y Figueroa Valdés, Juan Eduardo, ob. Cit. p. 246.
- [20] Seppala, Christopher, Constructor's claims under the FIDIC contracts for major Works, v.21, número 4, 2005, Construction Law Journal, London , England.
- [21] Jenkins Jane and Stebbings, Simon, ob. cit. p.7
- [22] Seppala, Christopher, Suitability of the FIDIC Silver Book, publicado en Revista de Arbitragem e Medicao, Brasil, año 2008, número 19.
- [23] Sobre el funcionamiento de los Dispute Boards en Chile puede consultarse Figueroa Valdés, Juan Eduardo, El arbitraje en los contratos de concesiones de obras públicas en Chile. Incorporación de los Dispute Boards o paneles técnicos de expertos, publicado en Gaceta Jurídica 350 Agosto de 2009, p. 7 y siguientes.
- [24] Tratándose del modelo FIDIC Gold Book año 2008, se contemplan nuevas normas sobre los DAB, en las cláusulas 1.1.31 y 20.5.
- [25] Jenkins , Jane and Setebbins, Simon, ob. cit. p.111
- [26] Antonio Fernando Mello Marcondes, Os Dispute Boards e os Contratos de Construção, en obra colectiva Construção Civil e Direito, obra coordinada por Luis Olavo Baptista y Mauricio Almeida, ob. Cit. p.139

*Creado por Juan Eduardo Figueroa Valdés
Arbitro I.C.D.R. y de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile
Profesor de Derecho, Universidad de los Andes*