

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL  
DE INGENIERÍA

ISABEL REIG FABADO

UNIVERSITAT DE VALENCIA  
Servei de Publicacions  
2003

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 18 de Juliol de 2003 davant un tribunal format per:

- D. José Luis Iglesias Buhigues
- D. Inocencio García Velasco
- D. Ramón Viñas Farré
- D. Enrique Fernández Masiá
- D. Guillermo Palao Moreno

Va ser dirigida per:

Dr. D. Carlos Espulgues Mota

©Copyright: Servei de Publicacions  
Isabel Reig Fabado

---

Depòsit legal:

I.S.B.N.:84-370-5810-4

Edita: Universitat de València  
Servei de Publicacions  
C/ Artes Gráficas, 13 bajo  
46010 València  
Spain  
Telèfon: 963864115

# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	18
INTRODUCCIÓN.....	24

## **PRIMERA PARTE: EL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA**

### **CAPÍTULO I: EL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA**

<b>I.- UN SUPUESTO PARADIGMÁTICO: EL CASO EUROTÚNEL .....</b>	<b>34</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	34
2.- ANTECEDENTES .....	36
3.- RASGOS GENERALES .....	37
<b>II.- CONTEXTO GENERAL DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA .....</b>	<b>41</b>
1.- EL FENÓMENO DE LA CONSTRUCCIÓN EN EL MERCADO INTERNACIONAL.....	41
A.- <i>Trascendencia económica y tendencia expansiva .....</i>	<i>41</i>
B.- <i>Distribución geográfica de las operaciones. El denominado proceso de “globalización” de la construcción.....</i>	<i>45</i>
C.- <i>Fragmentación del mercado y concentración de empresas: contradicción aparente .....</i>	<i>50</i>
2.- LA ACTIVIDAD DE LA INGENIERÍA Y SU DELIMITACIÓN CON SECTORES AFINES ...	53
A.- <i>Descripción de la actividad de ingeniería .....</i>	<i>53</i>
a.- <i>Concepto de la actividad, orígenes y evolución.....</i>	<i>53</i>
b.- <i>La vocación internacional de la ingeniería y el denominado factor humanitario .....</i>	<i>56</i>

<i>B.- La necesaria delimitación de dos sectores interrelacionados: ingeniería y construcción</i> .....	58
a.- La relación entre la ingeniería y la construcción.....	58
b.- La evolución de la actividad de la ingeniería: el elemento “construcción”	59
c.- La denominada “ingeniería-construcción” o comercial.....	61
d.- La distinción entre ingeniería y arquitectura.....	66
3.- FACTORES CONDICIONANTES DE LOS CONTRATOS DE INGENIERÍA .....	68
<i>A.- Elementos generales y factores específicos del asunto Eurotúnel</i> .....	68
a.- Un Convenio internacional: El Tratado de Canterbury.....	69
b.- El contrato internacional de concesión.....	72
c.- La financiación privada del proyecto y los contratos de crédito .....	75
<i>B.- Factores condicionantes de los contratos internacionales de ingeniería</i> .....	79
a.- El elevado riesgo económico de las operaciones .....	80
b.- La especialización profesional y el aspecto societario. Grupos de empresas y sociedades de ingeniería .....	81
c.- La tecnología. Transferencia de tecnología y know how.....	87
<b>II.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE INGENIERÍA INTERNACIONAL .....</b>	<b>90</b>
1.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA EN EL ASUNTO EUROTÚNEL.....	91
<i>A.- Características del contrato</i> .....	91
<i>B.- La subcontratación</i> .....	93
2.- EL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA .....	94
<i>A.- Naturaleza jurídica del contrato de ingeniería</i> .....	94
a.- La ausencia de regulación. Un contrato atípico de contenido complejo ...	94
b.- Un contrato o varios. Unidad versus pluralidad .....	99
c.- El proceso de “tipificación”.....	103

d.- A modo de descripción .....	108
<i>B.- Los sujetos del contrato. El conflicto de intereses entre los mismos.....</i>	<i>110</i>
a.- La pluralidad de sujetos.....	111
b.- El ingeniero: sus funciones.....	113
c.- El Estado como sujeto del contrato. El carácter público del contrato .....	118
d.- Un elemento adicional: la subcontratación .....	126
<i>C.- El objeto del contrato de ingeniería.....</i>	<i>131</i>
a.- La pluralidad de prestaciones .....	131
b.- El proyecto de la obra.....	134
<i>D.- El contenido del contrato de ingeniería .....</i>	<i>137</i>
a.- Fase precontractual del contrato de ingeniería .....	138
1.- Los estudios preliminares .....	139
2.- La concepción detallada del proyecto .....	140
3.- La adjudicación del contrato y el procedimiento de licitación .....	141
4.- La aceptación de la oferta: la carta de intenciones .....	148
5.- Los métodos de fijación del precio.....	149
6.- Las obligaciones precontractuales de las partes.....	157
b.- Fase preparatoria del contrato.....	159
c.- Fase operativa.....	162
1.- La ejecución de la obra .....	162
2.- La recepción de la obra .....	166
<i>E.- El factor tiempo como elemento consustancial.....</i>	<i>170</i>
a.- Un contrato de larga duración.....	171
b.- La mutabilidad del contrato.....	172
<b>III.- TIPOLOGÍA DEL CONTRATO DE INGENIERÍA .....</b>	<b>175</b>
1.- LA REVISIÓN DE LA DISTINCIÓN TRADICIONAL ENTRE CONSULTING ENGINEERING Y COMMERCIAL ENGINEERING .....	175

<i>A.- El esquema clásico: proyección versus ejecución de la “obra”</i> .....	176
<i>B.- Una nueva categoría: process engineering</i> .....	178
2.- LAS DISTINTAS MODALIDADES DEL CONTRATO DE INGENIERÍA .....	179
<i>A.- Ingeniería consultora -Consulting engineering -</i> .....	180
a.- Modelo clásico o convencional .....	182
b.- Modelo interno -in house- .....	183
c. - Modelo gestión de proyecto -project management- .....	184
d.- Contrato de asesoramiento - construction management-.....	186
<i>B.- Ingeniería comercial u operativa -Commercial engineering-</i> .....	186
a.- Contrato de ejecución de planta industrial -design & build- .....	188
b.- Contrato tradicional de ejecución de obra -design then bid- .....	189
c.- Contrato de proceso acelerado de construcción -fast track process construction-.....	189
<i>C.- Ingeniería de procedimiento -Process engineering-</i> .....	191
a.- Contrato de llave en mano -turn-key contract- .....	191
b.- Contrato producto en mano .....	194
c.- Contrato mercado en mano.....	195
d.- Proyectos B.O.T. - Build, Operate and Transfer-.....	195

**SEGUNDA PARTE:**  
**EL RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO**  
**INTERNACIONAL DE INGENIERÍA**

<b>I.- INTRODUCCIÓN</b> .....	197
1.- LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....	199
A.- <i>Las diferentes técnicas de reglamentación</i> .....	199
B.- <i>La relación entre la Lex Mercatoria y las normas de conflictos de leyes</i> ...	200
2.- LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN EL ASUNTO EUROTÚNEL ...	206
A.- <i>La cláusula de determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel</i> .....	207
B.- <i>La denominada doctrina del tronco común</i> .....	208
C.- <i>El reconocimiento por parte del juez estatal de la solución adoptada</i> .....	211

**CAPÍTULO II:**  
**EL IUS INGENIORUM: ¿UN NUEVO DERECHO UNIFORME DE**  
**LA INGENIERÍA?**

<b>I.- DE LA LEX MERCATORIA AL IUS INGENIORUM</b> .....	213
1.- LA LEX MERCATORIA .....	213
2.- EL LLAMADO IUS INGENIORUM.....	214
A.- <i>Introducción</i> .....	214
B.- <i>Distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica del ius ingeniorum</i> ....	215
C.- <i>La incidencia del ius ingeniorum en la regulación de los contratos internacionales de ingeniería</i> .....	217
a.- <i>Operatividad del ius ingeniorum</i> .....	217
b.- <i>Un supuesto concreto: los contratos de Estado</i> .....	219

D.- <i>El contenido del ius ingeniorum</i> .....	221
<b>III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL</b> .....	<b>223</b>
1.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL COMERCIO ACEPTADOS INTERNACIONALMENTE .....	223
A.- <i>Los principios generales del comercio internacional</i> .....	223
a.- Introducción .....	224
b.- La operatividad de los principios generales .....	226
B.- <i>Los principios de UNIDROIT (ámbito internacional)</i> .....	230
C.- <i>Los principios europeos del Derecho de los contratos –PECL- (ámbito regional)</i> .....	234
2.- LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNOS PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....	236
A.- <i>Principios generales de la ingeniería en el ámbito europeo</i> .....	238
<b>III.- LOS USOS Y LAS PRÁCTICAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL</b> .....	<b>241</b>
1.- LOS USOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA INGENIERÍA..	241
A.- <i>Introducción</i> .....	241
B.- <i>Prácticas generalizadas existentes en el sector</i> .....	243
a.- La realización de estudios de preinversión .....	244
b.- Los sistemas de fijación del precio .....	245
c.- Las garantías de buena ejecución.....	246
d.- Los contratos modelo .....	247
e.- Las funciones del ingeniero .....	248
f.- El suministro de sistemas de telecomunicación .....	249
g.- Los liquidated damages .....	249
2.- LOS CONTRATOS TIPO EN EL ÁMBITO DE LA INGENIERÍA.....	250
A.- <i>La importancia de los contratos modelo de ingeniería</i> .....	250
B.- <i>El proceso de estandarización de los contratos internacionales</i> .....	254



a.- El proceso de estandarización nacional .....	256
1.- <i>El Reino Unido</i> .....	256
2.- <i>Irlanda</i> .....	258
3.- <i>Estados Unidos de América</i> .....	258
4.- <i>Canadá</i> .....	260
5.- <i>Japón</i> .....	261
6.- <i>Francia</i> .....	262
7.- <i>Bélgica</i> .....	262
8.- <i>Holanda</i> .....	263
9.- <i>Alemania</i> .....	263
10.- <i>Italia</i> .....	264
11.- <i>España</i> .....	264
b.- El proceso de estandarización institucional europea (con especial referencia al FED -Fondo Europeo para el Desarrollo-).....	265
1.- <i>El FED (Fondo Europeo para el Desarrollo)</i> .....	272
1.a.- Introducción .....	272
1.b.- Los contratos modelo del FED .....	274
1.c.- Los cahiers generales .....	275
c.- El proceso de estandarización internacional .....	276
1.- <i>Las asociaciones profesionales internacionales (con especial referencia a la FIDIC)</i> .....	277
1.a.- La FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) .....	279
1.a.1.- Introducción .....	279
1.a.1.1.- Los contratos modelo de la FIDIC.....	280
1.a.1.1.1.- El <i>libro rojo</i> de la FIDIC .....	284
1.a.1.1.1.1.- La reforma de 1999 de los contratos modelo de la FIDIC.....	290
1.a.1.1.1.1.a.- <i>La necesidad de reforma: los nuevos modelos</i> .....	290
1.a.1.1.1.1.b.- <i>Estructura y disposición de los nuevos modelos: los criterios de selección</i> .....	292
1) Proyectos de cuantía inferior a medio millón de dólares .....	293
2) Proyectos de cuantía superior a medio millón de dólares .....	294
1.a.1.1.1.1.c.- <i>La impronta de los nuevos modelos: su aportación</i> .....	297
1.a.1.1.1.1.1.- Análisis comparativo entre los contratos modelo FED y FIDIC .....	300
2.- <i>Las instituciones internacionales</i> .....	304
a) La Comisión Económica de la ONU para Europa .....	304
b) La CNUDMI .....	305
c) <i>la ONUDI</i> .....	306

d) Otras instituciones .....	307
<b>3.- Los bancos internacionales .....</b>	<b>307</b>
a) El Banco Mundial (BM).....	308
c) El Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BECD).....	310
d) El Banco Interamericano para el desarrollo (Inter-American Development Bank –IDB-) .....	310
e) El Banco Asiático para el Desarrollo (BAD).....	311
f) El African Development Bank (AFDB).....	312
g) Otras entidades internacionales de financiación.....	312
<b>IV.- LA PRÁCTICA ARBITRAL .....</b>	<b>314</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	314
<i>A.- La práctica arbitral en el sector de la ingeniería como fuente del Derecho del comercio internacional .....</i>	<i>314</i>
2.- LA PRÁCTICA ARBITRAL DE LA CCI (CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARÍS) .....	317
<i>A.- Introducción.....</i>	<i>317</i>
<i>B.- La práctica relativa a contratos internacionales de ingeniería.....</i>	<i>319</i>
3.- LA PRÁCTICA ARBITRAL DEL CIADI (CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS EN MATERIA DE INVERSIONES) .....	321
<i>A.- Introducción.....</i>	<i>321</i>
<i>B.- La práctica arbitral en los contratos internacionales de ingeniería.....</i>	<i>323</i>

## **CAPÍTULO III: LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA**

<b>I.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>327</b>
1.- LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....	327
<i>A.- Aspectos generales: el estado de la cuestión.....</i>	<i>327</i>
<i>B.- Planteamiento de la problemática de la determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería: esquema de análisis. 332</i>	

2.- LA AUTONOMÍA MATERIAL Y EL PAPEL DE LA LEX CONTRACTUS: EL IUS INGENIORUM Y LA LEY ESTATAL.....	335
<i>A.- Perspectiva arbitral.....</i>	335
<i>B.- Perspectiva judicial.....</i>	337
3.- LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA.....	339
<i>A.- Las formas de participación del Estado: los contratos administrativos, los contratos privados y los contratos de Estado en sentido estricto .....</i>	339
<i>B.- El régimen de ley aplicable a los contratos de Estado stricto sensu .....</i>	342
a.- Opciones: La aplicación de un ordenamiento jurídico estatal, la presunción a favor del Derecho del Estado contratante; la teoría de la internacionalización de los contratos stricto sensu .....	342
b.- La solución propuesta .....	344
<i>C.- La iniciativa de financiación privada (Private Finance Initiative o PFI) de las obras públicas.....</i>	346
<b>II.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....</b>	<b>353</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	353
2.- EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERIA: ASPECTOS GENERALES.....	356
<i>A.- La conveniencia de un pacto a favor de ley estatal .....</i>	356
a.- Unificación del régimen rector de los contratos internacionales de ingeniería como contratos complejos .....	356
b.- La elección de ley estatal en combinación con la elección de la lex ingenorum: carácter complementario de la autonomía conflictual y material .....	359
<i>B.- La elección de ley estatal y la internacionalidad del contrato de ingeniería: la proyección del art. 3.3 del Convenio de Roma.....</i>	360
<i>C.- Condiciones del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos internacionales de ingeniería .....</i>	362
3.- LA FRAGMENTACIÓN VOLUNTARIA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA .....	364

4.- LAS CLÁUSULAS DE MODIFICACIÓN DEL DERECHO ELEGIDO .....	370
<b>III. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA EN DEFECTO DE PACTO ENTRE CLIENTE Y CONTRATISTA .....</b>	<b>372</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	372
2.- PERSPECTIVA JUDICIAL. ESPECIAL ATENCIÓN AL CONVENIO DE ROMA DE 19 DE JUNIO DE 1980 SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ...	375
<i>A.- La determinación del centro de gravedad del contrato y su función socio-económica. La disyuntiva clásica: la ley del lugar del establecimiento principal del contratista v. la ley del lugar de ejecución de la obra .....</i>	<i>375</i>
<i>B.- La ley del lugar del establecimiento principal del contratista .....</i>	<i>378</i>
a.- Las razones justificativas de su consideración en los contratos internacionales de ingeniería .....	378
b.- La relevancia de la ley de la sede del contratista en los distintos instrumentos de determinación de la ley aplicable a los contratos.....	381
<i>C.- La ley del lugar de ejecución de la obra contratada: el juego del art. 4.5 del Convenio de Roma.....</i>	<i>387</i>
a.- Las razones justificativas de su consideración en los contratos internacionales de ingeniería .....	387
b.- La relevancia de la ley del lugar de ejecución de la obra contratada en los distintos instrumentos de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería. La incidencia del art. 4.5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 .....	389
3.- FRACCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN REGULADOR DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA EN DEFECTO DE LEY ESTATAL ELEGIDA .....	397
<i>A.- Aspectos generales: la ley aplicable a las obligaciones principales y a las relaciones complementarias (subcontratación y al grupo de empresas).....</i>	<i>397</i>
<i>B.- Obligaciones principales y accesorias en el contrato internacional de ingeniería: posible fraccionamiento judicial.....</i>	<i>398</i>
<i>C.- Obligaciones principales y relaciones secundarias o complementarias respecto del contrato internacional de ingeniería.....</i>	<i>400</i>
a.- El grupo de empresas.....	400
b.- La subcontratación .....	402

4.- PERSPECTIVA ARBITRAL RESPECTO DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA EN DEFECTO DE PACTO .....	403
<i>A.- Aspectos generales: Los criterios de selección del Derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto.....</i>	403
<i>B.- Ley aplicable a las relaciones principales entre cliente y contratista: normativas sobre arbitraje y práctica arbitral en relación a los contratos internacionales de ingeniería.....</i>	408
a.- Variedad de soluciones barajadas .....	409
b.- Especial referencia a la ley del lugar de ejecución de la obra proyectada .....	411
<i>C.- Ley aplicable a las relaciones accesorias y secundarias: la fragmentación del contrato internacional de ingeniería a cargo del Tribunal arbitral .....</i>	414
<b>IV.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEX CONTRACTUS. PARTICULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS .....</b>	<b>417</b>
<b>INTERNACIONALES DE INGENIERÍA: INCUMPLIMIENTO, SISTEMA DE GARANTÍAS, MODIFICACIÓN DEL DERECHO ELEGIDO .....</b>	<b>417</b>
1.- ÁMBITO GENERAL DE APLICACIÓN DE LA LEX CONTRACTUS: EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA.....	417
2.- EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA: REMEDIOS .....	419
<i>A.- General .....</i>	419
a.- Determinación del incumplimiento: responsabilidad .....	419
b.- El reparto de los riesgos.....	422
<i>B.- Sistema de garantías.....</i>	425
a.- Introducción .....	425
b.- Garantías condicionales y garantías independientes.....	426
c.- La regulación de las garantías .....	430
d.- El sistema de garantías en los contratos modelo de la FIDIC.....	432
e.- Principales clases de garantías en los contratos internacionales de ingeniería .....	434

C.- <i>Cláusulas penales</i> .....	438
a.- Liquidated damages .....	438
b.- Penalties .....	439
D.- <i>Seguros</i> .....	439
a.- Seguro de daños .....	440
b.- Seguro de responsabilidad .....	441
3.- MODIFICACIÓN DEL DERECHO ELEGIDO. CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN EL DESARROLLO DEL CONTRATO .....	441
A.- <i>Cláusulas de variación (Variations clauses)</i> .....	442
B.- <i>Cláusulas de imprevisión y salvaguarda o hardship</i> .....	443
C.- <i>Cláusulas de fuerza mayor</i> .....	444
<b>V.- APLICACIÓN DE NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA</b> .....	<b>447</b>
1.- LA INCIDENCIA DE LAS NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....	447
A.- <i>La proyección de las normas materiales imperativas en el régimen regulador de los contratos internacionales de ingeniería</i> .....	448
B.- <i>Las distintas normas materiales imperativas vinculadas a los contratos internacionales de ingeniería</i> .....	452
a.- Las normas materiales imperativas del foro .....	452
b.- Las normas materiales imperativas de la <i>lex contractus</i> .....	453
c.- Las normas materiales imperativas de la ley del lugar de ejecución de la obra.....	455
d.- Las normas materiales imperativas de la ley del establecimiento del contratista .....	457
2.- LOS CAUCES DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA: PERSPECTIVA ARBITRAL Y JUDICIAL. ESPECIAL INCIDENCIA DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980 SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.....	458
A.- <i>Perspectiva arbitral</i> .....	458

*B.- Perspectiva judicial: el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ..... 464*

**TERCERA PARTE:**  
**LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS  
CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA**

**CAPÍTULO IV:**  
**LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS  
INTERNACIONALES DE INGENIERÍA**

<b>I.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>470</b>
1.- LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	470
2.- LA VÍA ARBITRAL COMO ALTERNATIVA A LA JUSTICIA ESTATAL.....	473
3.- EL DESARROLLO DE LOS MECANISMOS DE ADR –ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION-.....	476
4.- LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO .....	481
<b>II.- LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ASUNTO EUROTÚNEL .....</b>	<b>484</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	484
2.- EL COMITÉ DE EXPERTOS DEL EUROTÚNEL .....	485
3.- LOS ARBITRAJES EUROTÚNEL.....	490
4.- LA INTERVENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESTATALES EN EL ASUNTO EUROTÚNEL .....	494

<b>III.- LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....</b>	<b>497</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	498
2.- PROBLEMAS PARTICULARES QUE SE SUSCITAN EN LAS DISPUTAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA .....	498
<i>A.- Factores que afectan al desarrollo temporal del contrato .....</i>	<i>498</i>
a.- La fase inicial del contrato .....	499
b.- La ejecución de las obras .....	499
c.- El periodo de concesión.....	500
<i>B.- Disputas relativas a los sujetos implicados .....</i>	<i>501</i>
a.- conflictos entre el cliente y el contratista .....	502
1.- Disputas relativas al pago.....	503
2.- Disputas derivadas del cambio de circunstancias .....	504
3.- Las disputas derivadas de los sistemas de garantías a primera demanda.....	506
b.- Disputas con el ingeniero .....	507
c.- Disputas entre los socios de una joint venture .....	509
d.- Disputas con los subcontratistas.....	510
1.- Las cláusulas de pago pay when paid en materia de subcontratación.....	512
3.- OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	514
<i>A.- Negociación.....</i>	<i>516</i>
a.- La resolución amistosa (amicable settlement).....	516
b.- La prevención de disputas .....	517
1.- La vía asociativa.....	518
2.- El DAP –Dispute Resolution Adviser-.....	518
c.- El partnering o negociación facilitada.....	520
<i>B.- La intervención de una tercera parte en la negociación.....</i>	<i>521</i>
a.- El Adviser o Intervener .....	521



b.- El procedimiento para la adaptación del contrato .....	522
c.- La mediación .....	523
d.- La conciliación.....	525
e.- Fórmulas heterocompositivas de ADR .....	527
1.- <i>El expert o el dictamen pericial no vinculante</i> .....	527
2.- <i>El adjudicator</i> .....	529
f.- Otras técnicas (expertos imparciales y mini- trials) .....	530
1.- <i>Los mini-trials o juicios informales por jurado</i> .....	530
g.- Los procedimientos prearbitrales .....	532
1.- <i>La función del ingeniero en la resolución de controversias. La cláusula 67 de las condiciones FIDIC</i> .....	532
1.a.- La designación del ingeniero .....	535
2.- <i>Los Comités de resolución de controversias: el DAB (Dispute Adjudication Board) y el DRB (Dispute Review Board)</i> .....	536
2.a.- El DAB.....	537
2.a.1.- Constitución y nombramiento del DAB .....	539
2.a.1.1.- Modalidades del DAB .....	540
2.a.1.1.a.- <i>El DAB Permanente</i> .....	540
2.a.1.1.b.- <i>El DAB ad hoc</i> .....	542
2.a.1.1.c.- <i>La modalidad elegida por la FIDIC</i> .....	543
2.b.- El DRB.....	543
3.- <i>El procedimiento en los mecanismos prearbitrales: análisis comparativo de los procedimientos de la intervención del ingeniero y del DAB</i> .....	545
3.a.- Introducción .....	545
3.b.- Procedimientos escalonados .....	546
3.c.- Los requisitos previos al procedimiento prearbitral .....	547
3.c.1.- Las reclamaciones contractuales .....	548
3.c.1.a.- <i>El procedimiento de reclamación contractual del contratista</i> .....	549
3.c.1.b.- <i>El procedimiento de reclamación contractual del cliente</i> .....	550
3.c.1.1.- La existencia de una disputa.....	551
3.d.- El procedimiento prearbitral.....	553
3.d.1.- La obligación de someter la controversia.....	554
3.d.1.1.- La adopción de la decisión.....	554
3.e.- La resolución amistosa -Amicable settlement-.....	555
h.- El arbitraje internacional .....	557

<i>1.- Introducción</i> .....	557
<i>2.- El arbitraje FIDIC</i> .....	559
2.a.- Los requisitos de la sumisión al arbitraje.....	560
2.b.- La competencia del árbitro y el procedimiento prearbitral .....	563
2.c.- El procedimiento arbitral.....	566
2.c.1.- Recurso de la decisión prearbitral.....	567
2.c.1.1.- Incumplimiento de la decisión prearbitral .....	568
2.c.1.1.1.- El recurso directo al arbitraje.....	572
<i>3.- La cláusula arbitral en otros modelos contractuales</i> .....	572
<i>4.- El arbitraje multiparte</i> .....	574
i.- La adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje.....	578
1.- <i>El procedimiento de référé</i> .....	579
2.- <i>La intervención del juez para adoptar medidas cautelares en función de un arbitraje</i> .....	582

<b>CONCLUSIONES</b> .....	585
<b>JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICA ARBITRAL</b> .....	605
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	621



## **ABREVIATURAS**

AAA.....	American Arbitration Association
ACE.....	Association of Consulting Engineering
ACEC.....	American Consulting Engineering Council
ADI.....	Anuario de Derecho Internacional
ADR.....	Alternative Dispute Resolution
AFNOR.....	Association Française de Normalisation
AFOB.....	African Development Bank
AIA.....	The American Institute of Architects
Am.J.Comp.L.....	American Journal of Comparative Law
Am.J.Int.L.....	American Journal of International Law
Arb. Int.....	Arbitration International
BAD.....	Banco Asiático para el Desarrollo
BECD.....	Banco Europeo para la Construcción y el Desarrollo
BGH.....	Bundesgerichtshof
BM.....	Banco Mundial
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
C. App.....	Cour d'Appel (Bélgica, Francia)
C.....	Cour (Bélgica, Francia, Luxemburgo)

C.A.....Court of Appeal (Inglaterra), United States Court of Appeal (Estados Unidos)

C.c.....Code civil (Bélgica, Francia, Luxemburgo), Codice civile, Código civil

C.Cass.....Cour de Cassation (Bélgica, Francia, Luxemburgo)

C.co.....Código de comercio

C.J.....Court's Justice

Cal.Super.Ct.....California's Superior Court

CCAG.....Cahiers des Clausules Administratives Générales

CCAP.....Cahiers des Clausules Administratives Particulières

CCI/ICC.....Cámara de Comercio Internacional/International Chamber of commerce

CCSJC.....ICE Conditions of Contracts Standing joint Committee

CDCal.....Court District of California

CED.....Consulting and Engineering Design

CEE de la ONU.....Comisión Económica para Europa de la Organización de Naciones Unidas

Cir.....Circuit

Clunet.....Journal de droit international privé et de la jurisprudence comparée (1.1874-41.1914); Journal de droit international (desde 42.1915)

CNC.....Comité Nacional de Construcción

CNUDMI.....Comité de las Naciones Unidas para el Derecho  
Mercantil Internacional

Com. Ct.....Commercial Court

Comm.M.L.Rev.....Common Market Law Review

CRL.....Comité de Resolución de Litigios

D.....Decreto. RecueilDalloz, District, Decret

D.C.....United States District Court

D.C.cir.....District of Columbia Circuit

D.O.C.E.....Diario Oficial de las Comunidades Europeas

Der. Negocios.....Derecho de los Negocios

Dr.prat.com.int.....Droit et pratique du commerce international

E.R.....English Reports

ed.....Edición

Ed.....Editor

EIC.....European Contractors Association

ENAA.....Engineering Advancement Association of Japan

F. 2d.....Federal Reporter, Second Series

F.....Federal Reporter

Fed. Rep.....Federal Report

FED/EDF.....Fondo Europeo de Desarrollo/European  
Development Fund

FIDIC.....	Fédération International des Ingenieurs-Conseils
Gius. civ.....	Giustizia Civile
GRIM.....	Grupo de Reflexión, Información y Gestión
H.C.....	High Court
H.L.....	House of Lords
I.B.A.....	International Bar Association
I.C.L.Q.....	International and Comparative Law Quartely
I.C.L.R.....	International Construction Law Review
I.D.I.....	Institut de Droit International
Ibidem.....	Del mismo autor
ICE.....	The Institution of Civil Engineering
ICEX.....	Instituto de Comercio Exterior
Int. Bus. Law.....	International Business Lawyer
Int.Comp.J.Rep.....	Intenational Court of Justice Repertoire
IPRax.....	Praxis der Internationalen Privat-und Verfahrensrechts
J.B.L.....	Journal of Business Law
JCT.....	Joint Contract Tribunal
L.R.....	Law Reports
La Ley.....	La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía

Lloyd's Rep.....	Lloyd's Report (desde 1950)
N.Y.....	New York Court of Appeals Reports
N.Y.2d.....	New York Court of Appeals Reports, Second Series
N.Y.Super.Ct.....	New York Superior Court
NEC.....	New Engineering Contract
NSPE.....	National Society of Professional Engineers
OGH.....	Oberster Gerichtshof
OHL.....	Oberlandesgericht
ONUDI.....	Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
Op.cit.....	Obra citada
R. des C.....	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
R.D.M.....	Revista de Derecho Mercantil
RAJ.....	Repertorio Aranzadi Jurisprudencia
Rec.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal/Cour de Justice des Communautés Européennes. Recueil de la Jurisprudence de la Cour
REDI.....	Revista española de Derecho internacional
Rev.arb.....	Revue de l'arbitrage
Rev.crit.dr.int.priv.....	Revue de droit international privé et de droit



pénalinternational (1.1905-17.1921); Revue de droit international privé (18.1923-34.1939); Revue critique de droit international (35.1946); Revue critique de droit international privé (desde 1947)

Rev.dr.aff.int.....Revue de droit des affaires internationales

Rev.int.dr.com.....Revue international de droit comparé

RGD.....Revista General de Derecho

RIBA.....The Royal Institute of British Architects

Riv.dir.int.....Rivista di diritto internazionale

Riv.dir.int.priv.proc.....Rivista diritto internazionale privato e processuale

S.Ct.....Supreme Court

STS.....Sentencia del Tribunal Supremo

Trav.Com. fr.dr.int.priv...Travaux du Comité français de droit international privé

TS.....Tribunal supremo

U.S.....United States Supreme Court Reports

UNCITRAL.....United Nations Commission on International Trade Law

UNCTAD.....United Nations Commission on Trade Law

UNIDO.....United Nations Industrial Development Organisation

## **INTRODUCCIÓN**

El sector de la construcción y, particularmente, el ámbito de la ingeniería de obras industriales y de infraestructuras, se presenta actualmente como un elemento determinante en la economía y el desarrollo de los países.

A nivel mundial, este sector puede suponer entre un 8 y un 10% del producto interior bruto (PIB) de los países desarrollados. Bajo la influencia de una tendencia clara a la redistribución geográfica de los actores implicados que dan entrada a mercados emergentes como Turquía, Brasil o la llamada Europa del Este<sup>1</sup>.

En España, las estadísticas avalan esta afirmación. En la década de 1990, este sector ha supuesto un 10% del PIB, con un crecimiento medio anual del 6% durante este periodo<sup>2</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, la trascendencia económica de estos contratos contrasta con la ausencia de una regulación legislativa específica en los Derechos estatales. Situación que justifica el desarrollo de este trabajo, que a lo largo de cuatro capítulos, pretende plantear algunas de las cuestiones que se suscitan, fundamentalmente, desde la óptica del Derecho internacional privado.

---

<sup>1</sup> *Vid.* Introducción *infra*.

<sup>2</sup> Estas cifras fluctúan un tanto pero se siguen situando en un 7.6% del PIB en 1997 y se atiende a un crecimiento del sector de un 10% en 1999 y a un incremento de beneficios del 22% en 2001. *Vid.* [www.ine.es](http://www.ine.es).

El desarrollo de este trabajo atiende en torno al análisis de un supuesto práctico de contrato internacional de ingeniería que opera de catalizador en los planteamientos teóricos que se formulan: la construcción del túnel del Canal de la Mancha. Más conocido como el asunto Eurotúnel, ésta se presenta como una de las operaciones transfronterizas más importantes en la realización de obras de infraestructura, canalizada jurídicamente a través de la figura del contrato internacional de ingeniería, como veremos.

Se trata de un caso paradigmático en este tipo de contratos que ayuda a configurar el perfil jurídico de los mismos y a analizar los problemas de derecho aplicable y de resolución de controversias que se plantean en este ámbito. Un ejemplo de contrato internacional de ingeniería que contenía una cláusula de sumisión a la *Lex Mercatoria* y que, en materia de resolución de controversias, dio lugar a más de tres años de conflictos.

Asunto, asimismo, pionero en el campo de la financiación privada de obras públicas de infraestructura que se sitúa en el plano de la actualidad en España. En este sentido, en junio de 2002 se ha presentado, precisamente, un propuesta legislativa para la financiación privada de obras de infraestructura<sup>3</sup>. Siendo, además, que en 2003, se ha adjudicado, por primera vez en este país, una obra de infraestructura ferroviaria de financiación privada en el marco de una operación

---

<sup>3</sup> Proyecto de Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas que se encuentra, actualmente en proceso de tramitación parlamentaria. Esta iniciativa legislativa es otra propuesta de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la que la regulación de este contrato establece, sustancialmente, tres vías de financiación para la construcción de obras de infraestructuras. Además de la financiación pública (contando con ayudas comunitarias), se prevé el pago anticipado por el contratista y su devolución aplazada por la Administración y la modalidad de financiación privada en régimen de concesión y explotación. Esta última vía es la que desarrolla la iniciativa legislativa. El sistema del Proyecto de ley prevé que sea la parte contratista la que asuma los riesgos de construcción, conservación y explotación. *Vid.* DOCCGG, serie A, 21 de junio de 2002, núm. 99, pp. 1 y ss.

transfronteriza entre Francia y España<sup>4</sup>. Teniendo en cuenta, además, que el gobierno español prevé en el actual Plan de Infraestructuras que un 21% del total de los fondos destinados a estas obras de las Administraciones Públicas provendrán de la iniciativa privada<sup>5</sup>.

Más concretamente, el desarrollo de la estructura planteada en este trabajo nos lleva, como punto de partida en el capítulo primero, al análisis de régimen jurídico del contrato de ingeniería. Un contrato atípico y complejo que requiere la concreción de aspectos relativos a su naturaleza jurídica, su objeto, los sujetos implicados y las distintas modalidades contractuales que engloba.

La complejidad de estas operaciones y la larga duración de las mismas repercute en el conflicto de intereses suscitado entre los sujetos implicados en las mismas: cliente, contratista e ingeniero. La inclusión del factor tecnológico y la utilización de métodos más perfeccionados en la realización de las obras no han acabado con los riesgos que implica una operación de tamaña magnitud.

La entrega de la obra en plazo, la responsabilidad del contratista por vicios o del ingeniero por defectos, se acompañan, en el comercio internacional, de una pluralidad de regímenes jurídicos diferentes que aportan soluciones diversas. Situación que se ve agudizada por la actual coexistencia de múltiples modalidades contractuales en el sector de la

---

<sup>4</sup> Para ello, recientemente, se ha seleccionado al consorcio internacional denominado Euroferro, formado por la constructora española Dragados y la francesa Bouygues para negociar la adjudicación de la línea ferroviaria de alta velocidad (AVE) hispano-gala. El presupuesto inicial del tramo Figueres-Perpignan –de 45 km.- se sitúa en 714 millones de euros y los gobiernos español y francés se comprometen a poner en funcionamiento en 2005, con 3,5 millones de usuarios en el primer año. Euroferro debe negociar con la Comisión Intergubernamental hispano-francesa el contenido del futuro contrato de construcción y de concesión, por un periodo de 50 años. Si no se alcanza un acuerdo se pasaría a negociar con el segundo candidato del Informe del Comité de examen de ofertas. Se trata de un contrato al que han optado las principales constructoras españolas (Ferrovial, ACS, FCC con OHL y Necso con Sacyr), como parte de otros consorcios hispano franceses. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 12 de julio de 2002.

<sup>5</sup> *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 8 de junio de 2002.

ingeniería y que nos lleva al tratamiento, en los capítulos segundo y tercero, de las cuestiones relativas al derecho aplicable a estos contratos.

Como decimos, todas estas circunstancias se plasman en el asunto Eurotúnel, una obra que, dada su complejidad, conllevó la estructuración de un marco jurídico –complejo- adecuado. Para ello, se llevaron a término diferentes acuerdos jurídicos. Por un lado, la conclusión de un Tratado internacional entre Francia y Reino Unido, por otro, la de un contrato de concesión entre entidades de las dos nacionalidades y los dos Estados implicados. Y, finalmente y por lo que a este trabajo realmente interesa, la celebración de un contrato internacional de ingeniería entre las concesionarias y un consorcio de empresas constructoras para su realización.

En la práctica, desde principios del siglo XX, las dificultades señaladas en este sector de la contratación internacional han intentado ser paliadas a través de la elaboración de contratos modelo. La intervención, en un principio, de asociaciones profesionales de ingeniería –FIDIC, ICE o RIBA, entre las pioneras- en el proceso de estandarización, ha dejado paso ahora a otros organismos internacionales –UNCITRAL, FED o Banco Mundial, entre otros-. De hecho, el contrato internacional de ingeniería del Eurotúnel tomaba como base el modelo contractual de la FIDIC más utilizado en el ámbito internacional: el denominado *libro rojo*.

El proceso de estandarización operado en el sector de la ingeniería destaca por su importancia cuantitativa –señalamos, como se verá más adelante, más de 30 modelos contractuales elaborados por diferentes asociaciones profesionales y organismos internacionales-. Este fenómeno revela la necesidad de un tratamiento uniforme que se ha procurado a través de la reiteración de determinadas cuestiones que se suscitan en la mayoría de estos modelos –cláusulas de variación de

precio, de fuerza mayor y *hardship*, sistema de garantías y resolución de controversias-.

La elaboración de contratos modelo de ingeniería, unido a la proliferación de principios generales y de una práctica arbitral cada vez más abundante, arroja como resultado la creación de un conjunto de reglas autorreguladoras anacionales. Asistimos, pues, en el ámbito de la ingeniería, a la existencia de una nueva *Lex Mercatoria*, que se denomina, en este campo, *ius ingeniorum*. Y no sólo destaca su existencia, sino que trataremos de demostrar su verdadera presencia en el campo de la ingeniería.

De esta suerte, el contrato internacional de ingeniería del asunto Eurotúnel contenía una cláusula de determinación del Derecho aplicable donde las partes elegían, precisamente, el *ius ingeniorum*. Bajo una fórmula que optaba, en primer lugar –y como se verá- por la denominada doctrina del *tronco común*, que resulta, en cierto modo, frecuente en esta categoría. Doctrina que, en este caso concreto, se materilizaba en la determinación como régimen aplicable de los principios comunes del Derecho inglés y el Derecho francés. Y en su defecto, el régimen rector elegido se refería a los usos y principios propios del comercio internacional en este sector.

Sin embargo, los problemas que plantea un régimen anacional, que, por un lado, no ofrece una reglamentación integral de la relación contractual y, por otro, carece de fuerza sancionatoria, plantea un reto que va más allá de su mero análisis y que implica, directamente, a los Derechos estatales. En este sentido, y por lo que se refiere a España y al ámbito europeo, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, ofrece una reglamentación uniforme en el plano conflictual que se presenta como un nexo de unión entre el *ius ingeniorum* y los Derechos estatales que resultan necesarios en la regulación completa de estos contratos.

Razón por la que, en nuestro análisis, la tensión entre los planos sustantivo, por una parte, y conflictual, por otra, trata de superar su tradicional enfrentamiento para intentar encontrar una relación de complementariedad que ofrezca una solución satisfactoria a las necesidades del tráfico externo.

Es evidente que, en el ámbito de la contratación internacional y, concretamente, en el sector de la ingeniería, existe un espacio transnacional con unas conductas que lo rigen, aportando un grado muy apropiado de especialización. Sin embargo, esta regulación no puede considerarse independiente ni carente de control estatal. La conexión de ambos planos se produce en el plano de los contratos internacionales y del arbitraje comercial internacional. En esta línea, la relación entre ambas dimensiones se concibe en términos de interdependencia y complementariedad, que quedan latentes a lo largo de este trabajo. Interrelación que encuentra justificación en el sector de la ingeniería en cuanto: 1) El carácter incompleto del *ius ingeniorum*, obliga a recurrir a la regulación estatal. 2) La necesidad del amparo estatal para la ejecución del laudo arbitral.

En este sentido, siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS y a SÁNCHEZ LORENZO, la *Lex Mercatoria* “descansa en el regazo de los Estados y su importancia deriva del grado de admisibilidad y permisividad de los Estados a la autonomía material y en el recurso al arbitraje, pero nunca exento de todo control”<sup>6</sup>.

La incidencia del *ius ingeniorum* se agudiza en el plano arbitral, donde los ábitros no están sometidos a las directrices y limitaciones de las reglamentaciones estatales. Por esta razón, resulta necesario distinguir dos dimensiones de operatividad del *ius ingeniorum*, a saber, la vía judicial y la arbitral, donde se establecen distintos grados de

---

<sup>6</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.-SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 184.

eficacia y admisibilidad, si bien se trata de planos directamente relacionados.

La constante interrelación entre las dos técnicas reguladoras se subraya en el desarrollo de este trabajo, siendo que su estructura obedece a un intento de demostrar la necesidad de acudir a los dos en la práctica para la apropiada regulación de los contratos internacionales de ingeniería.

Por esta razón, en materia de derecho aplicable se ha procedido, en primer término y en el capítulo segundo, al análisis del fenómeno del *ius ingeniorum*, con vocación de ofrecer unas conductas reguladoras sustantivas de estos contratos en la práctica del comercio internacional, manifestada, fundamentalmente, en los principios generales, los contratos modelo y la práctica arbitral. Análisis que manifiesta el carácter incompleto de este conjunto autorregulador, con la existencia de amplias lagunas en su contenido y los problemas de interpretación derivados de las diferencias entre los diferentes sistemas jurídicos (fundamentalmente el anglosajón y el de derecho civil).

Frente a ello, en segundo lugar y en el capítulo tercero, resulta necesario examinar la normativa conflictual que trate de ofrecer una respuesta satisfactoria para la determinación del régimen rector de estos contratos. Sin embargo, la complejidad de los mismos y el conflicto de los intereses implicados en ellos desembocarán en la dificultad de encontrar una solución óptima. Búsqueda que pasa por analizar las soluciones tradicionalmente utilizadas en este sector de la contratación por los ordenamientos nacionales y los tribunales estatales, contrastándolas con la establecida en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980.



Todas estas circunstancias también se han manifestado con especial fuerza en el campo de la resolución de controversias, analizada en el cuarto y último capítulo.

Los contratos internacionales de ingeniería se presentan como un claro exponente del habitual recurso al arbitraje como vía generalizada de resolución de disputas, frente a la jurisdicción estatal. Actualmente, se calcula que el 90% de estos contratos contienen una cláusula de sumisión al arbitraje que suele remitir, mayoritariamente, al arbitraje institucional de la Cámara de Comercio de París –CCI-.

Las diferencias que pueden dar lugar a una disputa pueden derivar, especialmente en estos contratos, de múltiples aspectos de la relación contractual. A modo de ejemplo, las surgidas entre los sujetos del contrato: cliente, contratista e ingeniero, o entre éstos y los subcontratistas. Disputas que, a su vez, pueden referirse al pago, el cambio de circunstancias o los sistemas de garantía a primera demanda. Así como los problemas derivados de la obra en su diseño, ejecución o durante el periodo de concesión. Todas estos elementos otorgan a los contratos internacionales de ingeniería una especial tendencia a la conflictividad que les otorga unas características propias en materia de resolución de controversias.

Estas circunstancias han coadyuvado, asimismo, a que los contratos de ingeniería también se presenten como un claro ejemplo de la proliferación de las técnicas alternativas de resolución de controversias, más conocidas por el acrónimo de sus siglas en inglés ADR –*Alternative Dispute Resolution*-. La existencia de un número considerable de disputas en el desarrollo de la obra y la necesidad de una vía expeditiva y altamente especializada, que acabe con ellas en cuestión de varios días, son factores que favorecen el ámbito apropiado para la expansión de estas técnicas en estos contratos.

Es por ello que los contratos internacionales de ingeniería gozan, tradicionalmente, de la intervención mediadora de una de las partes en el contrato: el ingeniero. Inspirado en el Derecho anglosajón, la función cuasiarbitral de éste, como veremos, plantea problemas relativos a su vinculación con el cliente, pese a la obligación de actuar imparcialmente. Dificultad que se ha tratado de solventar sustituyendo esta figura por mecanismos imparciales de resolución atinentes al ADR. Razón por la que estos procedimientos han encontrado en estos contratos, como veremos, un espacio muy adecuado para su desarrollo.

Estas razones justifican el examen, no sólo de estas figuras, sino también, de la relación de dependencia que mantienen con el procedimiento arbitral en las cláusulas de resolución de controversias. Como veremos, la mayor parte de las cláusulas de solución de diferencias de los contratos modelo analizados prevén algún mecanismo prearbitral. Bajo este planteamiento, las partes acuden al arbitraje (1) para recurrir la decisión prearbitral o (2) para denunciar su incumplimiento.

De esta suerte, el arbitraje se configura como una segunda instancia en los contratos internacionales de ingeniería, donde las partes están obligadas a recurrir previamente a los procedimientos prearbitrales para la solución de sus controversias. Interrelación que resulta habitual en este sector, como la tendencia que marcan los trabajos de instituciones en la materia como la UNCITRAL.

Estas circunstancias conducen a atribuir a la jurisdicción estatal una función que puede calificarse de residual en este tipo de contratos. De hecho, la jurisprudencia estatal analizada se refiere mayoritariamente a cuestiones relativas a la solicitud de medidas provisionales en función de un procedimiento arbitral o a la validez de una cláusula arbitral, que, por tanto, no entran en el fondo del asunto.

El asunto Eurotúnel resulta, asimismo, paradigmático en el plano de resolución de controversias. Varios años de conflictos que dieron lugar a más de 20 decisiones prearbitrales, dos procedimientos arbitrales ante la CCI y la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales ingleses y franceses.

La cláusula de resolución de controversias de este contrato resultaba pionera por modificar el modelo contractual utilizado en unos términos que luego se recogerían en la reforma institucional del mismo. Concretamente, se sustituía la función cuasiarbitral del ingeniero por un Comité de resolución de disputas que analizaremos. Además, se imponía la utilización obligatoria de este mecanismo con carácter previo al arbitraje.

Así pues, la tensión latente que producen estas circunstancias se mantiene a lo largo de este trabajo que pretende subrayar los problemas más relevantes y tratar de ofrecer una solución adecuada que satisfaga las necesidades concretas de los contratos internacionales e ingeniería.

**PRIMERA PARTE:**  
**EL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA**

**CAPÍTULO PRIMERO:**  
**EL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA**

**I.- Un supuesto paradigmático: el caso Eurotúnel**

**1.- Introducción**

El 6 de mayo de 1994, la Reina Isabel de Inglaterra y François Mitterrand, presidente de la República Francesa, inauguraban el túnel subterráneo del Canal de la Mancha que une Francia y Reino Unido materializando un proyecto perseguido durante siglos.

El asunto del túnel del Canal de la Mancha –conocido como *Channel Tunnel* o *Eurotunnel*- se presenta como un fenómeno cuya trascendencia económica, política, técnica y jurídica lo han convertido en un proyecto conocido, desde un punto de vista social, que presenta –a su vez- aspectos jurídicos muy interesantes<sup>7</sup>. Así, desde la perspectiva técnica, se trata de un túnel de 50 Km. de longitud, de los que 39 Km. están por debajo del mar –la

---

<sup>7</sup> Asunto del que se afirma que no necesita “ninguna presentación”. Vid. WRIGHT, P.: “Innovative Solutions to Resolving Disputes in Public Private Partnerships in the United Kingdom: the Channel Tunnel Rail Link –a Case Study of ‘Re-engineering’-“, *International Construction Law Review*, 1999, pp. 505-532, p. 505.

vía submarina más extensa del mundo-. Y desde el plano comercial, el transporte de pasajeros, entre 1994 y 2000, ha alcanzado la cifra de 57 millones de personas (cifra equivalente a la población de Reino Unido).

Pero nuestro interés se centra, fundamentalmente, en el plano jurídico en cuanto supuesto práctico muy apropiado para abordar el análisis de este trabajo. Se trata de un proyecto de infraestructura de obra pública bajo financiación privada, que cuenta con un contrato internacional de ingeniería en el que se utiliza el contrato modelo de la asociación internacional profesional más importante en el ámbito de la ingeniería: la *Fédération Internationale des Ingenieurs Conseils* (FIDIC)<sup>8</sup>.

Estas circunstancias nos servirán como catalizador y guía en el análisis del contrato internacional de ingeniería y en el estudio de dos problemas clásicos del Derecho internacional privado: el Derecho aplicable a una situación jurídica internacional y la resolución de controversias que puedan surgir en el desarrollo de la misma.

Este precedente muestra cómo el contrato de ingeniería se presenta, actualmente, como ejemplo de la revolución que se ha producido en el comercio internacional con el creciente dinamismo e internacionalización del tráfico jurídico, consecuencia del “incremento cualitativo y cuantitativo del

---

<sup>8</sup> La importancia del asunto Eurotúnel se manifiesta, también, como un referente en las operaciones internacionales de obras de infraestructura con financiación privada. También en nuestro país, donde, actualmente y por primera vez, se va a construir una línea ferroviaria con capital privado, en régimen de concesión. Para ello, recientemente, se ha seleccionado al consorcio internacional denominado Euroferro, formado por la constructora española Dragados y la francesa Bouygues para negociar la adjudicación de la línea ferroviaria de alta velocidad (AVE) hispano-gala. El presupuesto inicial del tramo Figueres-Perpignan –de 45 km.- se sitúa en 714 millones de euros y los gobiernos español y francés se comprometen a poner en funcionamiento en 2005, con 3,5 millones de usuarios en el primer año. Euroferro debe negociar con la Comisión Intergubernamental hispano-francesa el contenido del futuro contrato de construcción y de concesión, por un periodo de 50 años. Si no se alcanza un acuerdo se pasaría a negociar con el segundo candidato del Informe del Comité de examen de ofertas. Se trata de un contrato al que han optado las principales constructoras españolas (Ferrovial, ACS, FCC con OHL y Necso con Sacyr), como parte de otros consorcios hispano franceses. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 12 de julio de 2002.

comercio”<sup>9</sup>. Este efecto se ve aumentado de forma espectacular por el desarrollo tecnológico y la incidencia de la financiación privada<sup>10</sup>, que no ha sido seguido de una respuesta jurídica adecuada<sup>11</sup>.

## **2.- Antecedentes**

Conviene recordar que la realización de un túnel subterráneo que uniese Francia e Inglaterra por debajo del Canal de la Mancha, respondía a una larga historia. Desde su primera propuesta en 1802, hasta 1970, se habían sucedido los distintos proyectos que, desde ambas partes, proponían su construcción, con numerosos intentos de llevarlo a cabo, el último en 1975, fracasado por el excesivo coste que suponía para el Estado inglés la realización de una vía férrea especial que uniese Londres con el túnel del Canal y que se consideraba como parte fundamental del proyecto. Se trata del proyecto ferroviario más importante realizado en el Reino Unido durante el siglo XX, y el ejemplo de creación de una red ferroviaria europea común sin precedentes<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta, no obstante, que Reino Unido bloqueó su ejecución entre 1882 y 1955, atendiendo a razones de seguridad nacional. Es a mediados de la década de 1980, y después de 27 intentos a lo largo de

---

<sup>9</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.) y OTROS: *Contratación internacional (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 54.

<sup>10</sup> Respecto a la financiación privada, en el caso español, el Plan de infraestructuras del gobierno prevé que un 21% del total de fondos previstos para acometer las obras de infraestructura de las Administraciones Públicas provendrá de la iniciativa privada. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 8 de junio de 2002.

<sup>11</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di Engineering*, Padova, Cedam, 1992, p. 1. La autora califica el “fenómeno *engineering*” en este contexto de evolución tecnológica de los últimos decenios como emblemático en el marco de las nuevas técnicas contractuales innovadoras del mercado internacional.

<sup>12</sup> Vid. WRIGHT, P.: “Innovative Solutions to...”, *cit.*, p. 505.

casi dos siglos<sup>13</sup>, cuando cristaliza el proyecto definitivo que acabaría con la construcción de una de las obras de infraestructura más importantes de Europa, de indudable magnitud económica y técnica y con un número considerable de sujetos implicados en su ejecución<sup>14</sup>. Un túnel de dos vías que ofrece dos servicios: por un lado, el traslado de vehículos en vagones entre Francia y Reino Unido y, por otro, un servicio ferroviario de pasajeros entre algunas de las principales estaciones europeas (Londres, París y Bruselas).

### **3.- Rasgos generales**

El supuesto del Eurotúnel representa un caso paradigmático de contratación internacional de ingeniería de notable relevancia económica, política y jurídica. Como tal, combina elementos de gran complejidad que se analizarán en este trabajo desde un plano teórico: un proyecto de ingeniería internacional a largo plazo, relativo a una obra de infraestructura relacionada con el transporte público, con un procedimiento de licitación.

Desde una perspectiva económica, una de sus características fundamentales consiste en la financiación privada de la obra<sup>15</sup>, si bien, a pesar de que no participaban fondos públicos, aparecen involucrados, tanto el Estado francés, como el inglés<sup>16</sup>. Aunque, desde el primer momento, ambos Estados insistieron en que no iban a asumir una función económica

---

<sup>13</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of the Channel Tunnel" *Parliamentary Affairs*, pp. 189-204.

<sup>14</sup> Vid. GUILLEMIN, J.,F.: "Le tunnel sous la manche: confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 403-412.

<sup>15</sup> Vid. DAVIES, M.: "Dispute Resolution in...", *cit.*, p. 12.

<sup>16</sup> Vid. NASLIN, J.: "A Completely New Legal Experience", *International Business Lawyer*, enero 1999, p. 7 y ss.

en este supuesto<sup>17</sup> (es más, se señala la insistencia del denominado *Thatcherismo* en no invertir dinero público en esta obra de infraestructura)<sup>18</sup>.

Las cifras arrojan unos resultados de 225 bancos participantes y 750.000 accionistas<sup>19</sup>. Además, se creó un consorcio de contratistas ingleses y franceses para la construcción del Eurotúnel<sup>20</sup>.

Políticamente, el asunto Eurotúnel se presenta como un proyecto privado en función de una decisión política<sup>21</sup>. De hecho, el debate político se presentó de forma distinta en ambos países. Mientras que en el Reino Unido se centraba la atención en la financiación privada del proyecto, en Francia se atendía a los efectos colaterales del mismo en la economía del país, esto es, su afección económica a nivel regional. Este planteamiento diferente explica que en Francia las autoridades locales aparecieran implicadas desde el primer momento, no siendo así en el Reino Unido, en el que las negociaciones se concentraron en el *Department of Transport*, quedando vinculado el condado de Kent a partir de 1984, cuando ya se habían tomado muchas de las decisiones importantes. En cualquier caso, las políticas de los dos países eran distintas por las diferencias existentes entre ambos sistemas y la desigual situación económica de las regiones implicadas: el condado de Kent –rural- y la región de Nord-Pas de Calais -industrial- que se manifestaban pasiva y entusiásticamente, respectivamente<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p.192.

<sup>18</sup> De hecho, se afirma que este caso demuestra que el sector privado puede imponerse con éxito al sector público en un ámbito tradicionalmente dominado con poca fortuna por este último. Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 192.

<sup>19</sup> Vid. MORTON, A.: "The Greatest Tollgate in the World", *International Business Lawyer*, enero 1999, p. 7.

<sup>20</sup> Vid. SEPPALA, C.-GOGK, D.: "Multy-Party Arbitration under...", *cit.*, p. 9.

<sup>21</sup> Vid. HOLLIDAY, I.-MARCOU, G.- VICKERMAN, R.: *The Channel Tunnel. Public Policy, Regional Development and European Integration*, Londres, Belhaven Press, 1991, p. 30.

<sup>22</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 201.



Desde una óptica jurídica, las características más importantes de la operación se refieren a su carácter internacional<sup>23</sup>, circunstancias que convierten al caso *Eurotunnel* en una “unique legal experience”<sup>24</sup>. Así, los rasgos más destacables del proyecto establecen la estructura del análisis del contrato internacional de ingeniería en el seno de este trabajo.

En primer lugar, como ya hemos apuntado, el modelo contractual utilizado era de la FIDIC –*civil conditions*–, un contrato internacional de ingeniería muy utilizado en las operaciones internacionales que, junto con otros modelos contractuales, se analizará detenidamente en la primera parte de este trabajo.

En segundo término, el contrato presenta particularidades en materia de Derecho aplicable, el contrato del Eurotúnel cuenta con una cláusula de determinación del Derecho aplicable que puede calificarse de inusual en busca de una solución conciliadora. Así, en ella se establecía como tal los principios comunes del Derecho francés y del inglés y, en su defecto, los principios generales del comercio internacional, bajo la hipótesis de la aplicación de una ley “indeterminada”<sup>25</sup>.

Finalmente, la cuestión de la resolución de controversias en el asunto del Eurotúnel se presenta como el ejemplo mejor conocido<sup>26</sup> en materia de mecanismos prearbitrales y se ha calificado como “original arrangements”<sup>27</sup>, por razón de la importancia del proyecto y la repercusión de la sentencia inglesa de la *House of Lords* que ponía fin a una de las controversias<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Vid. MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous la manche entre Etats et marchés*, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 15.

<sup>24</sup> Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p. 10.

<sup>25</sup> Vid. WEINTRAUB, R.J.: “*Lex Mercatoria* and the Principles of International Commercial Contracts”, *International conflict of laws for the third millennium. Essays in honour of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational publishers, 2000, pp. 141-156, esp. p. 145.

<sup>26</sup> Vid. KENDALL, J.: “Role of the...”, *cit.*, p. 8.

<sup>27</sup> Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p.15.

<sup>28</sup> Vid. Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd and Others (1993) AC 334.

Estos mecanismos prearbitrales son muy utilizados en estos contratos y serán, asimismo, objeto de análisis en este trabajo.

Como decimos, el desarrollo de la obra, dio lugar a numerosos conflictos, que terminaron en una decisión del alto tribunal inglés. El análisis de este supuesto permite observar la complejidad de los contratos internacionales de ingeniería, los problemas que plantea la práctica y la dificultad/necesidad de convergencia entre dos sistemas jurídicos diferentes, como son –en este caso- el inglés y el francés<sup>29</sup>.

Un esfuerzo de cooperación resultaba absolutamente necesario, la colisión de sistemas jurídicos diferentes, la importancia del Derecho escrito en la esfera del ordenamiento francés o la del precedente jurisprudencial en el sistema inglés. Estas diferencias llevaron a diseñar un sistema de negociación entre los equipos de abogados francés e inglés en el que la búsqueda de argumentos jurídicos se realizaba por escrito con un método limitado: una introducción, dos partes como máximo y una conclusión<sup>30</sup>.

La concurrencia de las dos nacionalidades implicaba una dificultad en materia de gestión del proyecto. Por un lado, resultaba más eficaz la idea de un solo órgano de gestión; por otro, no podía dejarse de lado la participación de nacionales de ambas partes en materia de dirección, ejecución o riesgo que hubiera descompensado el equilibrio contractual entre las dos partes. La solución se basó en la participación de nacionales de los dos países con la búsqueda de una coherencia jurídica, de una unión contractual. Este intento de fusión se concretaba en la celebración de un contrato y la elección de una jurisdicción y un Derecho aplicable, pero lo cierto es que, pese a este esfuerzo no llegó a producirse la compenetración perfecta entre dos sistemas jurídicos diferentes<sup>31</sup>. Con todo, la impresión que resulta de la

---

<sup>29</sup> Vid. MORTON, A.: "The Greatest Tollgate...", *cit.*, p. 27.

<sup>30</sup> Vid. NOUEL, P.: " Cartesian Pragmatism: Looking for Common Principles in French and English Law", *International Business Lawyer*, enero 1996, pp. 22-25.

<sup>31</sup> Vid GUILLEMIN, J.,F.: "Le tunnel sous...", *cit.*, p. 408.

experiencia es que cada parte consideró como óptimo su propio sistema jurídico: el inglés por su carácter práctico, el francés por su certidumbre jurídica y la comodidad de recurrir a la norma escrita.

El punto de partida de este trabajo se sitúa, pues, en el análisis del marco económico en el que, de modo general, se desarrollan estas operaciones para pasar a analizar los rasgos jurídicos del contrato internacional de ingeniería.

## **II.- Contexto general del contrato internacional de ingeniería**

### ***1.- El fenómeno de la construcción en el mercado internacional***

#### **A.- Trascendencia económica y tendencia expansiva**

Desde siempre, y aún más en el siglo XX, la actividad de la economía ha sido uno de los elementos más internacionalizados de la vida contemporánea. Con todo, a pesar de su carácter global, se incardina en una estructura legal y política fragmentada en distintos Estados, si bien se produce una interdependencia económica entre ellos<sup>32</sup>.

Este mismo esquema se repite en el ámbito del mercado de la construcción y, concretamente, en relación con los contratos internacionales de ingeniería<sup>33</sup>. Desde una consideración macroeconómica, estos contratos

---

<sup>32</sup> Vid. PAASIVIRTA, E.: *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Helsinki, Finnish Lawyers, 1990, p. 3.

<sup>33</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione", en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1991, pp. 895 a 924, p. 895.

desempeñan una función determinante en las economías de los diferentes países. El sector de la construcción puede suponer entre un 8 y un 10% del producto interior bruto (PIB) de los países desarrollados<sup>34</sup>. En España, precisamente, las cifras se sitúan en un 7.6% del PIB en 1997 y en un 8.4 en 2001<sup>35</sup>. Asimismo, desde una perspectiva económica particular, la cuantía media estimada para los proyectos internacionales de ingeniería y construcción se calcula en un margen de entre uno y cinco millones de dólares, como mínimo<sup>36</sup>.

Aunque es muy difícil realizar una valoración en términos económicos del volumen de mercado<sup>37</sup> de este sector de la economía, se calcula que la estimación aproximada en 1980, oscilaba entre 43 y 69 millardos de dólares, estableciendo en orden de prelación los principales actores por países occidentales. A saber, Estados Unidos (34 millardos de dólares)- estimado en 44 millardos de dólares en 1982<sup>38</sup>-, Francia (6.6)- estimado en 12 millardos de dólares en 1982-, Alemania (5.5), Países Bajos (3.38) y Gran Bretaña (3.11). Sin olvidar la presencia, cada vez más importante, en el mercado de la construcción internacional, de Corea del Sur (8.2 en 1980 y 13.7 en 1981), Japón (2.24), Oriente Medio (fundamentalmente Irak y Libia) (1.2) y de mercados emergentes como Turquía, Brasil y Europa del Este<sup>39</sup>.

La exposición de datos más recientes, no sólo permite la actualización de la información, sino también el análisis de su importante expansión. Debe

---

<sup>34</sup> Vid. SOUBRA, Y.: "Information Technology and International Competitiveness in Construction Services. Opportunities and Challenges", *World Competition*, 1993-1994, pp. 87-107, p. 87.

<sup>35</sup> Vid. los datos de las cuentas nacionales publicadas por el Instituto Nacional de Estadística: *España en cifras. 1998*, Madrid, INE, 1999 y *España en cifras. 2002*, Madrid, INE, 2003, página web: <http://www.ine.es>.

<sup>36</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction Contracts", *Droit et Pratique du Commerce International*, 1983, pp. 277-322, p. 284.

<sup>37</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive Law in the Case of International Construction Contracts", *International Construction Law Review*, 1983-1985, pp.133-158, p. 138.

<sup>38</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 139.

<sup>39</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 284.

pensarse que, en 1990, las operaciones de ingeniería consultora operadas por las doscientas sociedades de ingeniería consultora norteamericanas más importantes arrojaban unas cifras de volumen de 8.8 millardos de dólares, teniendo en cuenta que el año anterior se cifraba en 7.4 millardos de dólares.

En nuestro país, las previsiones no pueden ser más optimistas en cuanto a que se estima que la construcción aumentó en 1998 un 6.5% con respecto al año anterior, la mayor alza desde 1990. Es más, se produjo un crecimiento en el sector de obra civil de entre un 9% y un 11% en 1999, frente al crecimiento del 6.5% del ejercicio anterior<sup>40</sup>. Las cifras de la edificación en su conjunto (residencial –docente, sanitaria y deportiva- y de equipamiento social –administrativas e industriales-) ascienden, en el periodo 2000-2001 a más de 6000 millones de euros, lo que supone un crecimiento de un 22%, con respecto al ejercicio anterior<sup>41</sup>.

Sin embargo, se asiste a un proceso de desaceleración del crecimiento económico<sup>42</sup>. Después de tres años se ha destruido riqueza por un valor de 13 billones de dólares y los índices bursátiles han caído estrepitosamente – el *Nasdaq* de 5.048 a 1.340 puntos y el *Ibex* de 12.816 a 5.904 puntos-. Al estancamiento de la economía debe añadirse la recesión de la globalización económica (con la reducción de la inversión extranjera y el comercio internacional), los atentados del 11-S y la guerra de Irak<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 16 de marzo de 1999.

<sup>41</sup> Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 4 de junio de 2001.

<sup>42</sup> Sin embargo, el momento en que la economía se encontraba en un punto álgido –que se ha denominado como *estado de ensoñación económica*-, según lo denomina el analista Joaquín ESTEFANÍA (vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 17 de marzo de 2003, p. 74) ha pasado –en el año 2000 la economía de EEUU crecía por encima de 4% sin desequilibrios macroeconómicos: baja inflación, pleno empleo, superávit público y tipos de interés bajos-. Vid. GALBRAITH, J.K.: *Introducción a la economía*, Madrid, Crítica, 2001, pp. 53 y ss. Y lo mismo ocurre en la denominada eurozona que prevé, según el FMI y la OCDE, un crecimiento estimado para 2003 inferior al 1.5%, frente al 3.5% de 2000.

<sup>43</sup> Los análisis económicos han comparado la situación actual con la de la guerra del Golfo en 1991. Actualmente, los indicadores de confianza entre los consumidores y la industria son más bajos que entonces. La caída de la bolsa es la mayor desde hace 50 años, el

Junto a estas causas se señalan otras como la baja demanda interna por la desconfianza y la contracción de las inversiones públicas para evitar desequilibrios presupuestarios. Asimismo, el consumo privado sólo ha crecido un 0.5% en 2002, lo que supone el índice más bajo desde 1993. Y el índice de inflación en la zona euro que se sitúa por encima del recomendado 2% del BCE, así como el aumento de los costes laborales en un 3%, mientras la productividad está estancada<sup>44</sup>.

Con todo, las perspectivas de una recesión económica no parecen que puedan afectar sustancialmente este panorama en un sector de la industria como la construcción, que en nuestro país se valora como situación de auge, según los últimos datos de finales de 2002<sup>45</sup>. En éstos, los indicadores de coyuntura de la economía española señalan en construcción un índice del 21% al alza con respecto al periodo anterior.

Por estas razones, y pese a las previsiones relativas a una recesión económica, no debe extrañar que la doctrina, en el tratamiento de los contratos internacionales otorgue a éstos una posición preeminente<sup>46</sup> o afirme que nos encontramos ante una de las transacciones más importantes del comercio internacional<sup>47</sup>.

---

desempleo en Europa (8.5%) es medio punto superior al de 1990 y la capacidad de producción de petróleo de la OPEC (3 millones de barriles al día) es cuatro veces menor que entonces. Sin embargo, la inflación en la eurozona se situaba en 1991 en 5%, tres puntos por encima de la actual. Las previsiones prevén fluctuaciones del precio del petróleo al alza durante la guerra y a la baja después de la misma. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 18 de marzo de 2003, p. 18.

<sup>44</sup> *Vid.* el Informe económico del IFO –*Institute for Economic Research*–, de febrero de 2003. *Vid.* [www.cesifo.de](http://www.cesifo.de).

<sup>45</sup> *Vid.* la pág. Web del Ministerio de Fomento, [www.mfom.es](http://www.mfom.es).

<sup>46</sup> *Vid.* SCHMITTHOFF, C.: *Schmitthoff's Export Trade. The Law and Practice of International Trade*, Londres, Stevens and Sons, 1990, 9ª ed., p. 3.

<sup>47</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, Granada, Comares, 1999, p. 10.

## **B.- Distribución geográfica de las operaciones. El denominado proceso de “globalización” de la construcción**

Si es cierto que nos encontramos ante un incremento económico más que considerable (más de un billón de dólares en un año<sup>48</sup>): también lo es que la expansión se produce territorialmente en otros actores del mercado internacional de la construcción como Europa y Asia<sup>49</sup>.

La modificación de la distribución geográfica en el destino de los servicios de ingeniería del mercado internacional constituye un cambio revelador de la actual situación. Aun cuando se reconoce de modo general la importancia adquirida por este sector en los países en vías de desarrollo<sup>50</sup>, con una perspectiva de futuro más que relevante<sup>51</sup>, a partir de la segunda década de los años ochenta, se observa un descenso muy considerable de la cuota de mercado del destino de estos servicios en los países subdesarrollados, que pasa de un 86% en 1986, a un 58% y un 16% en Asia en 1990<sup>52</sup>. Así, Europa se convierte en un destino emergente, más que potente para la realización de obras internacionales de construcción, cuyo volumen se ha doblado entre 1986 y 1990<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> En nuestro país, el incremento de los ritmos de crecimiento de la construcción han sido muy altos en el último cuatrimestre de 1998. Concretamente, se asistió a un crecimiento del 10,1% de la obra civil, mientras que el incremento en 2000, se situó en un 6,3%. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección negocios, 2 de mayo de 1999, p.17 y de 28 de febrero de 2001.

<sup>49</sup> La doctrina coincide en señalar esta circunstancia de modo unánime, *vid.*, entre otros, SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, pp. 280-284.

<sup>50</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 138.

<sup>51</sup> Las perspectivas afectan al mercado de los países latinoamericanos y del Caribe. Como ejemplo, el contrato firmado por Red Electrica Española, a través de su filial Red Eléctrica del sur (participada en un 85% por empresas españolas), con el Gobierno peruano para la construcción y mantenimiento de tres líneas de alta tensión, con una inversión de más de 66 millones de euros y una duración de la concesión de treinta y dos años. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 20 de marzo de 1999 y *vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 1 de febrero de 1999, pág. web: <http://www.cincodias.es>.

<sup>52</sup> *Vid.* SOUBRA, Y.: “Information Technology and...”, *cit.*, p. 90.

<sup>53</sup> De hecho, Europa se configura hoy “as the fastest growing market”. *Vid.* SOUBRA, Y.: “Information Technology and...”, *cit.*, p. 94.

Concretamente, en lo relativo a los servicios de ingeniería comercial u operativa en el mercado internacional, las estadísticas señalan que estos contratos internacionales experimentaron un aumento de un 7% en 1990, con un volumen global estimado en 120 millardos de dólares, la cifra más alta desde 1982. También se observa un descenso de las operaciones ejecutadas en países en vías de desarrollo, más o menos idéntica a la de los servicios de ingeniería consultora. Esta tendencia se refleja, muy claramente, en Estados Unidos, que, como hemos visto, ocupa el primer puesto en volumen de mercado de la ingeniería consultora. Y en este país, la mayor parte de los destinos de los trabajos se localiza en Europa, representando un 63% (aunque otros datos lo sitúan en un 44%) en 1990, seguido de Asia y Próximo Oriente<sup>54</sup>.

La tendencia de la distribución geográfica del mercado internacional de los servicios de ingeniería consultora demuestra que disminuye su localización en los países subdesarrollados y, aumentando correlativamente en los industrializados. Quizá, la clave de la interpretación de esta tendencia se basa en que durante los años setenta, gracias al establecimiento de las nuevas formas de financiación por entidades internacionales, se realizó un importante número de obras de construcción a escala internacional. El destino mayoritario de estas obras se centraba en los Estados en vías de desarrollo. Sin embargo, a partir de los primeros años de la década de 1980, éstos empezaron a tener graves problemas de endeudamiento externo. A su vez, se inició un periodo de crisis en los países industrializados, que quizá explique el cambio en la evolución del mercado internacional de la construcción<sup>55</sup>.

De todos modos, lo cierto es que algo está cambiando en el mercado internacional de la ingeniería y la construcción. Así, el avance de la

---

<sup>54</sup> Vid. SOUBRA, Y.: "Information Technology and...", *cit.*, pp. 89-90 y 93.

<sup>55</sup> Vid. World Economic Outlook, april 1987, a survey by the staff of the international monetary fund, abril 1987, p. 93.



tecnología y la globalización de la construcción hacen que se rompa el prototipo de realización de obras de construcción por países industrializados en países en vías desarrollo<sup>56</sup>. Asimismo, la distribución geográfica de estas operaciones repercute en aspectos tales como la creciente importancia de la financiación privada<sup>57</sup>, la movilidad de trabajadores de un país a otro, el

---

<sup>56</sup> En esta línea, puede citarse, como ejemplo en una Sentencia del TS español, de 13 de diciembre de 2002, sobre un contrato firmado en 1978, para la construcción de una planta industrial textil en la ciudad de Lama-Kara (República de Togo), entre el Estado de Togo y la extinta empresa española *Intex Engineering*. La Sentencia española viene a resolver la demanda de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual que llevó a frustrar la realización del proyecto. La cuantía inicial del proyecto ascendía a 39 millones de dólares USA y el contrato se sometía a la obtención por el gobierno de Togo de una línea de crédito por una entidad española. El Banco Exterior de España –BEX- concedió un crédito documentario irrevocable al cliente para poder pagar a la contratista que fue asegurado por la Compañía española de Créditos a la Exportación (CESDE). La contratista *Intex* cobró el crédito y, posteriormente, la planta industrial no pudo ponerse en funcionamiento debido a falta de idoneidad de la maquinaria utilizada. Después de agotar la vía penal, Togo presentó una demanda ante los tribunales españoles solicitando la restitución del precio. El TS establecía la ausencia de responsabilidad del BEX en el pago del crédito, según las Reglas de la CCI sobre créditos documentarios de 1974, que no había concluido una garantía de buena ejecución y, por lo tanto, no estaba obligado al control del adecuado cumplimiento del contrato. El Tribunal, finalmente, condenaba solidariamente al contratista y a la empresa Calitax, con la que el cliente y la contratista habían contratado por mandato el control de calidad de la obra, al pago de los daños y perjuicios provocados al cliente, relativos a la maquinaria e instalaciones. *Vid.* la Sentencia del TS, de 13 de diciembre de 2002, *RJA* 2003/375.

<sup>57</sup> En la actualidad, son los países desarrollados los que buscan nuevas formas de financiación de las obras públicas de infraestructura. Véase, en el caso español, la reciente creación de la tasa por utilización de la infraestructura ferroviaria, que se incluye en los presupuestos generales de 2003, que deberán pagar todas las empresas de transporte que utilicen las nuevas vías de alta velocidad con el objeto de la financiación de la construcción de la obra. Se aplicará, en primer lugar, al AVE Madrid-Barcelona y, después, se extenderá al resto de vías en construcción. Así, las empresas que exploten estas infraestructuras, RENFE entre ellas, cargan con un 30% del coste de la obra –aproximadamente 7.800 millones de euros- y los gastos de mantenimiento. Tasa que deben pagar al Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), que es una entidad dependiente del Ministerio de Fomento y ejerce las funciones de contratación y gestión de la tasa. Algo parecido a lo que ocurre en el sector de la aviación, donde AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea) se financia con las tasas que pagan las compañías aéreas por la utilización de los aeropuertos. Así, en esta nueva forma de financiación de obras públicas de infraestructura, el Estado español realiza cada año aportaciones patrimoniales –1000 millones de euros en 2001 y se prevé 1200 millones para 2003- al GIF que se contabilizan como un activo financiero y no influyen en el déficit, pues se financian con deuda y no con transferencias, ya que el GIF obtiene recursos de la citada tasa. Se trata de un sistema criticado por la oposición política al gobierno que lo acusa de “artificio contable” para, en realidad, ocultar un déficit de 5000 millones de euros. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 2 de octubre de 2002. La jurisprudencia española afirma que las obras realizadas por GIF son obras ejecutadas por una entidad pública con personalidad jurídica propia que proyecta y contrata las obras, de modo que RENFE no es la dueña de la obra. *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 7 de octubre de 2002, *RJA* AC 2002/1597.

acceso limitado de las sociedades de ingeniería de los países subdesarrollados a los mercados de los países industrializados, el aumento de los costes laborales de los países en vías de desarrollo y la mayor difusión de la tecnología y la información, sobre todo, en los mercados de los países más avanzados<sup>58</sup>.

Todas estas circunstancias configuran el actual mercado internacional de la construcción como una realidad económica dinámica, cuya evolución apunta cambios interesantes. Este dinamismo geográfico en el ámbito internacional de la construcción de obras de ingeniería, ha desembocado en lo que se ha dado en denominar la “globalización” de la construcción<sup>59</sup>. En este sentido, nos encontramos, cada vez más, con proyectos de realización de obras en los que las partes que intervienen pertenecen a diferentes países y la pluralidad de ordenamientos jurídicos concurrentes colaboran en una configuración compleja del contrato<sup>60</sup>.

Una de las razones aducidas para la proliferación de este fenómeno es, entre otras, la posibilidad de buscar mercados que ofrezcan servicios especializados a precios muy competitivos. Así, por ejemplo, el desarrollo de contratistas e ingenierías altamente competitivas a nivel técnico y económico en zonas distintas a Europa, Estados Unidos o Japón, como ocurre con India. Todo ello, sumado al desarrollo de los medios de comunicación que permiten un flujo fluido de información con independencia de la distancia para la gestión o supervisión de estos servicios.

---

<sup>58</sup> Vid. SOUBRA, Y.: “Information Technology and...”, *cit.*, p. 103.

<sup>59</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The Globalisation of...”, *cit.*, p. 550.

<sup>60</sup> Piénsese, como ejemplo de expansión y diversificación, en el consorcio internacional que crean la empresa española Acesa y la lusa Brisa para optar a la privatización de la entidad española ENA (Empresa Nacional de Autopistas). Para ello, Brisa ha comprado el 5,7% de Acesa y la empresa española ya tiene el 10% de la lusa y han intercambiado consejeros (operación sobre la que otras estructuras españolas –Ferrovia y Acciona- han mostrado su interés). De este modo, la empresa Acesa aumenta sus alianzas con empresas extranjeras, puesto que posee el 3,9% de la italiana Autostrade, que a su vez participa en ésta en un 7,8%. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 17 de septiembre de 2002.

No obstante, recientemente, la evolución experimentada<sup>61</sup> da lugar a una situación diferente, en la que se tiende a utilizar la industria de construcción y de ingeniería altamente competitiva a nivel tecnológico y económico, que exportan algunos países en vías de desarrollo. Así, India, Brasil o Corea del Sur ocupan un lugar cada vez más importante en el mercado internacional de ingeniería<sup>62</sup>. El fenómeno responde a un aumento de la competitividad del sector de los servicios de ingeniería en el mercado internacional, que ya no se da únicamente entre aquellos países altamente desarrollados<sup>63</sup>.

De esta forma, se ha llegado a hablar de “nuevos actores” en el mercado internacional de la construcción, por referencia a las sociedades de ingeniería pertenecientes a los países en vías de desarrollo. Estas entidades se han incorporado a este mercado aumentando su nivel de especialización y tecnología de forma muy competitiva y aprovechando las oportunidades de financiación de las instituciones internacionales de crédito, así como los más reducidos costes laborales de las legislaciones de los países a los que pertenecen<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Efectivamente, ya no puede sostenerse que el mercado internacional de la construcción se refiere a una relación contratista-cliente, que se corresponde a país desarrollado frente a país en vías de desarrollo, respectivamente. Un ejemplo de esta tendencia es la concurrencia de las grandes empresas constructoras españolas en un concurso internacional para la construcción de una autopista en Canadá, por valor de algo más de 600 millones de euros. FCC y Dragados concurrían asociadas en consorcio y Ferrovial y su filial Cintra formarían un consorcio con otras empresas canadienses. *Vid.* Diario Expansión, de 9 de noviembre de 1998, sección empresas, p. 3. Otro ejemplo, en el mismo sentido, se refiere al concurso internacional de Portugal para la concesión de la construcción de siete tramos de autopista con un importante presupuesto que asciende a casi 3500 millones de euros (el doble del plan de autopistas de España). A este concurso concurren cinco grandes grupos españoles de la construcción, aliados entre sí, como FCC y Dragados, o ACS y Sacyr, o con socios portugueses como Ferrovial. *Vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 22 de abril de 1999, pág. web: <http://www.cincodias.es>.

<sup>62</sup> *Vid.* LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats internationaux d’ingénierie”, *Droit et Pratique du Commerce International*. Dossier : L’État commerçant (II). Articles et chroniques de Droit français, étranger et communautaire, 1996, pp. 231-270, p. 234.

<sup>63</sup> *Vid.* SOUBRA, Y.: “Information Technology and...”, *cit.*, p. 89.

### **C.- Fragmentación del mercado y concentración de empresas: contradicción aparente**

A todas estas circunstancias que hemos enunciado hasta el momento, debe sumarse que nos encontramos ante un sector de la industria fragmentado, en el que la mayoría de las empresas son de tamaño medio o reducido. Piénsese, por ejemplo, que en Japón existen más de quinientas mil empresas de construcción y en Estados Unidos, aproximadamente, un millón; de las que sólo unos cuantos miles trabajan a nivel internacional<sup>65</sup>.

En cualquier caso, las empresas más importantes del sector son las que operan con el porcentaje más elevado del volumen del mercado internacional de estas transacciones. Por esta razón, no debe extrañar, aunque pueda parecer contradictorio, que otro rasgo característico, en los proyectos internacionales de ingeniería sea su alto grado de concentración y su enorme volumen<sup>66</sup>.

La tendencia a la concentración ha afectado, asimismo, a las empresas constructoras españolas, fundamentalmente, para aumentar su fuerza de actuación en el mercado internacional<sup>67</sup>. Tanto es así que, en nuestro país, el

---

<sup>64</sup> Vid. SOUBRA, Y.: "Information Technology and..., *cit.*, p. 100.

<sup>65</sup> Vid. SOUBRA, Y.: "Information Technology and..., *cit.*, p. 87.

<sup>66</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive..., *cit.*, p. 138.

<sup>67</sup> Basta señalar recientes operaciones de concentración de empresas constructoras españolas, entre las que, en 1999, la primera de las empresas constructoras españolas por volumen de facturación, FCC, era resultado de la fusión entre Focsa y Construcciones y contratas. Acciona, que era la tercera empresa constructora española, producto de la unión de Entrecanales y Cubiertas. ACS, en cuarta posición, surgió de la fusión OCP-Ginés Navarro. En quinta posición, aparecía Ferrovial-Agromán y le seguía, en sexto lugar, Obrascon-Huarte Lain (OHL). Vid. Diario EL PAÍS, sección negocios, de 28 de febrero de 1999, p.10. El panorama de las grandes constructoras españolas cambia con las sucesivas fusiones, por ejemplo, la fusión de ACS y Dragados: ACS controla el 33.5% de Dragados y se prevé su unión a lo largo del año 2003, lo que dará lugar a la mayor compañía española del sector. Asimismo, la constructora Sacyr anuncia su fusión con la primera inmobiliaria española –Vallehermoso- a partir de abril de 2003. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 15 de marzo de 2003, p. 56 y *vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 16 de marzo de 2003, p. 48.

movimiento de fusiones en este sector durante los últimos diez años ha sido calificado gráficamente de “terremoto”<sup>68</sup>. Este dinamismo del sector se traduce en que las cinco primeras empresas constructoras españolas, en volumen de mercado, han aumentado sus beneficios netos hasta un 26.6% en 1998 con respecto al ejercicio anterior<sup>69</sup> y un 10% en 2002, con respecto a 2001<sup>70</sup>.

En la actualidad, el incremento de la operatividad de las constructoras españolas en el extranjero es una realidad<sup>71</sup>, en la que ha influido directamente este fenómeno de fusiones<sup>72</sup>. En el nuevo panorama se prevén unas perspectivas de futuro de mayor actividad<sup>73</sup>, ligadas a la licitación

---

<sup>68</sup> Vid. Diario EL PAÍS, sección negocios, de 28 de febrero de 1999, p.10.

<sup>69</sup> Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 2 de marzo de 1999.

<sup>70</sup> Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 31 de agosto de 2002.

<sup>71</sup> Véase, por ejemplo, la adjudicación, en marzo de 2003, de un contrato de rehabilitación de un edificio histórico en la plaza Roja de Moscú –declarado patrimonio de la humanidad por la UNESCO– a la empresa española *Segura Consulting Associated* (SCA). Un proyecto ambicioso para la construcción de un complejo urbanístico que consta de dos hoteles de lujo, un centro comercial con sucursales bancarias y una bolsa de metales preciosos y diamantes. Con unas cifras considerables: una extensión inicial de 45.000 metros cuadrados que se duplicará, un presupuesto de 300 millones de euros, un periodo de amortización de 15 años y un plazo de ejecución de 2 ó 3 años, previendo comenzar en el año 2004. Para su realización, SCA ha creado un consorcio en el que participan Ferrovial, Caja Madrid y Banco Inversión y se ha optado por la modalidad de *llave en mano*. La propiedad revertirá al 50% al Estado ruso y a una empresa mixta. La empresa española reconoce, no obstante, los riesgos de la operación, en la que debía pagarse, antes de comenzar las obras 60, millones de euros, razón que llevó a la constructora francesa *Bouigues Batiment* a desistir, que era la ganadora del concurso de 2001. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 13 de marzo de 2003.

<sup>72</sup> Piénsese, por ejemplo, en la operación de compra que realizó Dragados, en 2002, de HBG, la mayor constructora holandesa, por 756 millones de euros. La transacción se realizó a través de una oferta pública de adquisición de acciones que convierte a Dragados en el tercer grupo de construcción y servicios de Europa. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 6 de abril de 2002. Una manifestación del dinamismo de este sector es la venta de esta empresa, sólo 4 meses después de su compra, a iniciativa de ACS, que había tomado el control de Dragados recientemente –dos meses antes–. HGB se vendió a la constructora holandesa BAM por 715 millones de euros, con una minusvalía de 41 millones de euros que podría recuperarse si la empresa holandesa gana ese año más de 100 millones de euros. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 12 de junio de 2002.

<sup>73</sup> En el ámbito de las previsiones, el gobierno español anuncia un ambicioso Plan de infraestructuras que se presenta como el eje de su política de inversión pública. Para ello, se ha previsto la elaboración de una Ley marco que implique la financiación privada para obras como el AVE Madrid-Barcelona y Madrid-Valencia y hasta 6000 km. de nuevas carreteras. Los planes para la financiación no sólo afectan a la iniciativa privada –21%–, sino también a

pública de obras de infraestructura<sup>74</sup>.

En este sentido, se estima que en 1981, el mercado de exportación de la construcción de 130 millardos de dólares se encontraba en manos de 250 sociedades internacionales de ingeniería-construcción. Teniendo en cuenta que el 30% de estas operaciones, estimadas en 41 millardos de dólares, las realizaban las diez compañías más importantes, y considerando que, casi la mitad, un 46%, se ejecutaban por las 20 primeras empresas<sup>75</sup>. Los datos manifiestan el alto grado de concentración del sector: como vemos, casi la mitad de las operaciones de exportación de la construcción en el mundo pertenecen al ámbito de actuación de veinte compañías<sup>76</sup>.

En definitiva, en el mercado internacional de la ingeniería consultora, Estados Unidos sigue ocupando, actualmente, el primer puesto en la prestación de estos servicios. La manifestación en cifras supone que, en 1990, un 42% de los contratos internacionales de ingeniería consultora pertenecían a sociedades de ingeniería norteamericanas.

Además, la magnitud técnica y económica de los proyectos, que puede alcanzar sin dificultades el millón de dólares, favorece la participación de varias sociedades en aras a la división del riesgo que puede comportar una

---

los fondos europeos –32,5%-, aportando las Administraciones Públicas casi la mitad. Reparto éste que se ha puesto en duda -por la reducción de fondos que supone la ampliación de Europa y la posible pérdida del déficit cero- y que lleva a prever la ampliación de la participación privada como solución. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 8 de junio de 2002.

<sup>74</sup> Por lo que se refiere a la licitación pública, el Ministerio de Fomento español licitó 18.816, 59 millones de euros, en el periodo 2000-2001. Por sectores, la licitación de obra pública de infraestructura de transportes se sitúa en 7.269 millones de euros –casi un 40% del total- y la de puertos en 580.75 millones de euros. Fomento promovió casi un tercio de la obra pública licitada. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 4 de junio de 2001.

<sup>75</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 138.

<sup>76</sup> Ejemplo de ello es la proyección y construcción de la ciudad olímpica de Túnez por un valor de aproximadamente 110 millones de euros, en la que participa la empresa española Ferrovial-Agroman Internacional en UTE (Unión Temporal de Empresas), junto con el grupo coreano Hyundai, con una participación del 65%. *Vid.* El Exportador, ICEX, marzo 1998, p. 20.

operación de semejantes características<sup>77</sup>, generando problemas jurídicos añadidos.

## **2.- La actividad de la ingeniería y su delimitación con sectores afines**

### **A.- Descripción de la actividad de ingeniería**

#### *a.- Concepto de la actividad, orígenes y evolución*

La actividad de la ingeniería aparece definida como ciencia aplicada por un profesional especializado -el ingeniero- a la realidad industrial y tecnológica<sup>78</sup>. En este sentido, ingeniería e industria se presentan íntimamente ligadas pues la ingeniería afecta directamente a la mayor parte de los sectores de la industria<sup>79</sup>. La idea de ciencia aplicada nos lleva a la consideración del factor de especialización profesional, es decir, cuando la obra que se proyecta o ejecuta reviste el grado de complejidad suficiente para que se requieran los conocimientos técnicos y la cualificación profesional, que tradicionalmente se ha denominado como *ingenium*<sup>80</sup>.

En cuanto a los orígenes de esta actividad, sus precedentes históricos se sitúan en el Antiguo Egipto, y en Grecia y Roma, donde ya se manifestaba el carácter público de los trabajos destinados fundamentalmente

---

<sup>77</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 551.

<sup>78</sup> Vid. HUBERT, A.: *Le contrat d'ingenierie-conseil*, Paris, Maisson, 1984, p. 27.

<sup>79</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des...", *cit.*, p. 235.

<sup>80</sup> Vid. MILLÁN, G.: "La ingeniería española en el siglo xx", Madrid, Fundación Juan March, 1987, p. 32.



a obra civil. A lo largo de la historia destacan las obras de la cultura musulmana y el desarrollo de la especialización técnica durante la época del Renacimiento<sup>81</sup>. Posteriormente, si bien es a partir del siglo XVII cuando la ingeniería opera, como el resto de sectores de la economía, un importante cambio, será en la primera revolución industrial, cuando empieza a perfilarse la figura del ingeniero como profesional cualificado.

No obstante, habrá que esperar hasta la segunda mitad del siglo XIX para que se produzca una evolución definitiva: el nacimiento, sobre todo, en Estados Unidos y Reino Unido, de firmas o sociedades de ingeniería consultora, que emergen como actores de las transacciones del comercio. Esta evolución marca la influencia del mundo anglosajón en esta materia. Si bien se produce la asimilación de estas prácticas en el sistema continental, fundamentalmente, a partir de 1950, conviene adelantar que la influencia anglosajona será determinante, no sólo en cuanto a la adopción generalizada del inglés como idioma dominante en la terminología, sino, asimismo, en la configuración de las modalidades contractuales según los esquemas del *common law*<sup>82</sup>.

Con posterioridad, durante el siglo XX, asistimos al fenómeno de la denominada "tercera revolución industrial" que consolida la importancia de este sector<sup>83</sup>. Es a partir de este momento, cuando puede hablarse de la ingeniería como realidad contractual. La incorporación de nuevas técnicas de producción y tecnología ha convertido la ingeniería en una disciplina compleja y, sobre todo, altamente especializada<sup>84</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, durante la década de 1980, el mercado

---

<sup>81</sup> Vid. CALINI, L.: "History and growth of the Engineering Profession. Client-Consultant Relationship", Lausanne, FIDIC, 1983, p. 38.

<sup>82</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international de construction*, Bruselas, Bruylant, 1981, p. 46.

<sup>83</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international...*, cit., p. 24.

<sup>84</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 95.



internacional de la ingeniería ha estado dominado por las firmas de ingeniería británicas, americanas y francesas. Éstas han influido de manera decisiva en la conformación de las condiciones generales utilizadas, así como también se ha asistido a la presencia de las sociedades de ingeniería japonesas. Con todo se ha producido, actualmente, una modificación en esta tendencia debido a la pérdida de competitividad, y el aumento del protagonismo de las firmas norteamericanas<sup>85</sup>.

Así, se observan cambios, tanto en los sujetos, como en el objeto de la actividad:

(1) En el plano subjetivo, se trataba, en su origen, de un contrato individual firmado con el ingeniero, persona física, para la prestación de una actividad intelectual, habitualmente, referida al diseño de planos. Actualmente, sin embargo, el desarrollo tecnológico implica la realización de múltiples actividades por una empresa o sociedad de ingeniería en el ámbito. Prestaciones éstas, no sólo de carácter intelectual, sino, también, relativas a la ejecución material de la obra, el suministro de materiales, la transferencia de tecnología o la comercialización del producto.

(2) Otra evolución experimentada es la relativa a la misma actividad de ingeniería, esto es, en su objeto. Si en un principio ésta se refería, únicamente a prestaciones de carácter intelectual, centradas de modo primordial en el diseño de planos, actualmente, la actividad de ingeniería se amplía a la proyección y ejecución. Estos proyectos son altamente complejos y exigen, tanto su ejecución, supervisión, transferencia de tecnología y mantenimiento, como la formación del personal local y la comercialización del producto<sup>86</sup>. Circunstancia que explica el incremento de la participación de

---

<sup>85</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 237.

<sup>86</sup> La jurisprudencia española reconoce esta evolución cuando define la actividad profesional de una sociedad de ingeniería como el trabajo de técnicos superiores que no se limita a plasmar o describir las ideas base en los proyectos, sino a estudiar, idear y crear el propio proyecto, que, evidentemente, necesita plasmarse después en forma material o física. De esta suerte, el objeto social de una empresa de ingeniería se está refiriendo a la actividad

contratistas, suministradores y de prestación de servicios especializados. Todas estas tareas han conllevado la ampliación de las funciones de la ingeniería a la coordinación de todas estas actividades que otorgan al ingeniero consultor le “*rôle de chef d’orchestre*”<sup>87</sup>.

*b.- La vocación internacional de la ingeniería y el denominado factor humanitario*

Otro aspecto en la evolución de la actividad de ingeniería que requiere una mención especial es, precisamente, el referido a su extensión al ámbito internacional. Nos encontramos ante una materia que, históricamente, se ha ejecutado o concebido desde perspectivas nacionales o locales. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, se observa que la ingeniería ha desarrollado una vocación internacional<sup>88</sup>.

Esta tendencia a la expansión internacional se manifiesta, con la máxima actualidad, en el panorama español. Piénsese que, por ejemplo, la facturación internacional del segundo grupo de ingeniería-construcción español -Dragados- asciende al 24.7% del total de su producción<sup>89</sup>. O asimismo, la empresa Ferrovial-Agroman -que reúne las actividades de Ferrovial y Agroman para potenciar su presencia en el mercado internacional- ha experimentado en 1998 un incremento de casi el 22% del importe neto de la cifra de negocio sobre el ejercicio anterior<sup>90</sup>.

Esta vocación internacional se ha centrado, asimismo, en el desarrollo espectacular de la elaboración de proyectos de infraestructura en países en

---

completa de la profesión de los ingenieros. Vid. la Sentencia del TS, de de 1992, *RJA* 1992/3305.

<sup>87</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 236.

<sup>88</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 113.

<sup>89</sup> Vid. la pág. web: <http://www.dragados.es>.

<sup>90</sup> Vid. la pág. web: <http://www.ferrovial.es>.

vías de desarrollo. La perspectiva del mercado español se manifiesta, claramente, dentro de esta tendencia <sup>91</sup>.

Así, no sólo se trata de una relación entre países con muy distintos niveles de desarrollo, sino que, además se centra en la ejecución de proyectos de infraestructura. Es decir, en el ámbito de la industria y de la ingeniería civil, a saber, referida a instalaciones industriales, carreteras, puentes, acueductos, sistemas de desagüe<sup>92</sup>.

Esta circunstancia nos lleva a reconocer un nuevo elemento en los contratos de ingeniería. Además del aspecto especulativo<sup>93</sup>, recientemente, se ha reconocido el factor humanitario de los contratos internacionales de ingeniería-construcción. Si una parte considerable de la actividad se centra en la ejecución de proyectos de infraestructura en el tercer mundo, las necesidades básicas de la población de estos países quedan implicadas (suministro de agua, de energía, canalización de aguas fecales). Y, asimismo, quedan afectados los fondos públicos que deben invertirse en la ejecución de estos proyectos. En consecuencia, la provisión de servicios básicos de interés humanitario y la afectación, por tanto, de intereses públicos se manifiesta como una cuestión determinante que debe ser tenida en cuenta en los contratos internacionales de ingeniería<sup>94</sup>.

Esta vocación internacional del contrato de ingeniería tiene una trascendencia jurídica que se manifiesta en la presencia variable de circunstancias diversas. Entre ellas puede señalarse: la participación de

---

<sup>91</sup> Recientemente, se ha afirmado que el plan de infraestructuras de Chile ha vuelto a ser un objetivo estratégico de las grandes constructoras españolas. Al concurso público para la construcción de una autopista con un presupuesto de 270 millones de euros se presentaron Ferrovial a través de Cintra, Acciona, asociada a una empresa chilena y el consorcio formado por FCC-ACS y Sacyr, sin olvidar la presencia de otras empresas europeas en el concurso como el gigante francés Bouygues y la italiana Impregilo. *Vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 10 de noviembre de 1999, <http://www.cincodias.es>.

<sup>92</sup> *Vid.* MOLINEAUX, CH.: "Moving Toward a Construction *Lex Mercatoria*: A *Lex Constructionis*", *Journal of International Arbitration*, 1997, pp. 55-66, esp. p. 55.

<sup>93</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, pp. 134 y 153.

<sup>94</sup> *Vid.* MOLINEAUX, CH.: "Moving Toward a...", *cit.*, p. 59.

sujetos de diferentes nacionalidades, la ubicación de sedes de empresas en diferentes países<sup>95</sup>, la ejecución de la obra en un país extranjero o la elección de un derecho aplicable diferente al de las partes y al del lugar de ejecución.

## **B.- La necesaria delimitación de dos sectores interrelacionados: ingeniería y construcción**

### *a.- La relación entre la ingeniería y la construcción*

Como hemos podido apreciar en las páginas anteriores, la importancia del sector de la construcción en el plano internacional es evidente. Asistimos, como hemos visto, a un verdadero fenómeno económico que las estadísticas sitúan en los primeros puestos de las economías de los países: se trata, sin duda, de una de las transacciones más importantes del comercio internacional.

En este contexto general de la construcción se desarrollan los contratos de ingeniería. Sin embargo, el hecho de situar, con carácter global, los contratos internacionales de ingeniería en el marco general del sector de la industria de la construcción no debe llevar a la confusión entre lo que son,

---

<sup>95</sup> En ocasiones las consecuencias de estas circunstancias son imprevisibles. Por ejemplo, como ocurrió en un contrato de construcción celebrado entre una sociedad holandesa, como cliente, y otra alemana, como contratista, para la renovación de un hotel en Alemania. Con posterioridad a la obra, el cliente reclamó al contratista la reparación de los vicios existentes, pero como la entidad holandesa había comprado las participaciones alemanas de su empresa, los tribunales alemanes no le reconocían capacidad jurídica en Alemania. El TJCEE resolvía el recurso prejudicial elevado en el marco de este proceso principal, declarando contraria esta práctica a los artículos 43 y 48 del TCE y, por tanto, al principio comunitario de libre establecimiento. *Vid.* la Sentencia del TJCEE, de 5 de noviembre de 2002, núm. C-208/00, en el asunto *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

en sentido estricto, los contratos de construcción y los de ingeniería<sup>96</sup>. Cuestión, esta última, que exige le dediquemos alguna atención en las siguientes páginas, buscando delimitarlas con claridad.

Así, el contenido de los contratos internacionales de ingeniería abarca un amplio cúmulo de prestaciones: desde el diseño, la transferencia de tecnología y la asistencia técnica, hasta la construcción de la obra, la supervisión o la puesta en marcha de la misma, entre otros muchos. Esta circunstancia implica que en el contrato de ingeniería puede incluirse, perfectamente, la prestación de la construcción de la obra industrial o de ingeniería civil que se pretende realizar.

*b.- La evolución de la actividad de la ingeniería: el elemento “construcción”*

En la práctica, esta confusión a la que se hace referencia no es sino consecuencia de la propia evolución de los servicios de ingeniería. En este tipo de actividad se van incorporando, progresivamente, nuevas prestaciones que alteran su condición tradicional. La tendencia hacia lo que podría denominarse la gestión integral del proyecto implica la inclusión de las actividades de construcción en el marco de la realización de la obra de ingeniería.

Las distintas modalidades del contrato de ingeniería presentan muy diversa naturaleza en su contenido obligacional. Pero, quizás, la explicación de la existencia de una pluralidad de ellas se encuentra en la misma evolución del propio contrato. En un principio, estos contratos se referían, exclusivamente, al diseño de planos. De forma progresiva y, fundamentalmente debido al desarrollo tecnológico, la realidad exigía la

---

<sup>96</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 237.

creación de nuevos tipos contractuales que se ajustaran a las necesidades actuales. Además del diseño de planos, era necesario que se incorporaran prestaciones mucho más complejas, más allá, incluso, de la ejecución de la obra. Por ejemplo, las relativas a la asistencia técnica, la supervisión, la transferencia de tecnología o la puesta en funcionamiento, así como la formación del personal o la comercialización del producto<sup>97</sup>.

Este contrato ha evolucionado, pues, en el sentido que la función del ingeniero consultor ha cambiado por la complejidad y la amplitud de las técnicas empleadas. Pasando de la ingeniería independiente a la ingeniería-construcción<sup>98</sup>: inicialmente, el contrato de ingeniería o *engineering* – denominación que se impone por su origen anglosajón y que utilizamos indistintamente- se presentaba como un contrato de creación de obra intelectual y ha pasado a ser un contrato de contenido “plural y complejo, con características de prestaciones de servicios y construcción”<sup>99</sup>.

Y será la construcción, precisamente, el elemento operativo de la distinción clásica entre contratos de ingeniería. Así, en ausencia de esta prestación nos encontramos ante ingeniería consultora o *consulting engineering* y, en presencia de la misma, ante ingeniería *comercial* o *commercial engineering*<sup>100</sup>.

Algo comparable ocurre con la inclusión de la realización de los procedimientos de transferencia de tecnología en los contratos internacionales de ingeniería<sup>101</sup>. Circunstancia que se ha convertido en una práctica, cada vez más habitual, debido a la complejidad de la obra civil o

---

<sup>97</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 2.

<sup>98</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, cit., p. 236.

<sup>99</sup> Vid. ALPA, G.: “Il contratto d'engineering”, *Giustizia Civile*, 1983, pp. 187 y ss., esp. p. 192.

<sup>100</sup> Esta distinción está comúnmente aceptada por la doctrina y, aunque se ha consolidado, también ha sido sometida a revisión, como veremos, y se ha calificado como distinción “tradicional”. Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di ...*, cit., pp. 26 y ss.

<sup>101</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 2000, p. 97.

industrial a realizar. De modo que, en la clasificación de las distintas categorías de contratos de ingeniería encontramos, asimismo, una figura denominada ingeniería de procedimiento o *process engineering*<sup>102</sup>.

Esta evolución no sólo explica la transición de la ingeniería consultora a la ingeniería operativa, a la que ya se ha hecho referencia, sino, asimismo, la variedad de modalidades contractuales que pueden encontrarse en cada una de estas dos categorías. Como muestra, en los actuales proyectos BOT *-build operate and transfer-*<sup>103</sup>, se añade a las prestaciones consideradas como habituales, la explotación de la obra hasta la cobertura de costes y beneficios, y la transferencia de la propiedad al destinatario final, que, normalmente, suele referirse a un Estado<sup>104</sup>.

### *c.- La denominada “ingeniería-construcción” o comercial*

Como puede observarse, los servicios de ingeniería van incorporando cada vez más un número mayor de prestaciones -tanto de construcción, como de transferencia de tecnología- dirigidas a la gestión integral de la obra de ingeniería a realizar.

Se trata de proyectos técnicos de grandes dimensiones que implican la participación de sociedades de ingeniería para hacerse cargo de las distintas

---

<sup>102</sup> En términos idénticos, *vid.* DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de commerce internationaux*, Bruselas, De Boeck, 1996, p. 112 y MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de comercio exterior. (Doctrina y Formularios)*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 416.

<sup>103</sup> Proyectos a los que ya se ha hecho referencia anteriormente.

<sup>104</sup> Es más, el estudio de las publicaciones de la FIDIC avalan esta idea de la evolución del contrato de ingeniería. Si se analizan las publicaciones por orden cronológico, puede observarse cómo esta asociación profesional va incorporando, progresivamente, contratos tipo y guías referidas a modalidades cada vez más complejas. Así, se manifiesta si se observan las publicaciones de la FIDIC por orden cronológico y estudiando su evolución de más sencillo a más complejo, e, incluso, sus intentos sistemáticos de clasificación con la refundición de los tipos del *consulting engineering* en un solo libro.

prestaciones a realizar. Concretamente, hemos visto que, en la práctica, cuando los proyectos de ingeniería incluyen la construcción de la obra, estas sociedades de ingeniería pasan a denominarse “firmas de ingeniería-construcción”<sup>105</sup>.

La “ingeniería construcción”<sup>106</sup> hace referencia a las operaciones que abarcan las prestaciones relativas a la ejecución material de la obra, desde la concepción del proyecto, hasta la instalación de la obra industrial. Esta fusión habitual de ingeniería más construcción se ha reflejado en la práctica comercial internacional. Así, los contratos modelo de ingeniería, que incluyen actividades de construcción, no realizan ninguna distinción entre los servicios de ingeniería y los de construcción.

Con todo, no debe olvidarse que la ingeniería abarca muchas más prestaciones que las de construcción, de ahí que su ámbito de contenido sea mucho más amplio. Y ello aunque se sitúen los contratos de ingeniería en el marco genérico de la construcción como sector de la economía<sup>107</sup>.

De esta suerte, el contenido de estos contratos no se limita al diseño y la construcción de la obra civil o industrial, sino que también es cada vez más frecuente que en este tipo de proyectos se haga referencia, asimismo, a la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de la obra proyectada y construida que, consecuentemente, requerirá la concurrencia de diversas prestaciones para su realización<sup>108</sup>.

En definitiva, el criterio fundamental para distinguir entre los contratos de construcción y los de ingeniería se basa en el objeto de este último, que

---

<sup>105</sup> Vid. DUBÉ, G.: “Quelques facettes du contrat d’ingenierie”, Lect. Meredith, 1993, p. 21.

<sup>106</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 237.

<sup>107</sup> Esto es así hasta el punto que algunos autores de la doctrina al referirse a los contratos internacionales de construcción realizan referencias constantes a los contratos tipo de ingeniería de la FIDIC. Como ocurre, por ejemplo con GLAVINIS a lo largo de las 682 páginas de su monografía. Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international de construction*, París, GLN Joly, 1993.

<sup>108</sup> Vid. SCOTT, S.: *Civil Engineering Practice. An Introduction*, London, Arnold, 1997, p. 1.



consiste en la realización de una obra de ingeniería civil o industrial. Por lo tanto, los contratos de ingeniería tendrán una mayor amplitud que los de construcción, puesto que pueden abarcar una pluralidad de prestaciones más allá de las estrictamente de construcción de una obra. No obstante, aquéllos quedan delimitados por su propio objeto: una obra civil o industrial, mientras que el objeto de los contratos de construcción no aparece delimitado de forma tan específica.

Este intento de delimitación entre ingeniería, construcción e ingeniería-construcción, choca, con todo, con algunas dificultades prácticas. Por un lado, un obstáculo terminológico: en ocasiones, la doctrina, bajo la rúbrica de contratos internacionales de construcción, se refiere exclusivamente al contrato de ingeniería-construcción<sup>109</sup>(1). Por otro, dificultades de ubicación de determinadas figuras específicas, como por ejemplo, los contratos bajo la modalidad llave-en-mano (2).

1.- Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, es evidente que la falta de rigor no ayuda en absoluto a establecer unos criterios claros de distinción entre una y otra actividad. Por ejemplo, en ocasiones, la doctrina se refiere a los “servicios de construcción” en los que incluye como contenido los servicios denominados de *consulting and engineering design* (CED), referidos a la proyección de la obra y su gestión, resaltando el aspecto técnico y que, en nuestra clasificación, se identificarían con la ingeniería consultora -*consulting engineering*- que, curiosamente, no incluye la construcción.

Así como ocurre con los servicios de construcción física -*physical construction services*-, relativos a los proyectos de inversión de tipo industrial, agrícola o de infraestructura<sup>110</sup> y que se refieren a la realización de la obra y también a su mantenimiento. En este caso, coincidirían con el

---

<sup>109</sup> Vid. MARTIN, S.A.: “International Construction Contracts”, *Comparative Law Yearbook of International Business*, pp. 313-339, p. 315.

<sup>110</sup> Vid. SOUBRA, Y.: “Information Technology and...”, *cit.*, p. 87-88.

criterio de clasificación correspondiente a la ingeniería comercial u operativa *-commercial engineering-*. En realidad, se está haciendo referencia a las actividades o servicios de ingeniería que incluyen la construcción, pues, además de señalar los aspectos técnicos de ingeniería consultora, ejecutan la obra de infraestructura o industrial. Y éste es, el objeto por excelencia de los contratos de ingeniería comercial, que también aparecen bajo la denominación de ingeniería-construcción (por integrar, precisamente, esta prestación).

Entendemos, pues, que la pretensión de establecer una terminología diferente no aporta nada nuevo, desde el punto de vista del contenido, a los criterios existentes y generalmente reconocidos por la doctrina especialista en el sector.

2.- En este intento de delimitación, otra dificultad la encontramos, como decíamos, en los problemas de ubicación de determinadas figuras contractuales. En este sentido, cabría plantearse, a modo de ejemplo, si un contrato de la modalidad denominada “llave en mano” o “turn key”<sup>111</sup>, y de gran utilización en la práctica, constituye, realmente, un contrato de construcción o de ingeniería. Estos contratos llave en mano se caracterizan por la existencia de una responsabilidad global del contratista, quien se responsabiliza desde el diseño de la obra hasta su puesta en funcionamiento, pasando, por supuesto, por la ejecución de la misma.

La respuesta atiende, fundamentalmente, a dos criterios. El primero, de carácter objetivo, hace referencia a la obra objeto de realización: ¿se trata de una obra civil o industrial?. Si la contestación es afirmativa, nos encontramos ante un subtipo de contrato de ingeniería comercial. En cuanto al segundo criterio, de carácter subjetivo: ¿es el contratista un ingeniero o una sociedad de ingeniería?. Si es así, se trata, de nuevo, de un contrato de

---

<sup>111</sup> En este punto la bibliografía es muy amplia. *Vid.*, entre otros, la primera monografía de la doctrina española sobre estos contratos, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*

ingeniería comercial.

Puede ocurrir, sin embargo, que la respuesta a las dos preguntas sea negativa pero que el contratista utilice los servicios de ingeniería, mediante otro contrato accesorio al principal, por ejemplo, por lo que se refiere al diseño de la obra. Así, podemos encontrarnos, en ocasiones, con un contrato de construcción *turn key* en el que el contratista asume una obligación principal con el cliente de modo global. De manera que aquél contrata los servicios de una ingeniería para cualquiera de los servicios de diseño de planos, supervisión o asistencia técnica. En este caso, nos encontramos ante un supuesto distinto al anterior: un contrato de ingeniería consultora que se encuentra en el contexto principal de un contrato de construcción llave en mano. Este supuesto suele ser habitual en los contratos relativos a la instalación de plantas industriales, donde las prestaciones de mantenimiento y de dirección técnica suelen contratarse paralelamente al contrato principal<sup>112</sup>.

La diferencia fundamental, en uno y otro supuesto sería que, en el primer caso, nos enfrentamos a un contrato de ingeniería comercial u operativa *turn key*. Y, en el segundo, ante un contrato de ingeniería consultora inmerso en un contrato de construcción *turn key*.

En definitiva, no debe plantear ninguna duda la admisión de una modalidad de contratos de ingeniería comercial u operativa que son, precisamente, los contratos de ingeniería *turn key*. Y ello, aunque éstos puedan darse, asimismo, al margen de la ingeniería, en el contexto general de la construcción. Tanto es así, que la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingenieurs Conseils*), la asociación profesional internacional más importante en el sector de la ingeniería, ha elaborado un contrato tipo referido,

---

<sup>112</sup> Tanto es así que, en ocasiones, se asiste a la contratación verbal del servicio de dirección técnica de la obra, tal y como ocurre en el marco de un contrato de instalación de planta industrial en un supuesto de la jurisprudencia española. *Vid.* la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de octubre de 2001, *RJA JUR* 2002/6422.

precisamente, a los contratos de ingeniería *turn key* o llave en mano<sup>113</sup>.

En suma, el intento de elaborar criterios para la distinción entre una y otra categoría no evita que, en determinados supuestos, sea verdaderamente complejo separar las dos actividades. Así, en el segundo de los ejemplos mencionados, el relativo al contrato de construcción llave en mano con un contrato de ingeniería consultora, resulta difícil hablar de la realización de una obra que requiere determinados servicios de ingeniería, tratando de separar ambas categorías que aparecen unidas en la práctica.

#### *d.- La distinción entre ingeniería y arquitectura*

No acaban ahí los problemas de delimitación de esta figura. En el análisis de la relación entre la ingeniería y la construcción como sectores interrelacionados debe hacerse referencia a otra cuestión clásica. Y es la relativa a la diferencia entre los contratos de arquitectura y los de ingeniería<sup>114</sup>.

De nuevo, nos encontramos ante actividades íntimamente relacionadas. Prueba de ello es que, desde el punto de vista histórico, en épocas como el Renacimiento, las actividades de ingeniería y de arquitectura se desarrollaban conjuntamente y se ejecutaban por los mismos sujetos<sup>115</sup>. Incluso hoy, parte de la doctrina anglosajona, aborda conjuntamente las dos actividades<sup>116</sup>. Y, desde el punto de vista de los sistemas de Derecho civil, se

---

<sup>113</sup> Es el denominado *Conditions of Contract for Design Build and Turn Key*, conocido como *Orange book* de la FIDIC, publicado en 1995.

<sup>114</sup> Vid. BONET CORREA, F. Y OTROS: *La polémica ingenieros-arquitectos en España, siglo XIX*, Madrid, Turner, 1985.

<sup>115</sup> Vid. CALINI, L.: "History and Growth...", *cit.*, p. 56.

<sup>116</sup> Como se observa en la doctrina del *common law*. Por ejemplo, *vid.*, entre otros, SWEET, J.: *Legal Aspects of Architecture Engineering and the Construction Process*, Nueva York,

ha considerado el contrato de arquitectura como una subespecie de los contratos de ingeniería, entendidos en sentido amplio<sup>117</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que los contratos de ingeniería y los de arquitectura pueden encuadrarse en un contexto común, que es precisamente, el sector de la construcción, y de nuevo, puede parecer que se asista a cierta confusión entre ambos fenómenos.

En orden a su distinción, puede recurrirse de nuevo a los criterios objetivo y subjetivo, utilizados anteriormente. Desde el punto de vista objetivo, el contrato de ingeniería debe referirse a una obra civil o planta industrial, no siendo así para los contratos de arquitectura. Asimismo, desde el punto de vista subjetivo, el criterio diferenciador se refiere a un elemento de especialización profesional y sus competencias. Esto es, en los contratos de ingeniería se aplican los conocimientos específicos de uno o varios ingenieros, mientras que, en los contratos de arquitectura, se contratan los servicios profesionales de uno o más arquitectos. Legalmente, la delimitación competencial de una y otra cualificación profesional -ingeniería y arquitectura- se ha resuelto en nuestro ordenamiento jurídico a través de un sistema de enumeración de competencias. Método que ha sido criticado por considerar que una enumeración detallada es un reflejo de la confusión de competencias que no permite realizar una diferenciación genérica<sup>118</sup>, sobre todo, cuando, además, la jurisprudencia española ha señalado que la enumeración legal no presenta un carácter exhaustivo o de *numerus clausus*<sup>119</sup>.

---

West publishing, 1985, DUNCAN WALLACE, I. N.: *Building and Engineering Contracts. Including Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors*, Londres, Sweet and Maxwell, 1970, y GOODNES, J.B.: *A User's Guide to Federal Architect-Engineer Contracts*, Asce, 1989.

<sup>117</sup> Vid. ALPA, G.: "Il contratto d'engineering...", *cit.*, p. 187 y BERCOVITZ, A.: "El contrato de ingeniería. Caracteres y concepto", *Hacienda pública española*, IEF, 1984.

<sup>118</sup> En relación con la solución legal española vid. la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos.

<sup>119</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 4 de marzo de 1982, *RJA* 1982/2133.

En consecuencia, puede observarse que, aunque los contratos de arquitectura y los de ingeniería podrían calificarse de contratos paralelos, por las semejanzas que presentan y por desarrollarse en el marco de la industria de la construcción, nos encontramos ante categorías contractuales diferentes.

### **3.- Factores condicionantes de los contratos de ingeniería**

#### **A.- Elementos generales y factores específicos del asunto Eurotúnel**

Como ya apuntamos en su momento, el asunto del eurotúnel se presenta como el supuesto práctico en el que se manifiesta la concurrencia de todas las circunstancias condicionantes de los contratos internacionales de ingeniería. En este sentido, la realización del proyecto implicó la contextualización jurídica de la operación en tres niveles. En primer lugar, el marco internacional que incluía la realización de una obra de infraestructura entre dos países distintos y que llevó a la firma de un tratado internacional entre Francia e Inglaterra. En segundo lugar la celebración de un contrato de concesión, un contrato de Estado y, finalmente, los contratos celebrados entre las entidades concesionarias y otros participantes –entre ellos, el contrato internacional de ingeniería-. Además de todos los subcontratos que se realizaron para la ejecución de la obra.

Por esta razón, la obra del Eurotúnel se presenta como un caso único de concesión internacional privada establecida por un contrato de Estado y sometida a un régimen de Derecho internacional<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Vid. MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous...*, cit., p. 43.

De lo establecido en el Tratado y el acuerdo de concesión puede deducirse la intención de los Estados francés y británico de vincularse con las entidades concesionarias mediante un contrato internacional. En este contrato de concesión se incluyen, además, diversos anexos y cláusulas<sup>121</sup>.

Las particularidades de este supuesto obligan a distinguir dos actos jurídicos diferentes en el seno de este documento. a) Por un lado, el convenio internacional entre los dos Estados y, b) por otro, el contrato internacional de concesión con las dos sociedades francesa e inglesa<sup>122</sup>.

Sólo, una vez establecido este marco jurídico, pudo celebrarse el contrato internacional de ingeniería entre las entidades concesionarias y las sociedades de construcción. Relación jurídica a la que se hará referencia en un momento posterior cuando se analice, de modo general, el contrato internacional de ingeniería. Ahora, sin embargo, nos centraremos en los rasgos generales y los elementos condicionantes del eurotúnel como ejemplo de contextualización de un contrato internacional de ingeniería.

#### *a.- Un Convenio internacional: El Tratado de Canterbury*

El 12 de febrero de 1986 Francia y Reino Unido firmaron el Tratado de Canterbury. Se trataba de un tratado internacional entre ambos Estados para

---

<sup>121</sup> *Vid.*, a modo de ejemplo, el primer Anexo, que contiene la descripción de la obra por parte de los Estados concedentes o el artículo 7 del contrato de concesión donde se establece el poder de control del Comité interestatal y el artículo 13 sobre la función del *maitre d' oeuvre* independiente o la lista de circunstancias previstas en caso de fuerza mayor, en el artículo 24.

<sup>122</sup> *Vid.* MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous...*, *cit.*, p. 44.

la construcción y explotación del túnel subterráneo que uniría estos países y que se ejecutaría por entidades concesionarias de carácter privado.

Ya en este Tratado se incluía una cláusula de determinación del Derecho aplicable en la que se establecía como régimen rector de los conflictos surgidos en relación con la concesión lo dispuesto en el mismo tratado y las normas del Derecho inglés y/o francés. Asimismo se afirmaba la posibilidad de aplicación de los principios del Derecho internacional y, si las partes lo convenían, del principio de equidad.

Como veremos más adelante, esta cláusula se ha calificado de poco convencional<sup>123</sup> y se ha criticado por el grado de incertidumbre que introducía para la contextualización de la operación en un determinado marco jurídico (con la excepción del contrato de préstamo que quedaba sometido, claramente, al Derecho inglés). Con el problema, además, que esta cláusula se repetiría a lo largo de los distintos contratos celebrados.

Dos semanas antes de la firma del Tratado de Canterbury el 12 de febrero de 1986, se había seleccionado el proyecto mediante un concurso de licitación en que debían cumplirse cuatro requisitos básicos; la viabilidad técnica y económica del proyecto, determinación de la nacionalidad inglesa o francesa, estudio de impacto medioambiental y garantía de licitación de 300.000 ecus ante los dos gobiernos. Un año antes, en abril de 1985, los gobiernos británico y francés habían lanzado de forma conjunta la denominada *invitation to promoters* con plazo de presentación de ofertas hasta el 31 de octubre de ese mismo año. El resultado es que de diez propuestas, sólo cuatro cumplían los requisitos establecidos.

La adjudicación se produjo a favor de las entidades que se erigían como líderes en el sector de la construcción (*Euro tunnel PCL* y *Euro tunnel SA*, que configuraron el denominado *Euro tunnel Group*). Curiosamente, esta adjudicación no se correspondía a las opciones consideradas como favoritas



por los gobiernos francés y británico que preferían un puente en lugar de un túnel que pudiera ser utilizado por vehículos<sup>124</sup>.

La virtualidad del contrato de concesión se sometía, bajo condición suspensiva, a la entrada en vigor del Tratado internacional que debían ratificar ambos Estados. La firma de este documento no prejuzgaba, sin embargo, la decisión parlamentaria que debía tomar cada Estado. Sólo después de la entrada en vigor del Tratado se establecerían los préstamos bancarios de financiación y las garantías (26 de agosto de 1987 la garantía y 4 de noviembre de ese mismo año el préstamo). De modo que sería necesaria la ratificación del Tratado internacional y la autorización parlamentaria del proyecto en ambos países para poder poner en marcha la obra. De nuevo, Francia y Reino Unido, se encontraban ante la realidad de sistemas distintos que mantienen políticas diferentes, ahora, en lo referido al proceso de autorización.

La propia estructura del sistema jurídico inglés exigía la aprobación de una ley interna para que un convenio internacional surtiera efectos en ese país. Pero, sin embargo, desde el punto de vista inglés, la verdadera dificultad consistía en la inexistencia de la concesión como instrumento jurídico. Por esta razón se promulgó la *Channel Tunnel Act*, de 23 de julio de 1987. El procedimiento inglés de autorización ha sido calificado como controvertido, no se sometía a una decisión ministerial sino al voto parlamentario de unos comités seleccionados de entre ambas cámaras parlamentarias (opción que curiosamente también fue calificada de “menos democrática”<sup>125</sup> lo que es, cuanto menos discutible). En el caso francés, la autorización del proyecto no presentó ningún tipo de problema, ni controversia, dado que la entrada en vigor del tratado exigía una

---

<sup>123</sup> Vid. WEINTRAUB, R.J.: “*Lex Mercatoria and...*, cit., p. 143.

<sup>124</sup> Se ha calificado como un “misterio” la decantación por el proyecto final, que quizá pudiera explicarse por la similitud que presentaba con alguno de los modelos barajados en la década de 1970. Vid. HOLLIDAY, I.: “*The Politics of...*, cit., p. 197.

<sup>125</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: “*The Politics of...*, cit., p. 203.

autorización legislativa. Todo el procedimiento de autorización se llevó a cabo de forma rápida y pacífica, casi como una mera formalidad.

Lo cierto es que, con mayor dificultad en el Reino Unido y con mayor facilidad en Francia, se conseguían las autorizaciones necesarias en ambos países que permitían la ratificación del Tratado a partir del 29 de julio de 1987.

#### *b.- El contrato internacional de concesión*

Dos meses más tarde, el 14 de marzo de 1986, se firmaría el acuerdo de concesión ente los Estados francés e británico y las entidades concesionarias, Eurotunnel. El marco de la concesión se refería a la proyección, la construcción, la financiación y la explotación de la obra.

Ambos gobiernos asumían el compromiso de mantener una política de estabilidad con respecto al proyecto y su ejecución, pero se transmitía la responsabilidad económica a los promotores. El carácter privado de la financiación llevó a optar por la concesión. Se optó por una “fórmula original”<sup>126</sup>. Concretamente, existían dos entidades concesionarias; una inglesa y otra francesa<sup>127</sup>, separadas pero indisociables, obligatoriamente vinculadas hasta el final de la operación.

En este sentido, cada entidad se regía por su ordenamiento jurídico, aunque los accionistas eran los mismos y el capital indivisible. Cada sociedad contaba con similar capital. La concesionaria francesa *France-Manche S.A.* se correspondía a la sociedad francesa *Eurotunnel S.A.* y la

---

<sup>126</sup> Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p. 43.

<sup>127</sup> French Company Eurotunnel, S.A y France-Manche, S.A. y British Company Eurotunnel y Channel Tunnel Group, UK.

concesionaria inglesa *the Channel tunnel Group* se correspondía con la sociedad *Eurotunnel PLC*. Las entidades concesionarias eran subsidiarias respectivamente y la unión de las sociedades contaba con ciertas premisas tales como que no se podía ser accionista de una de ellas sin serlo de la otra<sup>128</sup>.

Los términos generales del contrato de concesión se concretaban de la siguiente forma: la entidad *Eurotúnel* contaba con una licencia durante un periodo de 55 años para diseñar, construir y explotar el Túnel del Canal<sup>129</sup>. Transcurrido este plazo – esto es, en julio del año 2042- la propiedad de la obra se transfería a los Estados británico y francés de forma conjunta. Además, la entidad concesionaria se comprometía a establecer la posibilidad para los vehículos de cruzar el túnel, y en caso de fracasar en su intento, se encargaría de ello otra empresa en el año 2010 con una licencia de 10 años de duración. Otra de las condiciones del contrato de concesión se refería a la imposibilidad de invertir dinero público en la obra durante el periodo de concesión: ni para su construcción, ni para el mantenimiento de la explotación de la misma<sup>130</sup>.

Además, el contrato de concesión preveía la creación de una Comisión intergubernamental franco-británica que ejercía una función de control (aprobación de anteproyectos y planos de diseño de la obra y emisión de algunos certificados) y que provocó un aumento de costes y, en ocasiones, algunos conflictos de competencias que generaban un cierto grado de incertidumbre en materia de toma de decisiones. Se trataba del control gubernamental de la obra, no sólo por lo que se refiere al diseño y la construcción de la misma, sino también respecto a la adecuación a las normativas de seguridad.

---

<sup>128</sup> Vid. NASLIN, J.: "A Completely New...", *cit.*, p. 21.

<sup>129</sup> Periodo prolongado por 10 años más en 1993.

<sup>130</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 202.

En relación con el Derecho aplicable, el mismo contrato de concesión establecía que *en orden a resolver cualquier disputa en relación con la aplicación de este contrato, se aplicarán las disposiciones generales del Tratado y de este contrato. Las normas del Derecho inglés y las normas del Derecho francés se podrán aplicar, si fuera apropiado, cuando el recurso a esas normas fuera necesario para completar las obligaciones particulares conforme al Derecho inglés o al Derecho francés. De forma general, también se podrá recurrir a los principios generales del Derecho internacional, y si las partes en la disputa así lo acuerdan a los principios de equidad*<sup>131</sup>.

El efecto del contrato de concesión es la sumisión del mismo al Derecho internacional y no directamente al Derecho inglés o francés, sin que ello signifique que las partes se asimilan como Estados, en el sentido de sujetos del Derecho internacional público, ni tampoco que el contrato de concesión debe ser observado como un tratado internacional<sup>132</sup>. Esta disposición debe entenderse en el sentido de que el contrato debe ser interpretado de acuerdo con los principios del Derecho internacional, así como cuando se trate de una cuestión surgida entre las partes y no regulada en el contrato, la solución deberá buscarse en el Derecho internacional y sus fuentes tradicionales. En este caso, el contrato de concesión se refería a una obra pública, que, una vez terminada, se convertiría en una concesión de un servicio público<sup>133</sup>. En definitiva, el contrato de concesión se configura como el marco general de la operación a partir del que se elaboran otros como el contrato internacional de ingeniería, como veremos.

---

<sup>131</sup> Vid. art. 24 del contrato de concesión.

<sup>132</sup> Asunto *Texaco Libia* 1977, 53, *Int. L.R* 389.

<sup>133</sup> Vid. WALKER-ARNOTT, E. I.: "The Channel Tunnel Concession", *International Business Lawyer*, enero 1996, p. 12-13.

### *c.- La financiación privada del proyecto y los contratos de crédito*

La necesidad de buscar fórmulas alternativas que eviten el recurso a los fondos públicos en la realización de obra pública de infraestructura se ha agudizado recientemente. Esta situación se debe a la combinación de dos circunstancias; por un lado, la necesidad de crear una red de infraestructura que colme las necesidades del desarrollo económico, y, por otro, la exigencia de dirigir los fondos públicos a sectores primarios básicos sociales de asistencia, como son la educación o la sanidad<sup>134</sup>. De modo que, en definitiva, de lo que se trata es de buscar nuevos métodos que eviten los inconvenientes de la utilización de financiación pública pero que presente las ventajas de unas mayores garantías por la vinculación del Estado a las mismas.

En el supuesto concreto del Eurotúnel, como se ha visto, la fórmula para vincular a los sectores público y privado fue el recurso a la figura de la concesión. De modo que los Estados se comprometían a que las entidades concesionarias que realizaban y costeaban la obra pudieran explotarla para el reembolso de los costes y hasta la obtención de beneficios de la misma.

La existencia de empresas concesionarias y de nacionalidad francesa e inglesa y su implicación equitativa en la financiación del proyecto complicó enormemente la estructura financiera del mismo. Por esta razón, si bien hubiera sido mucho más sencilla la creación de una compañía única, lo cierto es que esta organización respondía al espíritu de la doble nacionalidad del proyecto<sup>135</sup>.

La financiación de la construcción del Túnel del Canal se estableció en diversas fases y fuentes. En primer lugar, bajo la denominación de *equity I*,

---

<sup>134</sup> Vid. WRIGHT, P.: "Innovative Solutions to...", *cit.*, p. 510.

<sup>135</sup> Vid. FRESHWATER, T.-DUHOT, F.: "Equity Funding", *International Business Lawyer*, enero 1996, pp. 18 y ss.

los promotores realizaban una inversión inicial de 46 millones de libras esterlinas en septiembre de 1986. Un mes más tarde, tenía lugar la denominada *Equity II*, con un valor nominal de 206 millones de libras esterlinas garantizadas por instituciones privadas. En la *Equity III*, *Eurotunnel* emitió acciones (*twinned shares*) por un valor de 3.50 libras esterlinas en la bolsa de Londres y de París, conjuntamente. Esta convocatoria pública de suscripción de acciones puede calificarse de éxito por cuanto arrojó unas cifras de 770 millones de libras esterlinas para la financiación de la obra.

Esta circunstancia implicaba, además, la concurrencia de los requisitos exigibles para la obtención de un crédito de 5000 millones de libras esterlinas proveniente de una agrupación de más de 500 bancos que otorgaban el mismo para la financiación del proyecto. Este crédito incluía 1000 millones de libras esterlinas del Banco Europeo de Inversiones garantizado por *letters of credit* de bancos comerciales. Dado que los costes de la realización de la obra aumentaron con respecto a las previsiones iniciales, las fuentes de financiación también incrementaron, hasta el punto de que, a finales de 1990, se contaba con una *equity* de 1.5 millardos de libras esterlinas y una deuda de 7.1 millardos de libras esterlinas<sup>136</sup>.

La implicación de los bancos en la operación de crédito se presentaba como la mayor de las realizadas nunca en el sector privado, de modo que confería a los bancos un poder de decisión y de negociación notable. En este sentido se señala la sujeción mínima del proyecto a las normativas públicas del sector en ambos países por su carácter fundamentalmente privado<sup>137</sup>.

El primero de los créditos se firmó en noviembre de 1987, desde entonces y hasta 1996, se sucedieron otras 10 operaciones de crédito. Una

---

<sup>136</sup> *Vid.* HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 200.

<sup>137</sup> *Vid.* HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 199.

de las dificultades en esta materia, de nuevo, consistía en la necesaria combinación de dos sistemas jurídicos tan diferentes como son el inglés y el francés. La mayor parte de los contratos de crédito se sometían al Derecho inglés, si bien se establecía alguna sumisión al Derecho francés.

No puede olvidarse que nos encontramos ante la obra de mayor envergadura técnica y económica que se ha realizado en Europa bajo financiación privada sin garantías estatales. Esta circunstancia implicaba, desde el punto de vista de los prestamistas un alto riesgo económico que condujo a que pudieran ejercer una importante labor de control con respecto de las operaciones del desarrollo de la obra. La estructura de las operaciones de crédito, que respondían al modelo inglés, incluían toda la documentación sobre el diseño y la construcción. De modo que los bancos ejercían una fuerte supervisión que consistía, por ejemplo, en autorizar el aumento de los plazos de realización de la obra.

La estructura del sistema inglés en materia de garantías es relativamente sencilla y se basa en los denominados “*floating charges*”. Estas figuras son formas flexibles de garantías que van creando un contingente determinado de intereses de garantía, que sólo se materializa en el momento de su ejecución y que permite al contratista seguir negociando con la propiedad. Este mecanismo es una garantía omnicompresiva en el sentido en que se refiere al ámbito personal y real (tangibles e intangibles y presente y futuro)<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> La *floating charge* es una forma de derecho real de garantía que se extiende a todos los bienes y créditos presentes y futuros del deudor, existentes en el momento de la liquidación. En España, la doctrina se refiere a esta figura subrayando la dificultad de reconocer su validez en nuestro ordenamiento jurídico, incluso, *inter partes*, junto a otra figura alemana de derecho real de garantía –*Konzernklausel*–, pues, atentan contra el principio de buena fe y tienen su origen en condiciones de contratación abusivas. Asimismo, también se califican como condiciones imposibles porque impiden, *de facto*, que el deudor pueda adquirir la propiedad del bien gravado o recuperarla, una vez satisfecho el crédito. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.- SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 645. La flexibilidad de la *floating charge* conduce, en ocasiones, a la dificultad de reconocerla en un contrato. Esta es la cuestión que se planteaba en un supuesto de la jurisprudencia inglesa, relativo a un contrato de construcción relativo a unos trabajos de ingeniería para la reparación de unas plantas industriales. En una cláusula del contrato

El sistema francés, por su parte, es mucho más rígido en este sector<sup>139</sup>, no existe una figura paralela a las *floating charges* y cuenta con las denominadas *natissements* sobre distintos aspectos de la operación (cuentas corrientes, marcas registradas, material en *stock*). Esta parcelación de la garantía lleva a la consecuencia de la existencia de partes no garantizadas en la operación, como serían los derechos derivados del contrato de concesión. De modo que esta situación de desconocimiento de una figura jurídica se corrigió otorgando a los prestamistas el derecho de sustituir a las entidades participantes en la realización del proyecto por otras en caso de incumplimiento. Solución que, además de solventar esta circunstancia, se asemejaba al sistema inglés.

En este sentido, se señalan las importantes diferencias que subyacen entre los dos sistemas jurídicos en relación. Por un lado el sistema inglés, muy flexible, en el que se puede realizar todo aquello que no esté prohibido, y por otro lado, el sistema francés, en el que únicamente se puede realizar aquello que esté expresamente previsto<sup>140</sup>.

Otra de las diferencias existentes en este ámbito se refiere al método de ejecución de estas garantías. El sistema inglés permite su ejecución mediante la solicitud del acreedor, mientras que el sistema francés, atendiendo a la naturaleza de la garantía, la ejecución requerirá la intervención judicial para poder hacerla efectiva. La posición de los acreedores en las deudas aseguradas aparece de forma mucho más favorecida en la legislación inglesa –por la *Insolvency Act* de 1986- que en la francesa. Ésta impone más obstáculos para los acreedores en aras a la

---

modelo utilizado –el citado *ICE conditions*- se preveía una carga sobre la propiedad de la obra y la discusión se centraba en dilucidar si se trataba de una *floating charge* sin registrar o de una *fixed charge*, prevista como acción contractual y no real. Vid. *Smith Administrator of Cosslett (Contractors) Limited v. Bridgen County Borough Council*, Sentencia de la *House of Lords*, de 8 de noviembre de 2001, [2001] UKHL 58.

<sup>139</sup> Vid. FRESHWATER, T.-DUHOT, F.: “Equity Funding ...”, *cit.*, p. 20.

<sup>140</sup> Vid. MONTAGUE, A.: “Project Loan Financing”, *International Business Lawyer*, enero 1996, pp.14-16.



ejecución y, para ello, se exige un procedimiento previo de conciliación durante cuatro meses. Posteriormente, un procedimiento judicial en el que se denomina a un administrador para la elaboración de un plan de reestructuración, durante el que no se puede ejecutar la garantía. Plan en el que, además, los objetivos prioritarios se refieren a la recuperación de la empresa afectada y el mantenimiento de los puestos de trabajo, por encima del cobro de las deudas existentes.

Lo cierto es que, pese a las diferencias, los dos sistemas funcionan adecuadamente. Quizá la dificultad esencial consistía en coordinarlos en su actuación para la ejecución de una operación de crédito, esta coordinación ha sido calificada de auténtica “pesadilla”<sup>141</sup>.

La visión crítica sobre la financiación privada se centra en que, probablemente, el sistema de garantías hubiera resultado más económico si en lugar de realizarlo Eurotúnel lo hubiera llevado a cabo un Estado. Pero, también es cierto, que hubiera resultado más caro, desde la perspectiva del contratista, si el cliente hubiera sido un Estado<sup>142</sup>.

## **B.- Factores condicionantes de los contratos internacionales de ingeniería**

El marco general en el que se desarrolla un contrato internacional de ingeniería implica la concurrencia de una serie de circunstancias que condicionan la operación, tal y como hemos visto en el supuesto concreto del eurotúnel. Conviene, pues, hacer referencia a estos elementos –si bien su análisis escapa del objeto de este trabajo–, dado que esta situación se da,

---

<sup>141</sup> *Vid.* MONTAGUE, A.: “Project Loan Financing...”, *cit.*, p. 14.

<sup>142</sup> *Vid.* HOLLIDAY, I.: “The Politics of...”, *cit.*, p. 193.

de modo general, en la realización de una obra de ingeniería de ámbito internacional.

*a.- El elevado riesgo económico de las operaciones*

Uno de los problemas señalados en relación con estos contratos internacionales de ingeniería viene constituido por el elevado riesgo de estas operaciones<sup>143</sup>.

Muchos han sido los factores del contrato señalados que provocan mayores riesgos. A saber, la organización y coordinación de la pluralidad de sujetos que intervienen en estas operaciones, la prolongada duración del contrato, la enorme dimensión de las obras que por lo general suelen darse en el ámbito internacional, la complejidad técnica de los proyectos internacionales, las barreras de la coincidencia de distintas lenguas, la modificación de las circunstancias en materia laboral o de producción, los cambios de las circunstancias climáticas o naturales, las diferencias entre las distintas legislaciones y la posible arbitrariedad de algunas legislaciones estatales.

Resulta muy habitual que este tipo de problemas aparezcan en los contratos internacionales de ingeniería comercial, razón por la que deberán estudiarse estas circunstancias<sup>144</sup>, en ocasiones, como elementos característicos de estos contratos y cuáles son las consecuencias que producen en el contrato.

---

<sup>143</sup> No en vano, los contratos internacionales de construcción de obra han sido calificados como “aquellos negocios en el mundo en los que existe más riesgo”. *Vid.* GAEDE, A.H.: “International Construction”, *Real estate and Law and Practice Course Handbook Series*, 1998, p. 2.

<sup>144</sup> Concurren otras circunstancias que también requieren su estudio como son la influencia del *common law*, el arbitraje, problemas jurídicos como el cambio de circunstancias, fuerza

*b.- La especialización profesional y el aspecto societario. Grupos de empresas y sociedades de ingeniería*

La referencia a los contratos internacionales de ingeniería conlleva, inevitablemente, su consideración por naturaleza como contratos a largo plazo, con un entramado de relaciones entre personas y empresas, y un alto grado de complejidad técnica en los que, además, se asiste, actualmente, a un proceso de especialización<sup>145</sup>.

Así, la complejidad de los proyectos que se realizan en el ámbito de la ingeniería exige la participación de auténticos especialistas<sup>146</sup>, como son los ingenieros, si bien es cierto que la concepción de la ingeniería como actividad desarrollada por el profesional individual no responde a la actual realidad<sup>147</sup>. Circunstancia que ha dado paso a la actividad empresarial desarrollada por las sociedades, empresas o firmas de ingeniería. La evolución experimentada por la actividad de la ingeniería en este sentido se manifiesta, no tanto en la actividad intelectual del ingeniero, en el diseño de planos y estructuras a título individual, sino en la actividad de los grupos de empresas. Entidades que se dedican a la realización y ejecución de proyectos a gran escala y en los que existe una sociedad de ingeniería<sup>148</sup>.

---

mayor e incumplimiento por impago. *Vid.* TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 551.

<sup>145</sup> La doctrina coincide en señalar, de modo unánime, estos rasgos con respecto a la actual configuración de los contratos de ingeniería. *Vid.*, por todos, WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 142.

<sup>146</sup> *Vid.* BERCOVITZ, A.: El contrato de..., *cit.*, p. 133.

<sup>147</sup> Hasta el punto de calificarse de "obsoleta". *Vid.* BERCOVITZ, A.: El contrato de..., *cit.*, p. 133.

<sup>148</sup> *Vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, pp. 8-10. Aquí, CAVALLO señala la transformación de la mera actividad intelectual personal del ingeniero hacia su absorción en una actividad compleja de proyección, organización y realización de obras o iniciativas económicas de grandes dimensiones, que podría configurarse como una empresa de servicios.

El aumento de la complejidad y la magnitud de los proyectos de ingeniería ha incrementado de forma espectacular la actividad de estas sociedades<sup>149</sup>. Debe pensarse que el desarrollo de las sociedades de ingeniería, en ocasiones, se debe a que la práctica les exige la provisión de todo el sustrato tecnológico necesario, que implica la creación de nuevos departamentos especializados o los contactos con otras sociedades especializadas en determinadas materias, o incluso que pertenecen a otros países<sup>150</sup>.

De todos estos cambios derivan dos consecuencias. Por un lado, el aumento de la participación de estas entidades en la realización de la obra, a través de la asunción de la función de contratista por la sociedad de ingeniería. Así, el contratista se presenta como una sociedad o grupo de sociedades. Y por otro, nos encontramos ante el fenómeno de la despersonalización de la función del ingeniero, que, dada la complejidad técnica del proyecto, queda absorbida por la actividad de una o más sociedades de ingeniería<sup>151</sup>. Estas entidades se han convertido en “especie de un género” que se refiere, de modo más general, a empresas de profesionales que reúnen las características necesarias de cualificación y aptitud para la realización de obras industriales o civiles de gran magnitud y alto componente técnico, altamente organizadas y estructuradas<sup>152</sup>.

Así pues, sociedades de ingeniería y grupos de empresas se incorporan progresivamente en la estructura propia de los contratos internacionales de ingeniería. Y con el fin de establecer una diferencia con respecto a la actividad que desarrollan las sociedades de ingeniería, insertadas en estos grandes grupos, se apunta que ofrecen un “producto distinto” y “más complejo que el de cualquier otra actividad profesional con aspectos que

---

<sup>149</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., *cit.*, p. 96.

<sup>150</sup> Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive..., *cit.*, p. 157.

<sup>151</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats..., *cit.*, p. 235.

<sup>152</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, pp. 5, 7 y 8.

pertenece a diferentes dimensiones, a saber, comercial, tecnológica, de asistencia, servicios y dotado del carácter de *intuitus personae*. Son calificadas como sociedades de servicios”<sup>153</sup>.

Las obligaciones de las sociedades de ingeniería pueden variar considerablemente: abarcando desde la prestación, exclusivamente, de obligaciones de carácter intelectual (proyección, diseño de planos), a la asistencia técnica, pasando por la supervisión, la construcción de la obra, el suministro de materiales o la puesta en funcionamiento de la planta industrial. La concreción del contenido obligacional se realiza a través de la elección de una modalidad de contrato de ingeniería u otra<sup>154</sup>. De ahí la trascendencia del análisis de contenido obligacional de cada tipo de contrato de ingeniería.

En este sentido, la regulación del ordenamiento jurídico español, desde la perspectiva del Derecho público, establece una clasificación de los contratos en la que el criterio distintivo es, precisamente, la existencia o no de una prestación de carácter intelectual. De esta suerte, el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 (en adelante TRLCAP)<sup>155</sup> regula, por un lado, los contratos de consultoría y asistencia. Y, por otro, los contratos de obra (además de los de suministro y los de servicios)<sup>156</sup>. En los primeros, el objeto se concreta en la presencia de una “prestación de carácter intelectual”<sup>157</sup>, mientras que, en los segundos, la

---

<sup>153</sup> Vid. CAVALLLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., pp. 14-18.

<sup>154</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, cit., p. 238.

<sup>155</sup> Contenido en el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, publicado en el BOE, núm. 148, de 21 de junio de 2000, –modificado, a su vez, por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, publicada en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001-. Y, más recientemente, en su Reglamento general de desarrollo, contenido en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, publicado en el BOE, núm. 257, de 26 de octubre de 2001.

<sup>156</sup> Vid. MORALES MOYA, A.: Comentarios al Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, BOE, 2002, p. 54.

<sup>157</sup> Vid. el art. 196.2.4 del citado TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: Contratación administrativa. Comentarios a la Ley de contratos de la Administración pública, Madrid, Bosch, 2002, p. 98.

prestación se concreta en la “construcción de bienes inmuebles, la modificación del terreno o el subsuelo y la reparación de los anteriores”<sup>158</sup>.

Esto es lo que ocurre en nuestro país con las grandes constructoras. En España, la creación de los grandes grupos de construcción pasa por un “frenético” proceso de concentración. En tan sólo nueve años las cifras arrojan un “balance espectacular”<sup>159</sup>, de 28 empresas se pasa a ocho grupos<sup>160</sup>. Las razones aducidas para justificar que el sector “bulle por los cuatro costados” en este “proceso imparable de canibalismo” se refieren, entre otras, a la creación de un mercado único europeo de la construcción, al euro, a la mundialización de la actividad económica, a la búsqueda de economías de escala, al aumento de la competitividad, a la proyección internacional y a la financiación privada de grandes estructuras, que en 1999, se afianzaba como método de inversión<sup>161</sup>.

Asistimos, asimismo, junto a las sociedades de ingeniería, a lo que se ha dado en denominar como “alianzas transnacionales”<sup>162</sup>. Estos casos se configuran como un grupo de empresas entre las que se encuentran los servicios de ingeniería y donde la tendencia se establece, claramente, hacia la diversificación<sup>163</sup>, con resultados económicos más que notables<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> *Vid.* el art. 120.a. b. y c. del citado TRLCAP.

<sup>159</sup> *Vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 16 de septiembre de 1999, <http://www.cincodias.es>.

<sup>160</sup> Actualmente, las alianzas han dado lugar a grandes grupos en el mercado español de las constructoras: FCC, ACS y Dragados, Acciona, Ferrovial-Agroman, OHL, Cgs-Copisa y Corsán-Corviam. El proceso de concentración comienza, en nuestro país, al principio de la década de los años noventa, cuando en 1991 Fomento y Construcciones y Contratas crean FCC. Si bien el verdadero “terremoto” se ha dado en los últimos tres años en los que se crean Acciona, ACS, OHL y Ferrovial-Agroman. *Vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 1 de febrero de 1999, <http://www.cincodias.es>.

<sup>161</sup> *Vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 1 de febrero de 1999, <http://www.cincodias.es>.

<sup>162</sup> Como es el caso del acuerdo entre FCC y el gigante francés Vivendi. *Vid.* Cinco días. Diario de economía y empresas, de 16 de septiembre de 1999 y 1 de febrero de 1999, <http://www.cincodias.es>.

<sup>163</sup> Resulta curioso observar cómo los grandes grupos de la construcción en España -FCC, Dragados y Acciona- afirman como carta de presentación que “su estrategia de crecimiento

En los supuestos de los grupos constructores españoles, esta tendencia a la diversificación de las actividades se complementa con la oferta de distintos servicios y la pertenencia al grupo de un número considerable de empresas, entre los que siempre se cuenta con los servicios de ingeniería<sup>165</sup>.

En el caso de un grupo de sociedades, dos son las posibles alternativas jurídicas planteadas con vistas a su canalización: o la creación de una *joint venture*, en la que las partes concentran sus esfuerzos con base en un porcentaje convenido, o bien un consorcio (*consortium*), en el que las diferentes prestaciones a realizar son atribuidas a los miembros de un grupo

---

se ha orientado tradicionalmente hacia la diversificación” y se refiere a “su política de diversificación” o señala “la diversidad de sus actuaciones”, respectivamente. Tanto es así, que, por ejemplo, FCC que es “la matriz del primer grupo constructor español” presenta un grado de diversificación elevado hasta el punto de que el 45% de su producción se desarrolla en sectores diferentes al de la construcción que abarcan desde el saneamiento urbano, la producción de cemento, la promoción inmobiliaria o el “handling” de aeropuertos. En cuanto al segundo grupo español -Dragados- el porcentaje aunque disminuye -el 35.4%- no deja de ser, asimismo, significativo. Vid. las páginas web <http://www.fcc.es>, <http://www.dragados.es> y <http://www.acciona.es>.

<sup>164</sup> Piénsese que las grandes constructoras españolas (FCC, Dragados, Ferrovial, ACS, Acciona u OHL) ganaron casi 1000 millones de euros en 2000, que supone un incremento del 43,7%, y un aumento de la cifra de negocio del 37,8%, con respecto al ejercicio anterior. Estos datos superan al ámbito de la construcción, cuya actividad creció un 6,3% en 2000, la explicación puede situarse en la diversificación hacia el sector de servicios y la expansión internacional. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 28 de febrero de 2001.

<sup>165</sup> Veamos, por ejemplo, el supuesto del grupo FCC en el que los sectores se clasifican del siguiente modo: construcción (incluyendo transportes, edificación, obra civil y plantas industriales) con un porcentaje del 54%, servicios públicos (fundamentalmente concesiones referidas a gestión de residuos y mobiliario urbano) 30%, cemento 9%, inmobiliaria 3% y otros (climatización y equipos industriales, fundamentalmente) 4%. Entre las propias sociedades del grupo, más de sesenta en su propio directorio, se encuentran desde asesorías jurídicas en Madrid y Barcelona, FCC construcción, S.A. (Madrid), FCC inmobiliaria, S.A. (Madrid), FCC Medioambiente S.A. (Madrid). Hasta sociedades con sede en el extranjero, a saber, Cemusa Portugal (Lisboa), FASSA (Paris), Focsa Services UK Ltd. (Manchester), Fospuca, C.A. (Caracas), Mexicana de Medioambiente, S.A. de CV (Mexico) o Silvarrey & Colon Cargo, Service, Inc. (Miami). Vid. la página web <http://www.fcc.es>. En el caso del Grupo Dragados; las prestaciones que se ofrecen se refieren a construcción, industrial, servicios, inmobiliaria, concesiones de transporte y otras. Vid. la página web <http://www.dragados.es>. Y entre las sociedades del grupo se encuentran Dragados concesiones de infraestructuras S.L. (Madrid), Dragados construcción S.A. (Madrid), Dragados del Mediterraneo S.A. (Barcelona), Dragados elmar S.L. (Pontevedra), Dragados industrial S.A. (Madrid), Dragados infraestructuras S.L. (Madrid), Dragados y trabajos marítimos S.L. (Valencia), y un largo etcétera (hasta un total de 44 sociedades entre anónimas y limitadas con ocho UTES -Uniones Temporales de Empresas- con otras grandes constructoras como FCC y Ferrovial). Vid. la Guía de sociedades de Cinco días. Diario de economía y empresas, <http://www.cincodias.es>.

que responden parcialmente de la actividad desempeñada<sup>166</sup>. En estos casos, los acuerdos establecidos entre las distintas partes de la *joint venture* han sido calificados como más importantes, incluso, que el mismo contrato de construcción de la obra. Sobre todo porque suponen, en la mayoría de los casos, el reparto de los derechos y obligaciones de las partes y, por tanto, de la responsabilidad<sup>167</sup>.

Cada vez es más frecuente que los contratistas con obras en países extranjeros formen *joint ventures* con las empresas locales del lugar de situación de la obra. La razón que justifica esta asociación de entidades -en lugar de, por ejemplo, la subcontratación- descansa en la presencia de una multiplicidad de ventajas económicas para los sujetos involucrados en la realización de la obra e, incluso, para la obra en particular. Debe pensarse que, mediante la creación de una *joint venture*, la entidad que va a realizar unas determinadas prestaciones se convierte en parte interesada. Así, la motivación, y por tanto, la eficacia, es mucho mayor cuando existe un verdadero interés económico en el buen desarrollo de la obra. Además, cuando se trata de un socio, éste debe invertir en la obra, y, precisamente por tratarse de un actor perteneciente a la esfera local del lugar de ejecución de la obra, supone un buen guía en el mercado local de la construcción.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en un buen número de países, se incentiva la creación de nuevas empresas mediante la exoneración de determinadas cargas fiscales. Por ejemplo, piénsese en aquellos países en los que ello se prevé con el objeto de favorecer la creación de empresas con personal local o cuyos beneficios reviertan de algún modo en la economía nacional<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, pp. 290-291.

<sup>167</sup> Vid. STOKES, MC.: *International Construction Contracts. An Engineering New Records Book*, Nueva York, 1981, Mc Graw Hill, p. 15.

<sup>168</sup> En este sentido, STOKES pone el ejemplo de Arabia Saudí que, según su Derecho interno, cuando una empresa contenía el 25% de su capital proveniente del propio país, se beneficiaba de una exención del pago de impuestos por un periodo de cinco años. *Vid.*



Las formas de asociación para la configuración de una *joint venture* pueden ser muy variadas. La creación de la entidad puede establecerse desde la perspectiva de la asociación con una entidad extranjera como socio de la misma o de forma subsidiaria, como un empresa extranjera o nacional. En el ámbito de la construcción, se señala especialmente el interés de la creación de *joint ventures* para la elaboración de proyectos BOT –*Build, Operate and Transfer*-<sup>169</sup>. En estos supuestos, la *joint venture* realiza todas las fases relativas a la ejecución de la obra, desde su proyección, construcción, hasta la explotación, financiación y posterior transferencia de la propiedad. Circunstancia que, amén de convertir a los constructores en “banqueros” de la inversión (deben ejecutar toda la organización de empresas para la financiación), procura ventajas económicas en lo que es suministro de materiales, distribución, gestión e investigación. Así, a pesar de restringir la competencia al disminuir el número de partícipes en el mercado, aumentan, sin duda, la competitividad <sup>170</sup>.

### c.- La tecnología. Transferencia de tecnología y know how

La tecnología forma parte del nuevo panorama del comercio internacional<sup>171</sup>, circunstancia que se traslada, asimismo, a los contratos de ingeniería<sup>172</sup>. El alto grado tecnológico que le es propio requiere la

---

STOKES, MC.: *International Construction Contracts...*, cit., p. 14.

<sup>169</sup> Se señala la importancia de este sistema de financiación privada para los Estados de Latinoamérica. Por ejemplo, en 1993 México construye el 63% de sus infraestructuras en carreteras bajo este método. Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F.: *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999, p. 73.

<sup>170</sup> Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F.: *La joint venture...*, cit., p. 92.

<sup>171</sup> Vid. JEHL, J.: *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, Paris, 1985, p. 22.

<sup>172</sup> Una vez más, la doctrina reconoce, unánimemente, la importancia de la tecnología en los contratos de ingeniería. Vid., entre otros, ALPA G. : "Il contratto d'engineering...", cit., p. 12, BERCOVITZ, A.: *El contrato de...*, cit., p. 32, LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La

transmisión del *know how*, la licencia de patentes, la asistencia técnica de gestión y la formación del personal<sup>173</sup>.

La evolución tecnológica lleva consigo un aumento del grado de complejidad en los proyectos que favorece la evolución de la actividad de la ingeniería hacia una tendencia mucho más participativa en la gestión integral del proyecto. Se observa, además, la necesidad de añadir los elementos de complejidad técnica y desarrollo económico presentes en el moderno sector de la construcción internacional en el análisis de la materia, que hasta ahora ha sido confuso y poco claro<sup>174</sup>.

El progreso tecnológico en el ámbito de la ingeniería ha ejercido, pues, un impacto determinante en la evolución de su función y, por ende, de estos contratos. La incorporación de la tecnología supone la necesidad de una supervisión en el proceso de instalación, e incluso, en la terminación del proceso, que implica la participación y asesoramiento del ingeniero en materias afectantes a cuestiones tecnológicas.

El ingeniero aplicaría los conocimientos adquiridos de su especialidad en orden a la realización de los planos, diseños y esquemas de organización. Si bien puede incluir las funciones de supervisión de las obras.

Por estas razones, se han incluido los contratos de ingeniería consultora como un subtipo de los contratos de transferencia de tecnología, junto a los contratos de licencia de patente y marca, contratos de *know how*, de formación profesional y *countertrade*<sup>175</sup>. La ingeniería consultora se referiría, entonces, a todos los estudios realizados con vistas a la elaboración de un contrato de transferencia de tecnología.

---

normalisation des contrats..., *cit.*, p. 48 y LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, Milan, Giuffrè, 1993, p.17.

<sup>173</sup> La doctrina coincide en señalar esta circunstancia de modo unánime, *vid.*, entre otros, SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 284.

<sup>174</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: "The applicable substantive...", *cit.*, p. 137.

<sup>175</sup> *Vid.* DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, *cit.*, pp. 112 y ss.

Lo mismo ocurre con la ingeniería comercial donde la complejidad actual de la construcción de una planta industrial suele implicar la licencia de los derechos de propiedad industrial y *know how*. Circunstancia que se considera accesoria al contrato principal de ingeniería, supeditándose la transmisión de estos derechos a la consecución del objeto del mismo<sup>176</sup>.

Esta evolución da paso a la integración del elemento tecnológico en la ingeniería comercial *-commercial engineering-*, donde se incluye la prestación de la construcción material de la obra. Asimismo cabe señalar la ingeniería de procedimiento *-process engineering-* en la que la realización de los procedimientos de transferencia de tecnología es el factor determinante, abarcando licencias de patentes y de *know how*<sup>177</sup>.

De modo que, en el caso de los contratos de ingeniería, la transferencia de tecnología puede presentarse como una prestación accesoria, dentro de lo que la doctrina ha dado en denominar como contratos de transferencia de tecnología de industrialización, en las modalidades de ingeniería consultora y comercial<sup>178</sup>. Asimismo, la transferencia de tecnología se convierte en prestación principal en los contratos de ingeniería de procedimiento<sup>179</sup>. En consecuencia, no se trata de una operación excepcional como señala algún autor<sup>180</sup>, sino de una evolución natural que deriva del proceso progresivo del aumento de la complejidad técnica.

El factor tecnológico incide, todavía con más fuerza, en los proyectos relativos a la instalación de plantas industriales, especialmente, en los

---

<sup>176</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Contratos internacionales sobre...*, cit., p. 97.

<sup>177</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416 y DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, cit., p. 113.

<sup>178</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Contratos internacionales sobre...*, cit., p. 97.

<sup>179</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., pp. 16 y ss.

<sup>180</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 103.

países subdesarrollados<sup>181</sup>. En estos casos, la transmisión de la tecnología e, incluso, su explotación, se convierte en algo necesario, máxime cuando, además, el cliente suele situarse en una situación más débil frente a los intereses de un grupo de empresas<sup>182</sup>.

En la práctica, y consecuentemente, para la realización de plantas industriales esta tendencia se manifiesta en lo que se ha dado en denominar la "técnica de la globalización"<sup>183</sup>, a través de las que se reúne en una operación integral la ejecución de la planta industrial y la transferencia de tecnología<sup>184</sup>.

En estos casos, nos encontramos ante los contratos de transferencia de tecnología complejos<sup>185</sup>. En ellos pueden incluirse los estudios previos de mercado, la transmisión de derechos de propiedad industrial, del proceso productivo, de los equipos y maquinaria, la puesta en funcionamiento y la formación del personal.

## **II.- Régimen jurídico del contrato de ingeniería internacional**

El contrato internacional de ingeniería se presenta, pues, como paradigma para el análisis del nuevo panorama del comercio internacional que se ha configurado de manera cada vez más compleja en los últimos años. La doctrina señala los elementos novedosos que concurren con respecto a esta nueva realidad. Elementos como son "la quiebra del mito de la 'tipicidad' del contrato [...], el aumento radical del volumen y la

---

<sup>181</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.: Contratos internacionales sobre..., cit., p. 97.

<sup>182</sup> Vid. JEHL, J.: Le commerce international..., cit., p. 153.

<sup>183</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., pp. 16 y ss.

<sup>184</sup> Vid. supra.

<sup>185</sup> Vid. DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, cit., p. 32.

complejidad de las transacciones [...], la carencia de una debida reglamentación jurídica [...], los cambios en relación con los sujetos del comercio y la participación directa del Estado y las ‘mal llamadas’ multinacionales [...], los cambios del objeto de estos contratos con el paso del comercio de productos a los grandes proyectos industriales [...], la crisis del principio de la autonomía de la voluntad y el correlativo incremento en la utilización de los contratos tipo[...]<sup>186</sup>.

Todas estas circunstancias se plasman directamente, como veremos, en el contrato internacional de ingeniería. De modo que, se impone el análisis de cuestiones relativas a su naturaleza jurídica, el carácter atípico del contrato, así como los sujetos que intervienen, el objeto y el contenido del mismo<sup>187</sup>.

En definitiva, cabe coincidir con P. FOUCHARD, como veremos, que el contrato internacional de ingeniería comercial obtiene su régimen jurídico de una “necesaria y sutil coordinación de diferentes fuentes, contractuales y profesionales, estatales o internacionales, y de las sentencias arbitrales más que de las decisiones judiciales”<sup>188</sup>.

## ***1.- El régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería en el asunto Eurotúnel***

### **A.- Características del contrato**

---

<sup>186</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.) y OTROS: Contratación internacional (Doctrina..., cit.

<sup>187</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The Globalisation of..., cit., p. 551.

<sup>188</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 252.

La realización de la obra del eurotúnel se presentaba, como se ha visto, como una operación técnica muy compleja que implicaba, obligatoriamente, una cobertura jurídica que garantizara la consecución de este objetivo. Con este fin, las partes acudieron para la regulación del contrato internacional de ingeniería –que es el objeto de interés en este trabajo- a los contratos modelo de la FIDIC elaborados, precisamente, con el objeto de satisfacer las necesidades de las obras de ingeniería internacionales.

De esta suerte, el contrato de ingeniería se firmó el 13 de agosto de 1986, con base en el modelo de *condiciones civiles* de la FIDIC –el *red book*-, considerado como el de mayor difusión y vocación internacional de la Asociación, bajo un método de determinación del precio de *lump sum*.

Bajo esta fórmula, la entidad concesionaria *Eurotunnel* contrató la construcción del Túnel del Canal a un consorcio de empresas constructoras -denominada *Trans-Manche Link* (TML)- creada específicamente para esta obra.

De modo que, las partes en el contrato eran, por un lado, la entidad concesionaria *Eurotunnel* como cliente y, por otro, *Trans Manche Link* –en adelante TML-, como contratista. La contratista TML estaba constituida por 10 sociedades y se comprometía, tanto al diseño, como a la ejecución de la obra, incluyendo la parte técnica del túnel y el sistema de transporte instalado dentro del mismo.

A su vez, TML se constituía de dos grupos: una *joint venture* de cinco empresas de construcción inglesas –denominada *Translink*- y un grupo de interés económico –GIE *Transmanche construction*- de cinco empresas francesas de construcción.

En un principio, estas empresas constructoras habían participado en el consorcio de la concesión, pero en un momento posterior decidieron

reagruparse y contratar separadamente la construcción de la obra. Esta circunstancia, calificada de “extraña maniobra”<sup>189</sup>, se explica por el carácter beneficioso del contrato de construcción para la parte contratista -sorprendentemente-. No obstante, con posterioridad, se renegociaron los términos del contrato de ingeniería entre TML y *Eurotunnel* de forma más beneficiosa para esta última, esto es, para el cliente, cosa que suele ser lo habitual. En cualquier caso, una de las cuestiones más delicadas fue el aumento del coste total de la obra con respecto a las previsiones; si en 1987 esta estimación era de 4.8 millardos de libras esterlinas, en 1991 se situaba en 8.05 millardos de libras esterlinas<sup>190</sup>.

Desde la perspectiva del objeto de nuestro análisis, el contrato internacional de ingeniería contaba con cláusulas de Derecho aplicable y de sumisión al arbitraje. Así, la cláusula 67 contenía las disposiciones relativas a la resolución de controversias y la cláusula 68 las referentes al Derecho aplicable. En ambos casos nos encontramos con modificaciones innovadoras respecto del modelo de la FIDIC, fruto de la negociación entre las partes, y que detallaremos en la parte de este trabajo dedicada a estas materias.

## **B.- La subcontratación**

Debe considerarse el hecho significativo de que TML –la parte contratista- subcontrató numerosos servicios con otras empresas, crédose, de este modo, una compleja red contractual (una “complex web of contracts”<sup>191</sup>). Se daba la existencia de un número considerable de subcontratos relativos, por ejemplo, al suministro de materiales (que

---

<sup>189</sup> *Vid.* HOLLIDAY, I.: “The Politics of..., *cit.*, p. 194.

<sup>190</sup> *Vid.* HOLLIDAY, I.: “The Politics of..., *cit.*, p. 194.

<sup>191</sup> *Vid.* NASLIN, J.: “A Completely New..., *cit.*, p. 12.

quedaban cubiertos por el contrato de ingeniería y que se regían por el Derecho francés o el inglés). O el contrato con la entidad canadiense encargada del transporte de vehículos que se sometía a los tribunales y al Derecho inglés. O el contrato con *National Railways* que otorgaba el 50% de la capacidad del túnel y que se regía por el Derecho francés.

Otra cuestión que no debe perderse de vista en materia de subcontratación es la relativa a la contratación de personal local. En este sentido, en la región francesa afectada –*Nord-Pas de Calais*- se negoció la contratación del 75% de personal local y el compromiso de realizar los subcontratos en la misma región. Sorprendentemente, y ante una nueva diferencia entre las políticas de los países implicados, en el condado de *Kent* no se negociaron estos términos.

## **2.- El contrato internacional de ingeniería**

### **A.- Naturaleza jurídica del contrato de ingeniería**

#### *a.- La ausencia de regulación. Un contrato atípico de contenido complejo*

Como se pone de manifiesto en el túnel del Canal de la Mancha, el contrato de ingeniería se sitúa en el panorama del comercio internacional como una “nueva técnica negocial de empresa”<sup>192</sup>. La aparición estos contratos de *engineering* en este ámbito resulta, además, muy frecuente, junto a otros, entre las que destacan, expresamente, los contratos de

---

<sup>192</sup> Vid. ALPA, G. : "Il contratto d'engineering...", *cit.*, p. 187.



*franchising, leasing, joint-venture, factoring* o multipropiedad<sup>193</sup>. Fenómeno éste de la ingeniería que, sin embargo, y a pesar de su trascendencia económica, no ha recibido tanta atención como estas figuras paralelas<sup>194</sup>.

La realidad del contrato de ingeniería se presenta, actualmente, como una fórmula creciente en la práctica del comercio, que carece de una regulación legal específica, si bien aparece mencionado puntualmente en algunos textos legales<sup>195</sup>, sobre todo de carácter administrativo<sup>196</sup>. Razón por la que puede afirmarse que se trata de un contrato que carece de tratamiento legislativo *ad hoc* pero que aparece reconocido jurídicamente en ciertas normativas<sup>197</sup>.

La inexistencia de una definición legal sitúa al contrato de ingeniería no

---

<sup>193</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado. Volumen II*, Granada, Comares, 2000, pp. 393 y ss.

<sup>194</sup> Vid. ALPA, G. : "Il contratto d'engineering...", *cit.*, p. 187.

<sup>195</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering, cit.*, p. 27.

<sup>196</sup> Así ocurre en el ordenamiento jurídico español, en el que pueden encontrarse menciones del contrato de ingeniería en leyes administrativas como, por ejemplo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -LCAP- (Ley 13/1995, de 18 de mayo, modificada por el Proyecto de Ley 621/153, en su artículo modificado 2.1.a y sus numerosas modificaciones), que trasponía lo establecido en la Directiva comunitaria 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, en materia de adjudicación de contratos públicos. Vid. GIL IBÁÑEZ, J.L.: *Ley de contratos de las Administraciones públicas: concordancias jurisprudencia, normas de desarrollo e índice analítico*, Madrid, Colex, 2001, p.142, ARAUJO DÍAZ DE TERÁN, M.: *Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2000, p. 23 y NÚÑEZ MUÑÁIZ, R.: *Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 13. Asimismo, el Texto refundido de la LCAP del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio –modificado, a su vez, por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, publicada en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001-. Y, más recientemente, en su Reglamento general de desarrollo, contenido en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, publicado en el BOE, núm, 257, de 26 de octubre de 2001, en el que se regulan los contratos de consultoría, asistencia y servicios. Y en otras leyes como el Decreto núm. 1005/1974, de 4 de abril de 1974, por el que se regulan los contratos celebrados con empresas consultoras o de servicios (Decreto derogado expresamente por el Reglamento del RD 1098/2001 en su Disposición derogatoria única). Así como en legislación fiscal como la Ley 18/1991, de 6 de junio y el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, relativos al impuesto sobre la renta de personas físicas (en los artículos 18.2 y 71.2, respectivamente). Asimismo, en el Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre por el que se liberalizó la transferencia de tecnología extranjera (artículo 1.1.b)

<sup>197</sup> Vid. CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contrato atípicos.I*, Madrid, Bosch, 1999, p. 13.

como un tipo legislativo, sino como un tipo “social”<sup>198</sup>, es decir, “ampliamente conocido en el comercio internacional”<sup>199</sup>. De este modo, bajo la denominación de tipificación social<sup>200</sup>, se hace referencia a la realidad económica que carece de un correspondiente tratamiento legislativo. La doctrina italiana coincide, unánimemente, en calificar el contrato de ingeniería como un tipo social<sup>201</sup>, caracterizado por “elementos repetitivos con una función distintiva”<sup>202</sup>.

En consecuencia, la presencia de esquemas contractuales sin un tratamiento legal determinado nos lleva a su consideración como contratos atípicos. La consideración del contrato de ingeniería como un contrato atípico obliga a distinguir entre dos subespecies de estos contratos: contratos mixtos y contratos complejos<sup>203</sup>. En los contratos atípicos mixtos concurren una pluralidad de prestaciones que son características de otros contratos típicos, pero entre las que sobresale una prestación principal, que resulta socio-económicamente relevante<sup>204</sup>. Con respecto a los contratos atípicos complejos, su particularidad se plasma en el hecho de que, entre las prestaciones concurrentes, ninguna destaca como principal o característica en relación con las demás<sup>205</sup>. Se da lo que, gráficamente, se ha denominado

---

<sup>198</sup> Vid. ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, *cit.*, p. 186.

<sup>199</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado...cit.*, p. 394.

<sup>200</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 109.

<sup>201</sup> En este sentido, *vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 53, ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, *cit.*, p. 21, LAPERTOSA, F.: *L’engineering*, *cit.*, p. 12. En cuanto a la noción de tipo social, *vid.* DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, Padua, Cedam, 1974, p. 48.

<sup>202</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L’engineering*, *cit.*, p. 27.

<sup>203</sup> Vid. VIRGÓS SORIANO, M.: “Artículo 10.5 del Código civil” en *Comentarios al Código Civil y Comp. For.*, Madrid, Edersa, 1995, p. 312.

<sup>204</sup> Como ejemplo de contrato típico mixto se cita el contrato de “concesión de venta”, al que se refiere como un contrato mixto conformado por las prestaciones de los contratos típicos de compraventa y mandato y en el que la prestación relevante es la que debe realizar el distribuidor. Vid. MAGAGNI, M.: *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma di 19 giugno 1980*, Milano, 1989, p. 73.

<sup>205</sup> En este supuesto, la doctrina pone como ejemplo los contratos de *factoring*, transporte multimodal o los contratos de colaboración interempresarial. Vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado...cit.*, p. 394.

como “carencia de tipo contractual dominante”<sup>206</sup>.

Los contratos de ingeniería podrían ser considerados como contratos atípicos en “sentido propio”<sup>207</sup> que resultan desconocidas en las legislaciones nacionales o que se hallan en estado “embrionario”<sup>208</sup>. Además, no son el resultado de la inserción de los elementos pertenecientes a otra figuras contractuales típicas, es decir, contratos cuya causa no resulta de la suma de una pluralidad de elementos causales distintos entre sí, sino que se configuran con una causa “única y autónoma”<sup>209</sup>. De modo que, la pluralidad de prestaciones existentes concurren en orden a la consecución de un resultado económico concreto: la realización de la obra. En este sentido, esta atipicidad implica, no sólo la imposibilidad de incardinarlo en una figura legalmente definida y reglamentada, sino la necesidad de realizar una búsqueda de fuentes de producción jurídica de origen transnacional (referidas a la *Lex Mercatoria*, contratos tipo de la FIDIC, AENA, ICE o la Guías de Naciones Unidas referidas a determinadas modalidades de estos contratos)<sup>210</sup>.

Esta complejidad del contrato dificulta en mayor grado, si cabe, la selección de un régimen jurídico aplicable apropiado. Tanto es así, que la necesidad de una normativa rectora ha llevado, en la práctica, a la creación de una regulación jurídica específica a través de los contratos modelo<sup>211</sup>. Toda esta dificultad y complejidad contrasta con la ausencia de tratamiento doctrinal internacional privatista específico en una materia de tamaño

---

<sup>206</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado...cit.*, p. 394.

<sup>207</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 135

<sup>208</sup> Nos encontramos, según se señala, ante el “surgimiento de nuevas fórmulas contractuales en el ámbito del comercio internacional”, entre las que se subrayan, específicamente, los contratos de ingeniería consultora. Vid. FRIGNANI, A.: “Il contratto internazionale” en GALGANO, F. (Dir.): *Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, Cedam, 1990, p. 128.

<sup>209</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p.135.

<sup>210</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 413.

<sup>211</sup> Teniendo en cuenta la ausencia de normativa específica en los Derechos internos.

repercusión económica<sup>212</sup>. Con la excepción de referencias a cuestiones muy concretas, como son la autonomía de la voluntad para la determinación de la ley aplicable o referencias a la tipología contractual<sup>213</sup>. Incluso, dentro de esta cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato internacional de construcción, llama la atención el escaso tratamiento doctrinal y su carácter marginal, en lo que afecta a su selección en defecto de autonomía de la voluntad<sup>214</sup>.

Esta falta de regulación no oculta un hecho característico de esta modalidad contractual: la existencia de una amplia serie de modelos uniformes de contratos de ingeniería muy utilizados en el tráfico jurídico internacional<sup>215</sup>. Además, no sólo nos encontramos ante una práctica consolidada, sino que estos modelos contractuales se caracterizan por adoptar técnicamente una forma muy elaborada. Presentan, asimismo, una serie de rasgos comunes -como son su complejidad, uniformidad, su continua evolución y la elasticidad para adaptarse a las distintas legislaciones nacionales- siendo posible su utilización, indistintamente, tanto en el ámbito interno como en el internacional<sup>216</sup>.

Todo lo anterior presenta unas especiales connotaciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado, pues la calificación jurídica del contrato de ingeniería se plantea como una cuestión clave en materia de Derecho aplicable al contrato. En Europa y a modo de ejemplo, la determinación de la ley aplicable conforme al sistema establecido en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, como veremos más adelante,

---

<sup>212</sup> Tanto es así que FOUCHARD afirma la inexistencia de tratamiento doctrinal del contrato internacional de construcción de obra, “ni en francés, salvo una obra editada en Bélgica en 1981 en la que el objeto era, en realidad, más restringido y el contenido menos jurídico (*sic*), ni en inglés, donde se encuentran monografías restringidas referidas únicamente a las operaciones nacionales de construcción”. *Vid.* GLAVINIS, P: *Le contrat...*, *cit.*, p. V.

<sup>213</sup> *Vid.* SARAVALLE, A.: “Conflitti di leggi...”, *cit.*, p. 896.

<sup>214</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 133.

<sup>215</sup> *Vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 105.

<sup>216</sup> *Vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 106-107.

introduce distintas soluciones en torno a la posibilidad de identificar o no la prestación más característica del contrato<sup>217</sup>. Si es posible identificar la prestación característica se aplica la presunción de la sede de la parte que la realiza (y opera el 4.5 si hay otra ley más vinculada). En caso de no poder determinar la prestación más característica, como ocurre en algunos de los contratos atípicos complejos, el artículo 4.2 del Convenio no puede operar y habría que aplicar, bien el artículo 4.5, determinando como aplicable una ley a todo el contrato, o el artículo 4. 1 segundo párrafo en materia de fraccionamiento del contrato.

#### *b.- Un contrato o varios. Unidad versus pluralidad*

Nos encontramos ante una disyuntiva jurídica de consecuencias importantes en materia de derecho aplicable: unidad *versus* pluralidad contractual. La consideración de la existencia de uno o varios contratos da lugar a diversos posicionamientos, por lo que se refiere a la ley rectora. En el caso que se considere la existencia de un sólo contrato, se determinará – en principio- una sola ley aplicable. Y en el caso de varios contratos, se determinarán como aplicables tantas leyes como número de contratos

---

<sup>217</sup> En el caso de los contratos de ingeniería, la doctrina afirma que la prestación característica es la que debe realizar la sociedad de ingeniería consultora que se identifica con la realización del proyecto (vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado...cit.*, p. 394. Y, asimismo, vid. VILLANI, U.: “Aspetti problematici della prestazione caratteristica” en *RDIPP*, 1993, pp. 513-540). En este sentido, se refieren a todos aquellos contratos que celebra la empresa de ingeniería para la prestación de servicios de distinta naturaleza (vid. URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1999, Marcial Pons, p. 560). Esta posición ha sido criticada por otros autores que, desde una perspectiva más restrictiva, consideran que no puede entenderse como contrato de ingeniería toda actividad pactada que realice la empresa de ingeniería, sino únicamente la referida a la proyección (Vid. BERCOVITZ, A.: *El contrato de...*, *cit.*, p. 135). Desde este punto de vista más restringido, se haría referencia, únicamente, a la ingeniería consultora, excluyendo otros ámbitos de la ingeniería consolidados en la práctica del comercio y para los que también existen contratos estándar como la ingeniería comercial y la ingeniería de procedimiento.

concurrir<sup>218</sup>. El concepto de causa del contrato pierde relevancia en materia de Derecho aplicable, por cuanto la relación contractual puede atender a una o varias causas, y su determinación por el derecho nacional aplicable afecta en materia de existencia o validez, pero no en lo relativo a la elección de la ley rectora<sup>219</sup>.

La calificación jurídica del contrato de *engineering* como contrato atípico<sup>220</sup> es consecuencia de la combinación de distintos esquemas negociales, algo que no está reñido con la concurrencia de una unidad causal<sup>221</sup>. De modo que, los distintos elementos contractuales concurrentes se encuentran íntimamente ligados y son interdependientes con un "único nexo objetivo y funcional en sentido objetivo; dar vida a una convención unitaria por autónoma individualidad"<sup>222</sup>.

La finalidad de estos contratos es la de servir como instrumentos jurídicos de las relaciones que tienen por objeto todas las prestaciones profesionales intelectuales y materiales que pueden concurrir en la realización de obras civiles o plantas industriales<sup>223</sup>. En consecuencia, incluso frente a esta pluralidad de tipos contractuales puede hablarse de una "unidad global" referida a la consecución de la obra de ingeniería. No obstante, no puede perderse de vista que la realización de una misma obra de ingeniería puede llevar a la celebración de varios contratos. Por ejemplo, en una sentencia australiana relativa a un proyecto llave en mano de

---

<sup>218</sup> La jurisprudencia española consolida la idea de determinación de la ley aplicable a cada contrato, tanto si se trata de una unidad global, como si nos encontramos ante un conjunto de contratos separados aunque se refieran a una operación. *Vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1989, *RJA* 7878, de 11 de marzo de 1991, *RJA* 2212 y de 8 de mayo de 1991, *RJA* 3577.

<sup>219</sup> *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado...cit.*, p. 367.

<sup>220</sup> Esta calificación es unánime en la doctrina. *Vid.*, por todos, CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 138, ALPA, G.: "Il contratto d'engineering...", *cit.*, p.14 y LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, *cit.*, p. 54.

<sup>221</sup> *Vid.* ALPA, G.: "Il contratto d'engineering...", *cit.*, p. 188.

<sup>222</sup> *Vid.* ALPA, G.: "Il contratto d'engineering...", *cit.*, p. 188.

<sup>223</sup> *Vid.* HUBERT, A.: *Le contrat d'ingenierie...*, *cit.*, pp. 41 y ss.

instalación de una Planta generadora de energía en Australia, las partes celebraron tres contratos en relación con la construcción del proyecto. El tribunal consideró que el conflicto entre las partes (relativo a la obligación de buena fe negocial) derivaba, conjuntamente, de los tres contratos –con un clausulado idéntico en numerosos términos- y de las negociaciones previas, pues respondían a una causa única<sup>224</sup>.

En cualquier caso, según las circunstancias y la complejidad de la obra, se requerirá una modalidad contractual u otra. En estos subtipos se integran las diversas prestaciones a realizar y la estructura organizativa de la entidad que la lleva a cabo. Nos encontramos ante una unidad tendente a la consecución de determinados aspectos de la obra, o su realización, que nos permite subsumirla en el género de contrato de ingeniería<sup>225</sup>.

Para la consideración de un conjunto de prestaciones pertenecientes a contratos típicos como un sólo contrato deben concurrir “dos caracteres básicos: vinculación recíproca y equilibrio contractual único”<sup>226</sup>. 1) Con respecto al primero, la vinculación recíproca, aunque intervenga una pluralidad de sujetos en el contrato, si las partes se encuentran obligadas entre sí, y no únicamente unas con otras independientemente, nos encontraríamos ante un único contrato.

2) El segundo de los requisitos, el equilibrio contractual único, se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes de elaborar una obligación global unitaria. Aunque exista un intercambio de prestaciones típicas de diferentes contratos, si se realizan a cambio de un precio, se deduce de la voluntad de las partes su intención de establecer un único contrato. Piénsese que, en la práctica, las modalidades del contrato de ingeniería, al estar dotadas de muy

---

<sup>224</sup> Vid. la Sentencia australiana del *Suprem Court of New South Wales*, de 1 de octubre de 1999, en el asunto *Aiton v. Transfield*, num. 996.

<sup>225</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 37.

<sup>226</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y OTROS: *Derecho Internacional privado...cit.*, pp. 366 y ss.



diverso contenido, exigen “una pluralidad y complejidad de competencias técnico-profesionales-empresariales”, que reúnen una multiplicidad de prestaciones en una estructura organizativa multidisciplinar<sup>227</sup>. Y es, precisamente, este dinamismo el que permite a las partes la creación de nuevas figuras contractuales que se consolidan en el comercio internacional. Como ocurre con los contratos atípicos en los que, aunque concurren prestaciones diversas, se les puede considerar, globalmente, como un única realidad contractual.<sup>228</sup>

En esta línea, “la heterogeneidad de los elementos emergentes en la práctica contractual no excluye la presencia de algunas ‘constantes’” que permiten la posibilidad de un acercamiento unitario al contrato de ingeniería, como un fenómeno jurídico autónomo e independiente. De este modo, aunque exista una gran pluralidad de modalidades contractuales, se considera la presencia de rasgos comunes que posibilitan un acercamiento genérico. Y así, nos encontramos ante “un modelo contractual individualizado, que surge en la contratación internacional, y que se presenta con caracteres de relevante uniformidad, de plena compatibilidad con los singulares derechos nacionales y de progresiva tendencia hacia una autosuficiencia de la disciplina y [...] hacia una ‘internacionalización’ o ‘deslocalización’ de la relación contractual”<sup>229</sup>.

En este sentido, si bien es cierto que no puede negarse la delicada posición del contrato de ingeniería entre diversos contenidos contractuales que dificultan su individualización, no lo es menos que esta circunstancia no ha impedido su consideración como “indiscutiblemente homogéneo y unitariamente valorable”<sup>230</sup>. En consecuencia, la doctrina afirma que la naturaleza del contrato de ingeniería es “compleja pues se configura

---

<sup>227</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 36.

<sup>228</sup> Vid. art. 5.5 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, como ejemplo.

<sup>229</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 108.

<sup>230</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 3.



mediante la yuxtaposición de diversos contratos que constituyen un único conjunto contractual”<sup>231</sup>.

La configuración del contrato internacional de ingeniería, después de todo lo expuesto, se plantea como un contrato atípico de contenido complejo. Se trata de un contrato caracterizado por una causa única y con una pluralidad de prestaciones integradas, incluido en los contratos de empresa y ajustado a la intrínseca naturaleza del esquema contractual emergente de la práctica, necesario en el marco de un mercado internacional<sup>232</sup>.

### *c.- El proceso de “tipificación”*

Una vez calificado el contrato de ingeniería como un contrato atípico complejo, bajo una consideración unitaria (en cuanto a la existencia de un sólo contrato), la cuestión de la naturaleza jurídica de las obligaciones que forman parte del mismo requiere dos operaciones.

1.- Por un lado y en primer lugar, la referida a lo que se denomina para los contratos atípicos la “reconducción” del contrato al tipo<sup>233</sup> en el que pueda ser asimilado<sup>234</sup>. También denominado proceso de tipificación, para identificar la naturaleza jurídica de las diversas prestaciones que conforman el contenido del contrato. De algún modo, esta idea enlaza con la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la relación contractual en la que encontramos parte de contrato de compraventa, de prestación de servicios, de transferencia de tecnología, subcontratación o de garantías

---

<sup>231</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 234.

<sup>232</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 138.

<sup>233</sup> Sobre la reconducción al tipo *vid.* DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, *cit.*, p. 63.

<sup>234</sup> Vid. ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, *cit.*, p. 188.

financieras.

2.- Y, por otro lado, en segundo lugar, debe procederse al análisis caso por caso, de las distintas modalidades del contrato de ingeniería que se configuran como esquemas contractuales bien distintos entre sí. Los criterios de tipificación propuestos pasan por la distinción de prestaciones accesorias y principales, de medios o de resultados<sup>235</sup>. Así como la consideración del principio de la autonomía de la voluntad para la configuración del contrato al margen de los esquemas típicos, o el relativo a la causa del contrato para la consecución de la finalidad económica del mismo<sup>236</sup>.

En este sentido, se debate la cuestión de si nos encontramos ante obligaciones de medios o de resultados<sup>237</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que, con independencia de la diversidad de prestaciones que conforma el contrato de ingeniería –desde la proyección, hasta la ejecución y prestaciones posteriores–, en ellas existe un denominador común<sup>238</sup>. Este elemento compartido se concreta en que, de todos los contratos de ingeniería, se deriva una obligación global de resultado<sup>239</sup>, bien se refiera la realización del proyecto, o a la ejecución de la obra<sup>240</sup>. Aunque en el análisis particular de cada prestación puedan concurrir, asimismo, obligaciones de

---

<sup>235</sup> Para la distinción entre las dos prestaciones, *vid.* SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

<sup>236</sup> *Vid.* DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, *cit.*, p. 62, LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., Tomo XX, vol. 2, Madrid, Edersa, 1986, p. 258 y DÍEZ PICAZO, L.-GUYON BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil. Vol.II*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 210.

<sup>237</sup> En este mismo sentido, pero en relación con el caso italiano, la autora afirma que “la oscilación entre los procedimientos interpretativos atinentes a la calificación del contrato de engineering entre los ‘tipos’ contrato de obra pública y contrato de obra intelectual, han constituido serios obstáculos desde el principio para el fin de una correcta y puntual valoración del fenómeno”. *Vid.* CAVALLLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 4.

<sup>238</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 98

<sup>239</sup> Para el TS español, cuando concurre la prestación de ejecución de la obra, nos encontramos ante una obligación de resultado. *Vid.* las Sentencias del TS, de 30 de enero de 1997, *RJA* 1997/149, de 12 de julio de 1994, *RJA* 1994/6731 y 4 de septiembre de 1993, *RJA* 1993/6636.

<sup>240</sup> *Vid.* ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, *cit.*, p. 176 y BRABANT, A.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 71.

medios<sup>241</sup>.

Precisamente, por esta razón, desde una perspectiva sistemático-didáctica, la cuestión será establecer una definición amplia que incluya todas las subespecies de este contrato<sup>242</sup>. Por su parte, desde el punto de vista conceptual, la multiplicidad de formas y categorías jurídicas que puede incluir este tipo de contratos aconsejan el tratamiento pormenorizado, esto es, caso por caso, de cada una de las modalidades para poder concretar los rasgos jurídicos propios de cada una<sup>243</sup>. Opción –ésta- considerada como única posible por parte de la doctrina<sup>244</sup>.

Se trata, en definitiva, de realizar una aproximación genérica al contrato de ingeniería y analizar caso por caso la configuración de cada una de la formas que puede revestir. En este sentido y, a modo de ejemplos, el contrato de estudios previos de viabilidad e inversión contiene las prestaciones de arrendamiento de obra inmaterial con elementos de mandato y de arrendamiento de servicios. Asimismo, el contrato de proyección se considera mayoritariamente como arrendamiento de obra, aunque algún sector de la doctrina lo considera como arrendamiento de servicios. Y el contrato de supervisión que se configura como un arrendamiento de servicios, el contrato de dirección integrada como contrato mixto o complejo. Finalmente, el contrato de ejecución se constituye como un arrendamiento de obra material y los contratos “llave en mano”, “producto en mano” y “mercado en mano”, como contratos complejos<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., pp. 109-117.

<sup>242</sup> En este caso, la necesidad de una definición omnicompreensiva, responde a exigencias “técnico-didácticas” y no conceptuales, en las que se impone el análisis obligacional de cada subespecie. Vid. ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, cit., p. 186.

<sup>243</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 413.

<sup>244</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p.4. Aquí, la autora califica los intentos de una concepción estrecha o unitaria como “necesariamente imposibles o inútiles”, y aboga por la consideración individualizada de cada modalidad contractual.

<sup>245</sup> La jurisprudencia española califica como contrato mixto el celebrado para la instalación de una planta industrial. Contrato que contiene elementos de compraventa, por lo que se refiere al suministro de materiales, además de todos los integrantes en la instalación de la misma.

Más compleja se presenta la cuestión de su calificación jurídica. De ahí los intentos de la doctrina de incardinar este contrato en el ámbito de los denominados contratos innominados de carácter internacional, frente a los contratos nominados. Bien como contrato de obra intelectual, o bien como contrato de obra<sup>246</sup>. En cualquier caso, se señala la falta de idoneidad de la utilización de criterios de interpretación que pertenecen a un ordenamiento jurídico particular. De modo que, las partes pueden recurrir a convenios internacionales y, como complemento, a los contratos tipo elaborados por asociaciones internacionales<sup>247</sup>.

Finalmente, debe manifestarse que la reciente regulación española es bastante clarificadora en este punto. El texto refundido de la ley de contratos de las Administraciones Públicas –el denominado TRLAP-<sup>248</sup> distingue entre contratos de obra y contratos de consultoría y asistencia. La diferencia entre ambos radica en la presencia de la prestación de construcción en los contratos de obra<sup>249</sup>, mientras que en los contratos de consultoría y

---

*Vid.* la Sentencia del TS, de 20 de junio de 1998, *RJA* 1998/4903. El mismo TS matiza este concepto del contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales contemplado en el artículo 1588 del C.civ. En este sentido, afirma que esta modalidad contractual incorpora algunos caracteres del contrato de compraventa, pero manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto por ello a normas específicas. Siendo decisivo, en los supuestos de instalaciones de planta industrial, que los materiales deben quedar debidamente instalados en un lugar concreto y atendiendo a las especificaciones de un proyecto. Comprendiendo, no sólo todos los accesorios, sino el debido acondicionamiento y funcionamiento del todo. *Vid.* la Sentencia del TS, de 7 de julio de 1982, *RJA* 1982/4220 y la Sentencia de la AP de Valencia, de 13 de septiembre de 2001, *RJA JUR* 2001/314596.

<sup>246</sup> *Vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, pp. 109-117.

<sup>247</sup> *Vid.* FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 130.

<sup>248</sup> *Vid.* el Texto refundido de la LCAP en el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio –modificado, a su vez, por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, publicada en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001. Y, más recientemente, su Reglamento general de desarrollo, contenido en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, publicado en el BOE, núm, 257, de 26 de octubre de 2001.

<sup>249</sup> *Vid.* el artículo 120 del citado TRLCAP. *Vid.* MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, *cit.*, p. 78, MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. (Texto refundido aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p.163 y FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa*. *Comentarios...*, *cit.*, p. 102.

asistencia prevalece la prestación intelectual (incluyendo, además de la proyección, la dirección, la supervisión y el mantenimiento)<sup>250</sup>. Por su parte, la definición de los contratos de servicios se hace por exclusión, es decir, se consideran como tales todos aquellos que no son contratos de consultoría y asistencia<sup>251</sup>.

La jurisprudencia española califica como arrendamiento de obra los contratos en los que se incluye la ejecución de la obra, aunque se trate de modalidades complejas como es el contrato de obra “llave en mano”<sup>252</sup>.

Para el TS español el arrendamiento de obras descrito en el artículo 1544 de C.civ. es un contrato bilateral de obligaciones recíprocas en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación del pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación. Contraprestación que se concreta en la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame en dos casos. 1) si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*) y 2) si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*)<sup>253</sup>.

Todo ello porque la característica de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades pactadas y que además no adolezca de vicios o defectos que disminuyan el valor o la utilidad previstos en el

---

<sup>250</sup> Vid. el artículo 196 del TRLCAP.

<sup>251</sup> Vid. el artículo 196, párrafo 3, del TRLCAP.

<sup>252</sup> Un supuesto en el que cliente y contratista habían concluido un contrato de obra llave en mano para el diseño y la construcción de una planta industrial de recristalización, contrato que incluía la puesta en funcionamiento de la misma con unos niveles pactados de producción. Vid. la Sentencia del TS, de 20 de noviembre de 2001, RJA 2001/9461.

<sup>253</sup> Vid. las Sentencias del TS, de 20 de noviembre de 2001, RJA 2001/9461 y de 14 de junio de 1980, RJA 1980/3299.

contrato.

*d.- A modo de descripción*

La descripción del contrato de ingeniería se plantea como un reto, por cuanto nos encontramos más ante un género que ante un sólo tipo contractual<sup>254</sup>. Y ello porque, como hemos visto, la actividad de la ingeniería abarca un amplio espectro de modalidades que contienen diversas prestaciones y servicios, desde la realización de planos y proyectos, hasta la construcción de obras industriales, pasando por la comercialización de productos o la transferencia de tecnología. Diferencias que se manifiestan en distintas formas contractuales, tal y como se verá detalladamente en la tipología.

No debe pensarse que nos situamos ante un contrato estático, cuyo contenido se configura como una enumeración cerrada o de *numerus clausus* de unas determinadas prestaciones. Más bien, debe admitirse que nos enfrentamos a una realidad cambiante en el tráfico jurídico que puede incorporar nuevas fórmulas jurídicas y, por lo tanto, nuevos tipos de contrato de ingeniería.

Este dinamismo es un elemento inherente al *engineering contract* que, además de exigir una constante revisión, se presenta como una faceta más de su actualidad y dependencia del desarrollo tecnológico. En este sentido, se trata de un sistema “abierto”, sometido a la exigencia de mutación continua que impone el comercio internacional<sup>255</sup>.

En este sentido, pueden encontrarse definiciones muy amplias en la

---

<sup>254</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 413.

<sup>255</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 34.

doctrina, que se justifican en el intento de establecer unos criterios genéricos que puedan incluir todas las subespecies de estos contratos con su diverso contenido obligacional<sup>256</sup>.

Se han ensayado definiciones del contrato de ingeniería atendiendo a algún elemento concreto. Por ejemplo, en cuanto al aspecto técnico o profesional de la actividad contractual. Así, se define como “toda actividad técnica que afecta, no solamente a la realización de una obra de ingeniería civil, sino también la construcción de equipos complejos y de plantas industriales, comprendiendo los trabajos de construcción”<sup>257</sup>, añadiendo que tiene por objeto la concepción y la dirección de una obra de gran magnitud que requiere la técnica del ingeniero.

Pero, sin duda, nos decantamos por una definición amplia, en la medida en que permite incluir todas las subespecies existentes. De modo general y sin ánimo exhaustivo, para HUBERT, el objeto de estos contratos consiste en servir como instrumento jurídico para la realización de las actividades intelectuales o materiales para la ejecución de obras civiles o plantas industriales<sup>258</sup>. Es decir, se trataría de todos aquellos contratos que tienen por objeto prestaciones necesarias para la construcción de obras civiles o de instalaciones industriales. Así, lo primero será determinar el alcance de obra civil y, lo segundo, el de instalación industrial<sup>259</sup>. Asimismo, la definición de ALPA, citada como la más acreditada por otros autores<sup>260</sup>, se refiere a estos contratos como aquéllos en los que “una parte (normalmente, la empresa de ingeniería) se compromete frente a otra a elaborar un proyecto de naturaleza industrial, arquitectónica o urbanística, y, eventualmente, a realizarlo”

---

<sup>256</sup> Aquí, de nuevo la doctrina italiana sostiene de forma unánime este argumento de la definición amplia. Vid. ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, *cit.*, p. 188, CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 35 y LAPERTOSA, F.: *L’engineering*, *cit.*, p. 79.

<sup>257</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 234.

<sup>258</sup> Vid. HUBERT, A.: *Le contrat d’ingenierie...*, *cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>259</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international...*, *cit.*

<sup>260</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L’engineering*, *cit.*, p. 87 y CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 35.

pudiendo ejecutar el proyecto elaborado por otras empresas y asumir prestaciones accesorias de asistencia técnica a cambio de un precio<sup>261</sup>. En esta línea, encontramos descripciones que incluyen, además de la proyección y la ejecución de la obra, los estudios previos de mercado y planificación, la asistencia técnica, el suministro de bienes de equipo y la cesión de patentes, entre otros<sup>262</sup>.

Finalmente, se establece que “el contrato de *engineering* es un contrato atípico o innominado, de empresa, a título oneroso, con el que el *engineer* asume frente al cliente, la obligación de proyectar, financiar, organizar y también ejecutar una obra articulada y compleja, y los consiguientes riesgos, a cambio de un precio”<sup>263</sup>.

En definitiva, como puede observarse, se opta, fundamentalmente, por adoptar una definición amplia del contrato de ingeniería omnicomprendiva de todas las posibilidades que puede plantear la actividad de ingeniería, atinentes a la consecución de una finalidad económica, algo con lo que estamos de acuerdo en vista de los variados tipos propios de contratos de ingeniería. De esta suerte, el contrato de ingeniería se constituye como una realidad dinámica, como un “sistema abierto”<sup>264</sup>.

## **B.- Los sujetos del contrato. El conflicto de intereses entre los mismos**

Las transacciones del tráfico jurídico, tanto interno como externo, implican la contraposición de intereses públicos y privados<sup>265</sup>. Entre los

---

<sup>261</sup> Vid. ALPA, G.: “Il contratto d’engineering...”, *cit.*, p. 188.

<sup>262</sup> Vid. URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 685.

<sup>263</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 135.

<sup>264</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 34.

<sup>265</sup> Vid. PÉREZ VERA, E.: Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional



primeros cabe destacar los relativos al mercado del comercio internacional y de los ordenamientos jurídicos. De los segundos, los intereses privados, deben señalarse los de los particulares o las partes implicadas en el contrato.

En el caso de los contratos internacionales de ingeniería, esta circunstancia se manifiesta, como veremos, con especial intensidad. La pluralidad de sujetos implicados coadyuva a la complejidad del contrato, no sólo por su objeto, sino por razón de las partes que intervienen<sup>266</sup>. Consecuentemente, los contratos internacionales de ingeniería presentan un alto grado de conflictividad. De hecho, un número considerable de controversias arbitrales de carácter complejo derivan del ámbito de la construcción. Esta circunstancia encuentra, quizás, su explicación en la complejidad de su contenido y en la coordinación de múltiples subcontratistas y sujetos implicados, así como en los continuos cambios tecnológicos que se producen en las obras civiles o industriales<sup>267</sup>.

#### *a.- La pluralidad de sujetos*

De modo general, el esquema denominado como “clásico”<sup>268</sup> en el cuadro subjetivo de los contratos de ingeniería se presenta como una relación tripartita entre el ingeniero-consultor, el cliente y el contratista.

El cliente contrata a un ingeniero para la realización de los planos de la obra y, bajo su supervisión, contacta con el contratista que queda encargado de la subcontratación y de los suministros para la ejecución de los trabajos.

---

privado, Granada, 1993.

<sup>266</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 110.

<sup>267</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: “Moving Toward a..., cit., p. 57.

<sup>268</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats..., cit., p. 234.

Este esquema clásico, tiende, actualmente, a confundir la figura del ingeniero-consultor con el contratista. En muchos casos, el ingeniero se presenta como contratista debido al alto grado de complejidad tecnológica de los proyectos de ingeniería, que exigen la participación de actores altamente especializados<sup>269</sup>.

Asimismo, junto al factor técnico, el alto riesgo que presentan estas operaciones de gran magnitud económica también afecta a los sujetos del contrato ya que conduce a las sociedades de ingeniería a agruparse. De modo general, el contratista suele presentarse como una sociedad o grupo de sociedades, mientras que el cliente es, en muchas ocasiones, un Estado o una entidad pública<sup>270</sup>.

Además, en la práctica, el recurso a la subcontratación, tanto por parte del ingeniero, como por parte del contratista, se ha convertido en una realidad habitual e, incluso, necesaria<sup>271</sup>. En la realización de grandes proyectos pueden trabajar miles de personas del lado del contratista<sup>272</sup>.

En la configuración del panorama de los sujetos que intervienen en este tipo de contratos, no puede olvidarse la intervención de instituciones financieras internacionales, e incluso nacionales, que juegan un papel importante en la redacción de los contratos, la elección de la fórmula contractual y, sobre todo, en materia de modalidades de pago, garantías, derechos reales y seguros (debe tenerse en cuenta que el Banco Mundial impone las condiciones FIDIC). En estos casos, también nos encontramos con entidades establecidas por los propios Estados con el objetivo de favorecer las exportaciones y la ayuda a la inversión en los países en vías

---

<sup>269</sup> Vid. BUDIN, R. P.: *Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction*, Berna, Staempfli Editions, 1998, p. 75.

<sup>270</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 235 y SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 289.

<sup>271</sup> Vid. BUDIN, R. P.: *Guide pratique de...*, *cit.*, p. 245.

<sup>272</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 290.

de desarrollo. De ahí la importancia de las garantías para las sociedades de ingeniería en estos contratos, que se adaptan a los requisitos exigidos por las entidades que otorgan los créditos<sup>273</sup>. Sin olvidar que la participación de las entidades de financiación afectarán, además de las garantías, a otros aspectos en la configuración del contrato como las formas de pago o seguros<sup>274</sup>.

De este modo, la pluralidad de sujetos parte en el contrato internacional de ingeniería aconsejan el recurso, casi a modo de necesidad, a lo que se denomina *cooperation factor*<sup>275</sup>, esto es, la predisposición de las partes para la colaboración a lo largo de la vida del contrato, que, progresivamente, ha desembocado en el aumento de las funciones del ingeniero en la coordinación.

#### *b.- El ingeniero: sus funciones*

No cabe duda que, además de la buena predisposición de las partes en la organización de todas las funciones, el peso de la coordinación suele recaer, normalmente, en el contratista o en el ingeniero<sup>276</sup>, o en ambos, cuando las dos figuras coinciden. Coincidencia tan habitual, que ha dado lugar al desarrollo de técnicas de gestión que incluso se han configurado como modelos contractuales de ingeniería, por ejemplo, la modalidad

---

<sup>273</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 242.

<sup>274</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 292.

<sup>275</sup> Así denomina F. NICKLISCH la necesidad de cooperación *inter partes* en unos contratos, por naturaleza complejos y a largo plazo que, asimismo, se caracterizan por su "skeleton nature" en la práctica negocial, esto es, contratos marco que no gozan de las especificaciones necesarias que resultarían jurídicamente satisfactorias. Vid. NICKLISCH, F.: "Sales Contracts against Construction Contracts – Their Similarities and Differences in Civil Law", *International Business Lawyer*, 1988, pp. 253-255.

<sup>276</sup> Vid. DELEUZE, J. M.- WEIL, C.: "Cooperation entre fournisseurs de procédés industriels et firmes d'ingénierie", *Dr. Prat. Com. Int.*, 1977, pp. 305 y ss.

*management*<sup>277</sup>. Con todo, también es cierto que, en otras modalidades contractuales, como ocurre con el contrato de ingeniería “llave en mano”, se asiste a una reducción de las funciones del ingeniero, que actúa como representante del cliente. En este sentido, su operatividad queda, de alguna forma, reducida, al asumir el contratista una obligación global sobre la obra, aunque el ingeniero, en estos casos, también puede actuar bajo subcontratación del contratista<sup>278</sup>.

En cualquier caso, la tendencia generalizada, en la estructura subjetiva del contrato de ingeniería, se ha dirigido hacia el aumento de las funciones del ingeniero. De esta forma, su labor alcanza más allá de la tradicional tarea intelectual de la concepción y el diseño de planos (en la fase de elaboración del proyecto), o de asesoría técnica, afectando, también, a la resolución de controversias. En efecto, “el marco jurídico de la intervención del ingeniero ha cambiado. Su responsabilidad ha sido modificada y extendida. Tradicionalmente el ingeniero consultor asumía una obligación de medios, sus prestaciones eran, exclusivamente, intelectuales. Con la ampliación de sus funciones, comprendiendo también el suministro de materiales de equipo, de patentes, de transferencias de procedimiento, de *know how*, la sociedad de ingeniería ve ampliadas frecuentemente sus responsabilidades a obligaciones de resultados”<sup>279</sup>.

Todo ello tiene su razón de ser en características generales que se han señalado en relación con estos contratos, esto es, su carácter a largo plazo, su denominado *skeleton* estructura, es decir, básica, y el alto grado de cooperación entre las partes requerido. En fin, de todas estas labores destaquemos sólo dos de ellas: la función de supervisión y la cuasi-

---

<sup>277</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 287.

<sup>278</sup> Vid. MULLERAT, R.: “El contenido de la obligación del arquitecto o ingeniero proyectista”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 169 y ss.

<sup>279</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 238.

arbitral<sup>280</sup>.

1.- En primer lugar, durante la ejecución del contrato, deberán adoptarse distintas decisiones que afecten al desarrollo de facetas importantes del contrato, a saber, ejecución, riesgo, responsabilidad o el precio, entre otras, lo que implica la importancia de la función del ingeniero en la supervisión de la ejecución del contrato. En el sistema anglosajón, se atribuye directamente esta función al ingeniero, además de la de árbitro y agente del cliente, que se recoge en las condiciones FIDIC, de clara inspiración anglosajona. En los sistemas de Derecho civil, se establece una enumeración bastante extensa de las obligaciones de cada una de las partes<sup>281</sup>, atribuyendo al ingeniero las funciones de dirección y supervisión de la obra. Sin embargo, el Derecho anglosajón, y por ende, las condiciones FIDIC, añaden a las éstas, las funciones de certificación y cuasi-arbitral (ausentes en los sistemas de derecho civil). En la fase de ejecución, el ingeniero tiene cierto poder de decisión en materia de modificaciones de la obra y de certificación de la realización de determinados pagos y la prolongación de algunos plazos<sup>282</sup>.

2.- En segundo término, respecto de su labor de mediación y, como se verá más adelante, en la evolución del papel preponderante de esta figura en el contrato observamos que, actualmente, de entre las funciones que le son adjudicadas, el ingeniero ostenta una función cuasi-arbitral<sup>283</sup>. De modo general, las condiciones FIDIC establecen como principios generales en la conducta del ingeniero el respeto al contenido del contrato y el deber de

---

<sup>280</sup> Incluso, las nuevas modalidades contractuales surgidas en el ámbito de la ingeniería, como por ejemplo el *project management*, implican la participación del ingeniero como un actor altamente cualificado que coordina la labor que debe realizarse desde distintas esferas especializadas. Funciones que se han calificado, de forma muy gráfica, como las de “capitán de un largo viaje” durante la duración de la vida del contrato. Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 154.

<sup>281</sup> Vid. NICKLISCH., F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254.

<sup>282</sup> Vid. ANDRÉ-DUMONT, H.: “Conditions FIDIC et Droit civil”, *L’Entreprise et le droit*, 1986, pp. 185 y ss.

<sup>283</sup> Vid. NICKLISCH, F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 255.

imparcialidad<sup>284</sup>. De esta suerte, la importancia de la figura del ingeniero como mediador o intermediario entre las partes del contrato ha tomado un gran protagonismo. En este sentido, según lo establecido en las condiciones FIDIC, durante la ejecución del proyecto, el ingeniero ejerce las funciones de control de la obra, decisión con respecto a modificaciones o certificaciones y la de árbitro<sup>285</sup>. Si bien es cierto que, de un tiempo a esta parte, la tendencia se dirige a limitar estas dos últimas funciones de decisión y de resolución de controversias, de larga tradición en el sistema anglosajón.

Debe añadirse que, en la última edición del libro rojo de la FIDIC, se observa el recurso a otras vías de mediación (como, por ejemplo, el peritaje técnico internacional), por cuanto que el ingeniero es parte involucrada en el contrato y se cuestiona la posibilidad de garantizar el deber de imparcialidad. Y, asimismo, se limita el poder de decisión estableciendo la obligación de consulta al cliente o, incluso su aprobación<sup>286</sup>.

De forma parecida, se establece la intervención del ingeniero en la obra en el ordenamiento español en el que se reconoce su participación en la proyección y la dirección. La diferencia que se señala con respecto a las condiciones FIDIC se refiere a que cuando el ingeniero expide certificados de pago o introduce modificaciones “no actúa como un tercero imparcial sino por cuenta del cliente”<sup>287</sup>, en representación de sus intereses. La función del ingeniero, según la jurisprudencia española, se basa en razones de confianza – en el marco de un contrato *Intuitu personae*- y cuenta con el

---

<sup>284</sup> Respectivamente, *vid.* las cláusulas 13.1 y 2.6 del libro rojo de la FIDIC, y en este sentido, *vid.* BARBER, J.: “Rules of Conduct for the Engineer”, *I.C.L.R.*, 1988, pp. 290 y ss.

<sup>285</sup> El poder de certificación del ingeniero es una práctica constante en la jurisprudencia inglesa. En un contrato de construcción sobre unos trabajos de ingeniería para la reparación de plantas industriales, donde se habían establecido unas garantías contractuales para el caso de incumplimiento del contratista, era el ingeniero el que certificaba este extremo sirviendo esta certificación como título para poder ejecutar la garantía. *Vid. Smith Administrator of Cosslett (Contractors) Limited v. Bridgen County Borough Council*, Sentencia de la *House of Lords*, de 8 de noviembre de 2001, [2001] UKHL 58.

<sup>286</sup> *Vid.* el libro rojo de la FIDIC y GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, *cit.*, p. 382.

<sup>287</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 233.

deber de fidelidad del artículo 1258 del Cciv.<sup>288</sup>.

La responsabilidad contractual del ingeniero, derivada del artículo 1591, se ha reconocido en la jurisprudencia española. De esta suerte, la responsabilidad por ruina de una obra puede imputarse al ingeniero que ha realizado la obra, si existe un nexo causal entre la actividad profesional del ingeniero proyectista y la ruina. Se trata de una interpretación “extraordinariamente amplia” del sujeto pasivo del citado precepto que realiza la jurisprudencia<sup>289</sup>. Sin embargo, se excluye la responsabilidad de los colegios profesionales de ingenieros en su función visadora de los proyectos, cuando existe algún defecto en estos últimos<sup>290</sup>.

Asimismo, la función cuasi arbitral del ingeniero, como tercero independiente, podría venir reconocida en el artículo 1258.2 del Código civil español.

En cuanto a la función de resolución de controversias adjudicada al

---

<sup>288</sup> Vid. la Sentencia de la AP de Cuenca, de 4 de noviembre de 1999, *RJA AC 1999/9937*.

<sup>289</sup> En este caso, una entidad municipal interponía una acción de responsabilidad decenal contra el ingeniero por la ruina de un colector. La ruina del mismo no se debía a defectos en los cálculos del proyecto, sino a una actuación de relleno posterior sin seguir las indicaciones de la memoria sobre el particular. Razón que llevó al juez a negar la relación de causalidad entre la ruina de la obra y la actividad profesional del ingeniero. Vid. la Sentencia del TS, de 20 de diciembre de 2002, *RJA 2002/10984*. En cualquier caso, la responsabilidad por ruina del técnico que ha realizado el proyecto se reconoce en la jurisprudencia española, bajo la condición de la existencia de un nexo causal. Vid. las Sentencias del TS, de 31 de diciembre de 2002, *RJA 2003/337*, de 27 de junio de 2002, *RJA 2002/5500*, de 20 de julio de 2001, *RJA 2001/8400*, de 10 de diciembre de 2001, *RJA 2002/1028*. Asimismo, en los supuestos en los que no es posible determinar el origen de la ruina en aras a la imputabilidad de la responsabilidad, ésta se configura como solidaria entre el ingeniero, el contratista y el cliente. Vid. las Sentencias del TS, de 14 de mayo de 2002, *RJA 2002/4443*, de 28 de diciembre de 1998, *RJA 1998/10160* y de 8 de junio de 1998, *RJA 1998/4125*. La responsabilidad decenal también se reconoce en el ordenamiento jurídico francés. En este sentido, el artículo L. 231-6 del *Code de la construction y de l'habilitation* establece que el responsable de la reparación de los daños de naturaleza decenal cuenta con una acción contra el asegurador, en los casos en los que el contrato se ha rescindido por inexecución de las obligaciones del contratista. Vid. la Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, de 3 de julio de 2001, *Bull. I*, n. 200, p. 127, la Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, de 12 de enero de 2000, *Bull. III*, n. 2, p. 1 y la Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, de 24 de noviembre de 1999, *Bull. III*, n. 225, p. 157.

<sup>290</sup> Vid. la Sentencia del TS, de 8 de noviembre de 2002, *RJA 2002/9833*.

ingeniero, se reconoce, de modo general que nos encontramos ante una función cuasi-arbitral<sup>291</sup>. Las condiciones FIDIC determinan, en la cláusula 67, que, ante toda disputa de cualquier naturaleza entre el cliente y el contratista, en relación con el contrato o la ejecución de las obras, en cualquiera de sus fases, debe ser sometida “in the first place” al ingeniero. En caso de no oposición de las partes, la decisión se considera obligatoria<sup>292</sup>. De no llegarse a un acuerdo, finalmente, la disputa debe resolverse mediante arbitraje.

### *c.- El Estado como sujeto del contrato. El carácter público del contrato*

La participación del Estado en este tipo de contratos requiere una especial mención. Debe tenerse en cuenta que, con frecuencia, una de las partes en el contrato suele ser un Estado o algún ente público que, en la mayor parte de los supuestos, actúa como cliente, a la vez de fijar el marco de su desarrollo en muchas ocasiones<sup>293</sup>.

La justificación de la intervención estatal en los contratos internacionales suele fundamentarse en la importancia de estos contratos en la economía de un país, o, incluso, en sus relaciones con otros Estados<sup>294</sup>. Circunstancia que se presenta de forma manifiesta en los contratos internacionales de ingeniería, dada la enorme magnitud económica de los mismos, ya comentada, y su vinculación con la realización de obras públicas de infraestructura.

---

<sup>291</sup> Vid., por todos, NICKLISCH, F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254.

<sup>292</sup> Debe tenerse en cuenta, empero, que el ingeniero “cuasi-árbitro” es elegido sólo por una parte, el cliente, y sus decisiones no constituyen títulos ejecutivos, a diferencia de los laudos arbitrales. Vid. ANDRÉ-DUMONT, H.: “Conditions FIDIC et...”, *cit.*, p. 190.

<sup>293</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 289.

<sup>294</sup> Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale, *cit.*, pp. 43 y ss.



Asimismo, la participación del Estado en este tipo de contratos puede producirse desde distintos estadios o niveles de mayor o menor intervención. Así, de manera indirecta, asistimos a la imposición al contrato de las normas de aplicación necesaria y de orden público, normas de autorizaciones o concesiones administrativas (control de calidad o seguridad laboral) o de política económica de inversiones<sup>295</sup>, de transferencia de tecnología, de licencias de importación y exportación. Normas éstas que, por otro lado y como veremos, condicionan el régimen del contrato.

Sin embargo, desde una perspectiva activa, el Estado puede aparecer como parte en el contrato. En este sentido, más allá de las normas establecidas en todos los casos para este tipo de operaciones, existen otras situaciones en las que “el Estado no sólo interviene con la función de control de la libertad de las partes, sino como protagonista (como una de las partes contratantes)”<sup>296</sup>, en un sector tradicionalmente regido por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. El contrato de ingeniería “se trata a menudo de un contrato de Estado” en los que “el cliente es, frecuentemente un Estado o una entidad pública”<sup>297</sup>. En la práctica negocial, suele ser habitual que los Estados celebren contratos para la realización de obras públicas, a saber, puertos, carreteras, aeropuertos, instalaciones industriales o transferencia de tecnología<sup>298</sup>. En estos casos, nos encontramos con los procesos públicos de licitación, en los que la Administración impone de forma detallada las condiciones del contrato y, en los que además, se establecen requisitos de cualificación para las entidades que pueden

---

<sup>295</sup> En materia de inversiones y, especialmente en relación con los contratos que nos ocupan, debe pensarse que, en ocasiones, las legislaciones estatales imponen determinadas circunstancias, a modo de limitación de las inversiones extranjeras, en las que se obliga en un determinado porcentaje, a la contratación de personal local o de suministros de materiales originarios del país en el que se va a realizar la inversión. *Vid.* FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 46

<sup>296</sup> *Vid.* FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 55.

<sup>297</sup> *Vid.* LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 235.

<sup>298</sup> *Vid.* PAASIVIRTA, E.: *Participation of States in...*, *cit.*, p. 22.

participar en dichos concursos<sup>299</sup>.

En estos contratos internacionales, como se ha señalado, el Estado suele aparecer como cliente. En estos casos, las funciones desempeñadas por el mismo van más allá de las de simple cliente y afectan a diversas dimensiones públicas; a saber, fiscal y aduanera, o en materia de normativa sobre edificación, protección del medio ambiente y transporte<sup>300</sup>. Con todo, debe tenerse en cuenta que, por lo que respecta a la aplicación de determinada normativa de carácter imperativo, estas actuaciones tendrán lugar siempre, aunque el cliente no sea un Estado.

Más de la mitad de los contratos internacionales de construcción -el 60%- se adjudican a través de un concurso de licitación que es decidido por entidades públicas. La participación del Estado en estos contratos internacionales implica la imposición de condiciones legales de los mercados públicos, referidas a la cualificación y la selección de los aspirantes. La ley aplicable incluirá estas condiciones excluyendo cualquier otra. Los Estados realizan estudios previos de la inversión con anterioridad al proceso de adjudicación<sup>301</sup>. El carácter estatal conlleva la aplicación de reglas específicas para su operatividad en los mercados públicos. Las entidades públicas se benefician de determinados poderes en algunos países, como el de cambiar la ley, o el de poner fin, unilateralmente, al contrato<sup>302</sup>. Precisamente por esta razón, en los contratos internacionales de construcción, suelen insertarse cláusulas de "intangibilidad" o de "estabilización", que evitan la utilización del poder legislativo estatal para la alteración unilateral de las circunstancias del contrato<sup>303</sup>.

Desde el punto de vista normativo, además del Acuerdo GATT sobre

---

<sup>299</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, cit., p. 44.

<sup>300</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: *"International Construction..."*, cit., p. 289.

<sup>301</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international...*, cit., esp. pp. 104 y ss.

<sup>302</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: *"La normalisation des contrats..."*, cit., pp. 243-244.

<sup>303</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, cit., p. 60.

compras del sector público y Acuerdo sobre contratación pública, de 15 de abril de 1994, sobre liberalización del mercado de la contratación pública y la Ley modelo UNCITRAL, sobre contratación pública de bienes y obras de 1993, debe señalarse la importancia que ha tenido la regulación del sector público de la construcción en el ámbito comunitario. En este sentido, se puede hacer referencia a las numerosas directivas Comunitarias sobre los procedimientos de contratación de los departamentos ministeriales y de los gobiernos de los Estados miembro<sup>304</sup>. El objetivo de esta legislación comunitaria es procurar la igualdad de condiciones en los procedimientos de oferta y adjudicación más abiertos y amplios de licitación de los contratos estatales de obras. Esta legislación comunitaria deja, en cualquier caso, un amplio margen de maniobra a las legislaciones estatales sobre la materia, tal y como ha confirmado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>305</sup>.

---

304 En este sentido, cabe destacar, la Directiva 71/305/CEE, relativa a contratos de obras públicas y de construcción, la 77/62/CEE sobre suministros de bienes y equipos con entes estatales, y de 1998 sobre la clarificación de normas CEE en los contratos de suministros y equipos con entes estatales, además de un borrador aclaratorio similar sobre los contratos de obras y construcción, acordados en reunión del Consejo de ministros, de 1986. Estas directivas se han refundido en la núm. 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de contratos públicos de suministros y obras (DOCE L 395, de 30 de abril de 1989). Asimismo, la Directiva núm. 50/92/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos públicos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DOCE L 209, de 24 de julio de 1992). Así como, la núm. 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, núm. 93/37, relativa a los contratos de obra y núm. 93/38 en relación con los contratos en los sectores excluidos (DOCE L 199, de 9 de agosto de 1993), de gran importancia porque supone la inclusión del sector servicios, pues los sectores excluidos eran los relativos a los servicios de agua, energía pública, transportes y telecomunicaciones (sólo para normas de contratación de suministros y equipos, pero no de obras públicas). Teniendo en cuenta la núm. 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades sobre estos sectores. Además, la núm. 97/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, de modificación de las Directivas núms. 92/50/CE y 93/36/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministro y de los contratos públicos de obra (DOCE L 328, de 28 de noviembre de 1993).

305 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCCEE), en una Sentencia que resuelve una cuestión prejudicial, relativa a un contrato de proyección, construcción, autofinanciación y explotación de la obra del metro de Tesalónica en la que el Estado griego

La concurrencia de un Estado como parte en el contrato suele conducir a la aplicación de la ley de ese Estado y el sometimiento a sus tribunales. En el ordenamiento jurídico español, el Texto refundido de la Ley de contratos de la Administraciones públicas de 2000, califica el contrato como administrativo<sup>306</sup>. La ley considera como tal, expresamente, el contrato de ejecución de obra y el contrato de asistencia técnica y consultoría<sup>307</sup>. Estos contratos, según la Ley española, quedan sometidos al Derecho administrativo y a los tribunales del orden contencioso-administrativo españoles<sup>308</sup>. No obstante, en el mismo texto legal se permite la sumisión al arbitraje remitiendo su regulación a las normas administrativas<sup>309</sup>. Y, más concretamente, por lo que se refiere a los contratos celebrados con empresas extranjeras se favorece la inserción de cláusulas arbitrales que contengan “fórmulas sencillas de arbitraje” y que exigen la autorización del Consejo de Ministros<sup>310</sup>.

Otra modalidad de intervención estatal es la relativa a la firma del contrato con una empresa de Estado, en la que, de modo indirecto, se

---

había abierto un concurso público internacional de ofertas, estableció que la citada Directiva comunitaria 37/1993 no afectaba al Derecho interno griego que establecía la prohibición de la modificación de la composición de los grupos de empresas participantes en el procedimiento de licitación. *Vid.* la Sentencia del TJCEE, de 23 de enero de 2003, núm. C-57/01, en el asunto *Makedoniko Metro, Michaniki AE y Elliniko Dimosio* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>306</sup> *Vid.* el artículo 5 del Texto refundido de la LCAP en el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio –modificado, a su vez, por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, publicada en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001- que deroga la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, publicada en BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995. Y, más recientemente, en su Reglamento general de desarrollo, contenido en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, publicado en el BOE, núm. 257, de 26 de octubre de 2001.

<sup>307</sup> *Vid.* NOGUERA DE LA MUELA, B.: El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba su Texto refundido, Barcelona, Atelier, 2001, p. 83 y MORALES MOYA, A.: Comentarios al Texto..., cit., p. 63.

<sup>308</sup> *Vid.* el artículo 7 del citado TRLCAP. *Vid.* FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 47.

<sup>309</sup> *Vid.* el artículo 60 del TRLCAP. *Vid.* AA.VV.: Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (T.I):el sistema contractual administrativo, Granada, Comares, 2002, p. 112.

<sup>310</sup> *Vid.* el artículo 117.3 del TRLCAP.

produce la intervención estatal a través de una entidad con personalidad jurídica que elude la responsabilidad directa del Estado en materia de incumplimiento<sup>311</sup>. En estos casos, nos encontramos ante contratos de Derecho privado, que se rigen por régimen general de los contratos y cuyas controversias se someten al orden jurisdiccional civil. No obstante, para determinadas cuestiones, se regirán por el Derecho administrativo, como ocurre, por ejemplo en materia del procedimiento de adjudicación.

Este es un supuesto también previsto en el ordenamiento jurídico español junto a los contratos administrativos que celebran las denominadas Administraciones públicas (del Estado, las Comunidades Autónomas o Locales) y los contratos mixtos<sup>312</sup>. El citado TRLCAP prevé contratos de Derecho privado (de obra o consultoría y asistencia) que celebran otras “entidades de Derecho público”<sup>313</sup>. Estos contratos deberán regirse por la Ley administrativa en materia de capacidad, publicidad, licitación y adjudicación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley<sup>314</sup>. Además, por lo que se refiere al régimen de efectos y extinción, los contratos privados de las administraciones públicas se rigen por las normas de Derecho privado. En cuanto a la jurisdicción competente, corresponde al orden jurisdiccional civil conocer de los litigios que se susciten, salvo los actos separables derivados de la preparación y adjudicación del contrato, que se dirimirán ante el contencioso-administrativo<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, cit., p. 64.

<sup>312</sup> Vid. el artículo 6 del TRLCAP. Vid. MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos...*, cit., p. 76.

<sup>313</sup> Vid. el artículo 2 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 35.

<sup>314</sup> Estos requisitos son dos y se refieren, en primer lugar, a la cuantía del contrato, que deberá superar los 5 millones de euros para los contratos de obra, y 200.000 euros para los contratos de asistencia y consultoría. En segundo lugar, deberá tratarse de contratos financiados “principalmente” a través de fondos públicos. Vid. el artículo 2 del citado TRLCAP.

<sup>315</sup> Vid. el artículo 9 del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 42.

Finalmente, nos encontramos con los contratos públicos de financiación privada, esto es, contratos en los que es parte un Estado o entidad pública como cliente pero la financiación de la obra corre a cargo de particulares. En este sentido, en los últimos años, se ha experimentado un proceso de privatización en materia de construcción en algunos sectores de obras públicas<sup>316</sup>. Esta circunstancia ha supuesto una liberalización importante respecto del sector público en una disciplina tradicionalmente muy condicionada<sup>317</sup>. Este es un ejemplo de lo que ha ocurrido en el caso Eurotúnel, como veremos al final de este capítulo, que supone la realización de una obra de infraestructura mediante financiación privada.

Esta evolución ha significado la apertura de una importante vía de regeneración de las economías estatales y del déficit público a partir de la década de los años ochenta, propiciado por el desarrollo de un nuevo tipo de proyectos globales de realización de obras de infraestructuras -los denominados proyectos BOT (*Build, operate and transfer*)- que rompen la exclusividad de los fondos públicos en la ejecución de este tipo de obras de grandes dimensiones, ya que el Estado sigue formando parte del contrato<sup>318</sup>.

Esta modalidad también se prevé en el ordenamiento jurídico español en el que se cuenta con el contrato de concesión de obras públicas<sup>319</sup>. Este contrato tiene el objeto de un contrato de obra pero añade la contraprestación a favor del adjudicatario de explotar la obra (acompañado o no de un precio)<sup>320</sup>. Para su composición deberá crearse una sociedad concesionaria en la que puede participar como concesionarios la

---

<sup>316</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, cit., p. VI.

<sup>317</sup> Vid. RUIZ OJEDA, A.: *Financiación privada de obras públicas*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 15 y ss.

<sup>318</sup> Debe reiterarse la importancia económica de esta industria en el sector público pues, en el ámbito de suministros, las previsiones de compras públicas a nivel comunitario se situaban en el 15% del producto interior bruto europeo. Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de ...*, cit., p. 415.

<sup>319</sup> Vid. los artículos 130 a 134 del TRLCAP.

<sup>320</sup> Vid. el artículo 124 del TRLCAP. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo*

Administración Pública o los particulares<sup>321</sup>.

En este sentido, la importancia que ha ido ganando la financiación privada de los proyectos de infraestructura ha cristalizado en la elaboración por la UNCITRAL de la Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura de financiación privada de 2000<sup>322</sup>, cuyo objetivo consiste en promover este sistema.

Debe considerarse, pues, la incidencia de la intervención estatal en materia de determinación de la legislación aplicable<sup>323</sup>, que se ha comentado con anterioridad. El tratamiento de esta cuestión pasa por las teorías de la "deslocalización" y la "relocalización" del contrato, con respecto a la cuestión de la determinación de la aplicación o no de la ley nacional del Estado, que es parte del contrato. O la "desnacionalización" del contrato, cuando se trata de someter a una legislación no nacional, como por ejemplo, la *Lex Mercatoria*<sup>324</sup>. Práctica que puede calificarse de habitual y que, incluso, encontramos en el ordenamiento español. Así, en el citado TRLCAP encontramos, en supuestos muy concretos, una remisión a las "normas y usos vigentes en el comercio internacional"<sup>325</sup>.

Asimismo, la referencia al sistema de contratación internacional de las administraciones públicas, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento

---

*de...*, *cit.*, p. 102.

<sup>321</sup> Vid. los artículos 132 y 133 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, *cit.*, p. 87.

<sup>322</sup> Guía adoptada en la 33ª Sesión de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL, en inglés) en julio del año 2000.

<sup>323</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 43.

<sup>324</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 56.

<sup>325</sup> En este sentido, el TRLCAP prevé, en el artículo 210. i. *in fine*, que determinados contratos se rijan "por la presente legislación, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional". Esta remisión se refiere a los contratos que celebre el Ministerio de defensa con empresas extranjeras –como consecuencia de la aplicación del artículo 296 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea–, cuando no existan empresas nacionales capacitadas para ello, para los que se ofrece la posibilidad de procedimiento negociado sin publicidad.



jurídico en el TRLCAP, presenta varias posibilidades según la presencia del elemento de extranjería. Por un lado, si éste se presenta manifestado en el factor nacionalidad nos encontramos ante la concurrencia de posibles contratistas extranjeros en los concursos públicos españoles<sup>326</sup>, entre los que habrá que distinguir su condición de comunitarios o no. Por lo que se refiere a los no comunitarios, se diferencia, en materia de capacidad, entre empresas de países no comunitarios que pertenecen, o no, a un Estado signatario del Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial de Comercio<sup>327</sup>. Por otro, si el elemento de extranjería se manifiesta en el lugar de celebración o de ejecución en el extranjero, nos encontramos ante la actividad contractual ejercida por la Administración en el extranjero, denominada contratación en el extranjero<sup>328</sup>, en la que "no existe diferencia entre los contratos administrativos y los privados" por lo que "tan sólo puede hablarse de contratos internacionales de las administraciones públicas"<sup>329</sup>.

#### *d.- Un elemento adicional: la subcontratación*

La subcontratación es bastante frecuente en los proyectos nacionales e internacionales de construcción. Proyectos complejos y costosos que, en ocasiones, requieren un alto grado de especialización o, sin más, apoyo técnico y humano. Es más, un alto porcentaje de las disputas que se plantean en este sector se refieren a concretos aspectos de la

---

<sup>326</sup> Vid. los artículos 15, 19-21, 23-25, 31, 79.2.d y 210.i del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 53 y ss. y AA.VV.: *Comentarios a la...*, cit., p. 32 y ss.

<sup>327</sup> Vid. el artículo 23.1. *in fine* del TRLCAP.

<sup>328</sup> Cuestión a la que el TRLCAP dedica un capítulo único en el Título VII del Libro I que consta del artículo 117.

<sup>329</sup> Vid. URREA SALAZAR, M.J.: "La contratación internacional de las Administraciones públicas", Madrid, Dykinson, 1999.



subcontratación<sup>330</sup>.

Normalmente, el problema jurídico se centra en que los trabajos de subcontratación se realizan en relación con el contrato principal, pero a través de un contrato distinto. La solución dependerá de la percepción que se tenga de la relación de los subcontratos con el contrato principal.

1.- Una primera posibilidad referiría a la consideración por separado de los subcontratos y el contrato principal, en los que las obligaciones de los subcontratistas se establecen con independencia del contrato principal. Esta modalidad es más beneficiosa para los subcontratistas, pero más gravosa para el contratista principal que asume el riesgo de la divergencia en la evolución de dos contratos por separado.

2.- Otra perspectiva consiste en intentar vincular el subcontrato al contrato principal, con ejecuciones que presentan un carácter de interdependencia, que hagan coincidir las obligaciones del subcontratista con las del contratista principal sin que éste asuma una carga adicional con respecto al cliente. En la práctica, esta última parece ser la opción más utilizada, aunque cuando se trata de contratos de suministro o de instalación de equipos, parece que se recurre a la diferenciación de los contratos.

3.- Una tercera vía muy utilizada en los países anglosajones es la establecida por el llamado “sistema de denominación” *-nomination system-*. En estos casos, el cliente impone al contratista principal una serie de subcontratistas o una sociedad a los que debe contratar. Son subcontratistas con los que el cliente ha negociado unas determinadas condiciones de forma directa y que el contratista principal debe asumir. Esta alternativa aumenta el poder de control del cliente sobre algunas cuestiones y, en ocasiones, cuando éste es un Estado, suele utilizarse para la contratación de algunas empresas locales garantizando su participación en la realización del proyecto. Asimismo, se ha convertido en una práctica en el ámbito

---

<sup>330</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, pp. 301-302.

internacional (como ocurre en la cláusula 59 de las condiciones FIDIC)<sup>331</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, el Código civil no regula el subcontrato de obra, si bien prevé una acción directa para los subcontratistas frente al cliente, en caso de impago del precio por parte del contratista -art. 1597 del C.civ.-<sup>332</sup>.

La jurisprudencia española ha concretado el alcance de esta acción directa. En una sentencia reciente del TS se planteaba esta cuestión, en el marco de un contrato de obra *llave en mano*, celebrado entre el cliente *Casting Ros, SA.* y el contratista, *ABB Industrietechnik AG.* Esta última parte contratista suscribió un subcontrato con una primera empresa subcontratista –*INSASA*- y ésta, a su vez, con una segunda subcontratista –*Garrincha SL.*-. En esta cadena de contrato principal y subcontratos, el TS exige, para que pueda tener lugar la acción directa, que se mantenga la deuda entre cliente y contratista, y entre éste y los subcontratistas<sup>333</sup>. En el supuesto comentado, el último subcontratista –*Garrincha*- pretendía la acción directa contra el cliente, pero el TS no la reconoció, precisamente, por haberse roto la cadena de deudas, pues *ABB* –contratista- no debía nada a *INSASA* –primer

---

<sup>331</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, pp. 301-302.

<sup>332</sup> Supone una excepción al principio general de relatividad de los contratos por el que éstos sólo producen efectos entre las partes –art. 1257 del C.civ.-. La excepción se limita a los contratos a precio alzado y importe de la cantidad que el cliente adeude al contratista y en su ámbito de aplicación se incluyen los subcontratistas del contratista y los sucesivos que puedan contratar los subcontratistas. Se ha debatido en la doctrina si nos encontramos ante una acción directa o subrogatoria y la jurisprudencia del TS se ha pronunciado considerándola como una acción directa. Vid. las Sentencias del TS, de 16 de marzo de 1998, *RJA* 1998/246, de 2 de julio de 1997, *RJA* 1997/5474, y de 29 de abril de 1991, *RJA* 1991/3068. La jurisprudencia belga también reconoce este principio de la relatividad de los contratos –art. 1165 del Cod. Civ. belga- en las relaciones cliente-contratista. No obstante, establece una excepción con respecto al ingeniero cuando es el encargado del control y de la ejecución del trabajo. Vid. la Sentencia de la *Cour de Cassation* belga, de 22 de octubre de 1999, *Passicrisie Belge*, 1999 (I/558). El sistema belga reconoce, como el español, la acción directa contra el cliente en materia de subcontratación en el artículo 1798 del Code civ. Belga. En este sistema, la cuantía de la acción se limita a la deuda del cliente con el contratista principal. Vid. la Sentencia de la *Cour de Cassation* belga, de 21 de diciembre de 2001, *RGC* 00.0180.F.

<sup>333</sup> Vid. las Sentencias del TS, de 31 de enero de 2002, *RJA* 2002/2097, de 6 de junio de 2000, *RJA* 2000/4402.

subcontratista-<sup>334</sup>.

Se trata de acción habitual en los contratos de instalación de planta industrial, tal y como refleja la jurisprudencia española. En un supuesto relativo, precisamente, a un contrato para la construcción de una planta industrial celebrado entre el cliente *Acería de Compacta de Bizkaia* y una unión temporal de empresas contratistas principales –*Schloemann Siemag AG, Cosim, S.A. y Técnicas Reunidas, S.A.*-. La adjudicataria de la obra principal –*Técnicas Reunidas*- subcontrató los servicios de *Construcciones Moyua, S.A.*, mediante un subcontrato de construcción de obras civiles y edificios. Ante el impago de una parte del precio, la subcontratista reclamó judicialmente contra el cliente –*Acería Compacta*- con base en la acción directa del artículo 1597 del Cciv. El juez condicionaba la operatividad de la acción directa a cuatro requisitos. 1) Que mediara un contrato de obra de precio alzado, 2) que interviniera un tercero aportando su trabajo o materiales, esto es, un subcontratista (incluyendo vendedores y suministradores de materiales), 3) que existiera una deuda entre cliente y contratista que, además, impone el límite objetivo de la acción y 4) que concurriera otro crédito del subcontratista frente al contratista, sin que sea precisa la insolvencia de este último<sup>335</sup>.

En el ámbito de la contratación pública<sup>336</sup>, se permite la subcontratación parcial, esto es, para la realización de una parte de la obra adjudicada<sup>337</sup>. En este ámbito, la subcontratación se somete a unos requisitos que se concretan en la notificación a la Administración, el límite del 50% del importe de adjudicación y bajo condiciones de precio no más desfavorables que las

---

<sup>334</sup> Vid. la Sentencia del TS, de 31 de enero de 2002, *RJA* 2002/2097.

<sup>335</sup> Vid. la Sentencia de la AP de Bilbao, de 6 de noviembre de 2001, *RJA JUR* 2002/81398.

<sup>336</sup> El TRLCAP dedica el Título VI a la cesión de contratos y a la subcontratación. Concretamente, la sección segunda. Vid. los artículos 115 y 116 del TRLCAP. AA.VV.: *Comentarios a la...*, cit., p. 124 y ss.

<sup>337</sup> Vid. el artículo 115.1 del TRLCAP. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo de...*, cit., p. 57.

del contrato principal<sup>338</sup>.

Las condiciones de estos subcontratos no difieren de las del régimen general de la subcontratación, en las que el contratista responde con respecto al cliente. Sin embargo, se ha asistido a una tendencia en la que la responsabilidad por incumplimiento no la asume en estos casos el contratista, sino el cliente, que impone a los sujetos de la subcontratación<sup>339</sup>.

Nos encontramos ante lo que se ha dado en denominar una “relación triangular” entre el cliente, el contratista y los subcontratantes. La práctica habitual hace que se establezcan algunas precisiones con respecto a la subcontratación en el contrato principal entre el cliente y el contratista. Por ejemplo, que el cliente debe aprobar la elección de los subcontratados por el contratista principal, o relativas a fuerza mayor. Sin embargo, debe señalarse que no existe vínculo contractual entre el cliente y los subcontratados, que quedan vinculados contractualmente con el contratista principal.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español prevé, en el ámbito de la contratación pública, que los subcontratista quedan obligados únicamente frente al contratista<sup>340</sup>. Éste último asume la responsabilidad total de la ejecución del contrato frente al cliente, que es la Administración<sup>341</sup>. Así, el contratista es quien debe pagar a los subcontratistas<sup>342</sup> y los subcontratos tienen “en todo caso naturaleza privada”<sup>343</sup>, con las consecuencias que se

---

<sup>338</sup> Vid. el artículo 115.2 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 83.

<sup>339</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., pp. 108 y 109.

<sup>340</sup> Vid. GIL IBÁÑEZ, J.L.: *Ley de contratos...*, cit., p. 262.

<sup>341</sup> Vid. el artículo 115.3 del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 123.

<sup>342</sup> Vid. el artículo 116.1 del TRLCAP.

<sup>343</sup> Vid. el artículo 116 *in fine* del TRLCAP.

han apuntado en relación con el carácter privado del contrato.

Esta complejidad puede llevar a que se solapen los contratos provocando su interdependencia. De esta suerte, en la interpretación y aplicación del contrato deberán tenerse en cuenta la existencia y los efectos de otras relaciones jurídicas vinculadas con la principal<sup>344</sup>.

El ámbito de la subcontratación ha adquirido tal importancia en la práctica comercial de los contratos de ingeniería que se ha consolidado a través de la regulación experimentada en el seno de la FIDIC. Institución que, precisamente, y en materia de subcontratación, como ya se ha comentado, ha elaborado en 1994 las *Conditions of subcontract for works of civil engineering*<sup>345</sup>.

## **C.- El objeto del contrato de ingeniería**

### *a.- La pluralidad de prestaciones*

La concepción y realización de una obra civil o industrial implica la ejecución de muy diversas prestaciones. Debe pensarse que el objeto de estos contratos puede concretarse en una gama muy diversa de “proyectos

---

<sup>344</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, pp. 301-302.

<sup>345</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, *cit.*, p. 414.

que se pueden referir tanto a la realización de carreteras, aeropuertos, puentes o instalación portuaria, como a la concepción de satélites, reactores nucleares... o de fábricas preparadas para su puesta en funcionamiento”<sup>346</sup>.

Lo cierto es que el contrato de ingeniería comercial, en la mayoría de proyectos de obras industriales y civiles, suele venir acompañado de otros referidos a prestaciones auxiliares que complementan la acción principal de la construcción de la obra o, en otros casos, el diseño o la supervisión de la obra<sup>347</sup>. Así, debe pensarse en los contratos de suministro, de alquiler de equipos, de financiación, o de servicios de seguro, entre otros. Esta diversidad, además, convierte cada proyecto de ingeniería construcción, por sus propias características en único<sup>348</sup>.

Efectivamente, y como ya se ha señalado, nos enfrentamos a un contrato dotado de una multiplicidad de prestaciones y de sujetos implicados. El complicado entramado contractual de los proyectos internacionales de construcción afectan a diferentes sujetos parte y lo hacen, además, en relación con muy diferentes prestaciones<sup>349</sup>. En este sentido, puede afirmarse que la complejidad de los contratos internacionales de ingeniería se presenta en dimensiones cuantitativas y cualitativas. Por un lado, cuantitativamente, por el número de sujetos que intervienen y de prestaciones que se realizan. Y, por otro, cualitativamente, por la diversidad de prestaciones que integra y la distinta función desempeñada por los actores implicados.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español concreta el objeto de

---

<sup>346</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 234.

<sup>347</sup> La jurisprudencia española establece la responsabilidad de la sociedad de ingeniería con la que se han concluido los contratos de supervisión del montaje y de control de los materiales, frente al contratista, en el marco de una operación principal de instalación de planta industrial. Vid. la Sentencia de la AP de Tarragona, de 21 de diciembre de 2000, *RJA JUR* 2001/80398.

<sup>348</sup> Vid. MOLINEAUX, CH.: “Moving Toward a...”, *cit.*, p. 58.

<sup>349</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, pp. 288.

estos contratos en el sector de la contratación pública de forma amplia en la misma línea propuesta en este trabajo. Así, en el citado TRLCAP se distingue entre el objeto del contrato de obra y el de consultoría y asistencia en un sentido idéntico en el que diferenciamos el contrato de ingeniería comercial y consultora. En el contrato de obra el objeto se concreta en varias posibilidades.

En primer lugar, la construcción de bienes de naturaleza inmueble, que denomina como obras de ingeniería civil (“carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil”<sup>350</sup>).

En segundo término, el objeto del contrato también puede consistir en la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo (“dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos”<sup>351</sup>).

Finalmente, el objeto contractual puede ser la reforma, reparación, conservación o demolición de los trabajos citados<sup>352</sup>. En consecuencia, la clasificación de las obras responde a su objeto estableciendo: obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, obras de reparación simple, obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición<sup>353</sup>.

Por lo que se refiere al contrato de consultoría y asistencia, el TRLCAP concreta su objeto en el estudio y elaboración de todo tipo de proyectos y la dirección, supervisión y control de la ejecución de la obra y su mantenimiento.

---

<sup>350</sup> Vid. el artículo 120.a del TRLCAP. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo de...*, cit., p. 102 y MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 89.

<sup>351</sup> Vid. el artículo 120.b del TRLCAP.

<sup>352</sup> Vid. el artículo 120.c del TRLCAP.

<sup>353</sup> Vid. el artículo 123.1 del TRLCAP.

Asimismo, se incluye la implantación de sistemas organizativos y cualquier otra prestación relacionada con las anteriores en la que predomine la prestación de carácter intelectual<sup>354</sup>.

*b.- El proyecto de la obra*

Los contratos internacionales de ingeniería, referidos a la construcción de la obra civil o industrial, suelen incardinarse en un proyecto que implica un número más que considerable de documentos. Así, tanto el texto, como el diseño, se configuran como “una complicada colección de condiciones”, que afectan no sólo a las partes del contrato, sino a otras personas involucradas en el proceso de construcción<sup>355</sup>. Ocurre habitualmente que el soporte jurídico respecto a la contratación, en cualquiera de sus manifestaciones, suele incardinarse en el proyecto, que es un marco técnico mucho más amplio<sup>356</sup>. En este sentido, “los documentos de un contrato internacional de construcción son, en realidad, una mezcla de componentes y conceptos de muy diferente origen y el resultado de la interacción de factores muy diferentes”<sup>357</sup>.

En realidad, no cabe ninguna duda sobre el entramado de relaciones jurídicas involucradas en la realización de una obra. Estamos ante “una compleja interacción de prestaciones recíprocas cuyo común denominador es que están concebidas para la realización de un proyecto de obra, en

---

<sup>354</sup> Vid. el artículo 196.2.a y b. del TRLCAP. En este sentido, conviene precisar que en este mismo precepto- el párrafo 3- se definen los contratos de servicios por exclusión de los de consultoría y asistencia, es decir, siempre que no se trate de éstos o de otros regulados en el TRLCAP.

<sup>355</sup> Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 153.

<sup>356</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, *cit.*, pp. 231 y ss.

<sup>357</sup> Vid. SCHNEIDER. M.E.: “International Construction...”, *cit.*, pp. 322-323.



ocasiones bajo condiciones cambiantes o desfavorables”<sup>358</sup>.

El proyecto engloba la totalidad de las actividades relativas a la obra. La cuestión atiende a dilucidar, en el proyecto técnico, cuál es la fórmula jurídica empleada, es decir, analizar la solución jurídica que se ha escogido. Fundamentalmente, y dependiendo de la complejidad e, incluso, de la magnitud del proyecto, puede que la construcción sea la prestación principal del proyecto en torno al que gravitan el resto de actividades. Sin embargo, en otros casos, la construcción de una determinada obra puede configurarse accesoriamente, como otra más de las actividades a realizar en el conjunto del proyecto<sup>359</sup>.

Estos contratos internacionales, voluminosos y complejos, contienen especificaciones técnicas, financieras y respecto a las obligaciones de las partes. Así, este último ámbito es el denominado “condiciones generales” o “condiciones del contrato”, que suelen ostentar todo el protagonismo jurídico. Con todo, el resto de documentos pueden contener, asimismo, disposiciones legales que afectan de forma importante al contrato y que requieren también su análisis. En muchas ocasiones, estas condiciones contractuales son impuestas unilateralmente por el cliente en procedimientos de licitación, antes de saber la identidad del contratista. Otras veces, es el ingeniero quien prepara las condiciones, recurriendo a los modelos tipo y que, además, puede adaptar al caso concreto añadiendo las denominadas condiciones especiales o complementarias. Normalmente, el contratista se ve obligado a asumir estas condiciones, si bien es cierto que en la práctica internacional se dan mayores posibilidades para la negociación, más allá de la simple

---

<sup>358</sup> Vid. NICKLISCH., F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254.

<sup>359</sup> Así, algún autor señala como criterio determinante en la clasificación de los contratos de construcción la pertenencia o no de la operación de construcción a un proyecto complejo. Así, *vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, *cit.*, esp. pp. 231-287. No se ha incluido este criterio de clasificación en nuestra propuesta por considerar que esta circunstancia no resulta sistemáticamente determinante en materia contractual. Es decir, la fórmula jurídica elegida no viene afectada por la pertenencia o no de la obra a un proyecto complejo. Así, cualquier modalidad contractual tiene cabida en un proyecto o, sin embargo, subsiste con independencia de este último.

clarificación de determinadas cláusulas o cuestiones.

Todo ello no supone un atentado a la libertad de una de las partes en aras a la negociación del contrato, sino, al contrario, aparece como una necesidad comercial y una exigencia de imparcialidad. En cualquier caso, tampoco deben considerarse como “carta blanca” para el cliente en la elaboración de las condiciones, que además acude a los modelos estándar más extendidos, que son elaborados mayoritariamente por las asociaciones profesionales.

En el ordenamiento jurídico español, se prevé el proyecto como un requisito previo para la adjudicación de un contrato de obra en el ámbito de la contratación pública<sup>360</sup>. En este sentido, es necesaria la elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del proyecto que debe definir con precisión el objeto del contrato de obra<sup>361</sup>. El mismo texto legal establece el contenido del proyecto de obras. Así, éste deberá contener una memoria explicativa y los planos de la obra, las prescripciones técnicas particulares, un presupuesto, un programa de desarrollo, documentación legal, estudio de seguridad y salud y geotécnico<sup>362</sup>.

Precisamente, en relación con el proyecto, el citado TRLCAP establece un capítulo específico atinente a los contratos de elaboración de proyectos<sup>363</sup>. En este apartado se prevé la celebración de concursos con jurado en los que los participantes deben elaborar planes o proyectos en el

---

<sup>360</sup> Vid. el artículo 122 del TRLCAP. Vid. MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos...*, cit., p. 189.

<sup>361</sup> La adjudicación puede ser conjunta o separadamente del proyecto y la obra. Vid. el artículo 122 del TRLCAP. La contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de obra tiene un carácter excepcional, se prevé en unos supuestos concretos y se somete a la previa aprobación del proyecto por la Administración. Vid. los artículos 125 y 122 del TRLCAP.

<sup>362</sup> Vid. el artículo 124 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 79.

<sup>363</sup> Vid. el Capítulo VI, del Título VI –concretamente, los artículos 216 a 219- del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., pp. 184 y ss. y AA.VV.: *Comentarios a la...*, cit., p. 202 y ss.

ámbito de la ingeniería, entre otros, mediando licitación<sup>364</sup>.

#### **D.- El contenido del contrato de ingeniería**

En los contratos de ingeniería, como ya se ha comentado, existen distintas modalidades contractuales que se diferencian, precisamente, con base en su contenido obligacional. Esta circunstancia implica una disyuntiva en el planteamiento del análisis de su contenido: analizar tipo por tipo o realizar una aproximación general a todos ellos, intentando resaltar sus elementos comunes.

La primera posibilidad se excluye porque nos extendería excesivamente y nos llevaría a la reiteración de los elementos comunes. De este modo, nos decantamos por la segunda opción: una aproximación al contenido obligacional del contrato de ingeniería en sentido amplio. Circunstancia que implica la inclusión de las prestaciones de ingeniería consultora, operativa y de procedimiento. De modo que, en términos generales, nos ocupamos de los casos en los que el contratista – normalmente, una sociedad-, se compromete a la ejecución de la obra que ha proyectado, e incluso, a otras obligaciones posteriores. Únicamente, se hará referencia a algún tipo contractual específico cuando presente una particularidad que interese subrayar.

Además, la concreción del contenido obligacional en un contrato de ingeniería amplio, no sólo afecta a la diversidad obligacional, sino también, a las distintas etapas del mismo. Por esta razón, deben concretarse las diferentes fases del contrato e identificar las obligaciones que concurren en cada una de ellas.

---

<sup>364</sup> *Vid.* el artículo 216 del TRLCAP.

El contrato de ingeniería internacional cuenta en su desarrollo con las fases precontractual, preparatoria y operativa<sup>365</sup>. En primer lugar, la fase precontractual o de negociación resulta decisiva, aun cuando el contrato no ha entrado en vigor. Con todo, no produce plenos efectos hasta ese momento, debe tenerse en cuenta que pueden surgir determinadas obligaciones. La segunda fase -la preparatoria- se inicia con la entrada en vigor del contrato y finaliza en el momento previo al comienzo de la ejecución de la obra. Finalmente, la fase operativa se desarrolla una vez comienza la ejecución de la obra e incluye su recepción. En cualquier caso, interesa referirse individualmente a las distintas fases contractuales para concretar el contenido obligacional de las partes.

#### *a.- Fase precontractual del contrato de ingeniería*

Tal y como se ha comentado al abordar la incidencia del factor tiempo, en el contrato de ingeniería –contrato complejo- existe una fase de negociación que suele extenderse bastante en el tiempo y que acaba con la entrada en vigor del mismo: esta etapa es la denominada precontractual. Las negociaciones llevadas a cabo en este momento implican una serie de obligaciones para las partes pese a que el contrato no existe todavía formalmente – como puede ser la buena fe<sup>366</sup>- y que inciden, como veremos, en cuestiones de derecho aplicable<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> Esta es la terminología acuñada por GLAVINIS para la segunda y la tercera etapa que coincide con las denominadas fases de preparación y de ejecución del contrato. *Vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, pp. 20 y 100. El *libro naranja* de la FIDIC opta por un sistema de tres fases contractuales para las que se establecen unas fechas clave.

<sup>366</sup> La jurisprudencia ha reconocido la fuerza obligatoria del principio de buena fe comercial en los contratos internacionales de ingeniería comercial, incluso, si no se menciona expresamente en el contrato. *Vid.* la Sentencia australiana del *Suprem Court of New South Wales*, de 1 de octubre de 1999, en el asunto *Aiton v. Transfield*, num. 996.

<sup>367</sup> La fase de negociación aparece vinculada directamente al contrato. En un supuesto

El inicio de esta fase ha sido concretado por el libro naranja de la FIDIC que establece una fecha clave que denomina *base date*, a partir de la que se cuenta con 28 días para presentar las ofertas al cliente. En este momento se establecen extremos de gran importancia y de los que derivan consecuencias decisivas en la vida del contrato, a saber y como veremos: los estudios de oportunidad, los estudios preliminares, la concepción detallada del proyecto, el procedimiento de adjudicación del contrato, la existencia o no de un concurso público de licitación y su correspondiente garantía, la carta de intención con las primeras obligaciones de las partes o el método de fijación del precio.

#### 1.- Los estudios preliminares

Por lo que se refiere a la realización de los estudios preliminares - *preinvestment studies*-, caben dos hipótesis: o bien el contrato prevé en su contenido obligacional la realización de los estudios preliminares, o bien se trata de un contrato distinto y específico<sup>368</sup>.

Estas dos hipótesis se contemplan en el ordenamiento jurídico español. En el TRLCAP se prevén los estudios preliminares, en primer lugar, como parte del contrato de obra<sup>369</sup>. En segundo término, como un contrato de

---

relativo a un contrato de suministro e instalación de equipamiento industrial en India, celebrado entre una empresa alemana y otra indú, el tribunal arbitral estableció que la cláusula de derecho aplicable del contrato –en la que las partes elegían el Derecho suizo– cubriría todas las disputas derivadas del mismo, sin distinguir entre materias relativas al mismo después de su conclusión y las que pertenecen al proceso de formación del contrato (excluyendo el criterio del lugar donde se han llevado a cabo las negociaciones). *Vid.* asunto CCI núm. 9651/2000.

<sup>368</sup> Precisamente, uno de los contratos tipo de ingeniería consultora de la FIDIC, es el de la realización de estudios preliminares, el antiguo IGRA 1979 PI, que en 1990 se refunde con el resto de servicios de ingeniería consultora.

<sup>369</sup> *Vid.* los artículos 124 y 125 del TRLCAP. *Vid.* MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos...*, *cit.*, p. 193.

consultoría independiente<sup>370</sup>. En tercer lugar, como un contrato complementario al contrato de obra<sup>371</sup>. Y, finalmente, como parte del contrato de elaboración de proyectos<sup>372</sup>.

La jurisprudencia española ha puntualizado la distinción entre un contrato de estudios preliminares y los trabajos relativos a la presentación de una oferta, incluso en el caso de contener hasta cinco variantes económicas. Los estudios preliminares, como contrato independiente o como incluido en el de ingeniería comercial, implican una remuneración que, sin embargo, no corresponde a la realización de la oferta<sup>373</sup>.

## 2.- La concepción detallada del proyecto

En cuanto a la concepción detallada del proyecto, nos encontramos ante la misma situación. Esta prestación puede incluirse en el contrato principal, o elaborarse separadamente un contrato específico de concepción de la proyección –denominado *design*-<sup>374</sup>. No debe olvidarse que, si la sociedad de ingeniería asume –además- el poder de dirección de las obras, nos encontramos ante otra modalidad contractual que contiene ambas prestaciones conocida como *project manager*.

En este estadio se dispone de una documentación que se refiere a los planos, la ejecución y financiación de la obra, así como las condiciones contractuales y el presupuesto. La redacción del contrato nos lleva a la toma

---

<sup>370</sup> Vid. el artículo 196.2 del TRLCAP.

<sup>371</sup> Vid. el artículo 198.2 *in fine* del TRLCAP.

<sup>372</sup> Contrato al que se dedica el Capítulo VI del Título IV de la Ley, los artículos 216 a 219. Vid. el TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., pp. 91 y ss.

<sup>373</sup> Vid. la Sentencia del TS, de 16 de octubre de 2002, RJA 2002/8762.

<sup>374</sup> De nuevo, un contrato específico nos llevaría a la ingeniería consultora, concretamente, al *Design and Bid*, vid. la tipología del contrato de ingeniería *supra*.

de posición de lo que la doctrina ha dado en denominar como la opción entre el contrato a medida o la estandarización del contrato *-tailor made versus boiler plate-*<sup>375</sup>. Efectivamente, nos referimos, en este caso, a técnicas de redacción del contrato, pero no deben olvidarse las consecuencias que puede conllevar en materia de Derecho aplicable. La técnica de la elaboración de contratos a medida suele ser la utilizada en los contratos complejos que exigen la concreción del contrato caso por caso. Sin embargo, la técnica de la estandarización se utiliza en aquellos contratos que se repiten en la práctica. Con todo, suele darse la utilización de técnicas combinadas que utilizan cláusulas estándar en textos contractuales atípicos o modificaciones a la medida en contratos preestablecidos o estandarizados.

En cualquier caso, el contenido del proyecto incide directamente en la ejecución de la obra, bien se trate de un único contrato, o bien sean dos contratos separados. De esta suerte, el contratista está obligado a ejecutar la obra proyectada. De no ser así, el cliente puede reclamar una acción de indemnización por obras incluidas en el proyecto y no ejecutadas y por retraso en la entrega de la obra<sup>376</sup>.

### 3.- La adjudicación del contrato y el procedimiento de licitación

Es en este punto cuando se da un primer paso determinante para la vida del contrato: el cliente puede aprobar la concepción detallada del proyecto. Si lo hace, a partir de este momento puede realizarse la adjudicación del contrato. Para llevar a cabo la adjudicación existen dos procedimientos: los sistemas formales de licitación *-invitatio ad offerendum* u oferta licitada- y la contratación directa -también denominada sistema

---

<sup>375</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale...*, cit., pp.127 y ss.

<sup>376</sup> Vid. la Sentencia del TS, de 14 de febrero de 2003, RJA 2003/1019.

negociado-. En la primera se convoca un procedimiento en el que el cliente invita a la presentación de ofertas y, en la segunda, se negocia directamente con el contratista.

Se ha subrayado la conveniencia del sistema de la oferta licitada en los contratos internacionales de ingeniería porque reduce costes y permite al cliente beneficiarse de la competencia entre los contratistas aspirantes, eligiendo la opción más ventajosa desde el punto de vista económico o técnico<sup>377</sup>. Dentro del método de oferta licitada existen, asimismo, distintas modalidades: abiertos –también denominados públicos- y limitados – conocidos, asimismo, como privados-, que se distinguen en el grado de apertura de la competencia<sup>378</sup>.

En primer lugar, en los procedimientos de licitación abiertos, cualquier contratista puede presentarse a la convocatoria. El cliente publica un anuncio para la presentación de ofertas que es el concurso o licitación públicos<sup>379</sup>.

En segundo término, en los procedimientos de licitación limitados, los candidatos deben reunir unas determinadas aptitudes técnicas o económicas. En ocasiones, es el mismo cliente quien elige, directamente, unos cuantos aspirantes, que competirán entre ellos, procedimiento denominado negociado.

En el ordenamiento jurídico español se prevén, en el TRLCAP, estos procedimientos de adjudicación: abierto, restringido y limitado<sup>380</sup>. En

---

<sup>377</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: Los contratos de..., cit., p. 419 y la Guía jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI), Naciones Unidas, Nueva York, 1988, A/CN.9/SER.B/2, p. 27.

<sup>378</sup> Esta clasificación es la comúnmente aceptada por los *Cahiers FED*, los acuerdos del GATT y en los documentos comunitarios sobre adjudicación de mercados públicos.

<sup>379</sup> Vid. HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: *Civil Engineering Contracts. Practice and Procedure*, Londres, Butterworths, 1982, pp. 131 y ss.

<sup>380</sup> Vid. el artículo 73 del TRLCAP. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo de...*, cit., pp. 62 y ss.



concreto, el TRLCAP establece la posibilidad de efectuar la adjudicación a través de subasta o concurso en los procedimientos abiertos y restringidos<sup>381</sup>. En la subasta, la adjudicación se produce al licitador que proponga el mejor precio<sup>382</sup> –con base en una propuesta del cliente que no podrá excederse ni reducirse temerariamente-<sup>383</sup>. En el concurso, la adjudicación se procede con respecto a la oferta más ventajosa, teniendo en cuenta todos los criterios establecidos y no únicamente el precio<sup>384</sup>.

Normalmente, cuando un Estado o una empresa pública interviene en el contrato se convoca un concurso público de licitación internacional<sup>385</sup> para su adjudicación<sup>386</sup>. En cualquier caso, la convocatoria pública de ofertas es el método que se ha calificado como más utilizado cuando se trata de proyectos internacionales<sup>387</sup>.

En el Derecho español, el TRLCAP opta por la vía del concurso en los supuestos en los que no se ha realizado subasta y en los casos en los que el proyecto y el presupuesto no ha sido predeterminado por la Administración o siéndolo es susceptible de ser mejorado por los licitadores o en casos de

---

<sup>381</sup> Vid. el artículo 74.1 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 76.

<sup>382</sup> La jurisprudencia belga reconoce, en el ámbito de la contratación pública, la obligación de adjudicar la obra a la oferta económica regular más baja. Vid. la Sentencia de la *Cour de Cassation* belga, de 8 de marzo de 2002, RGC 00.0028.F.

<sup>383</sup> Vid. los artículos 82-84 del TRLCAP.

<sup>384</sup> Vid. los artículos 74.2 y 3 y 85-90 del TRLCAP.

<sup>385</sup> Precisamente, un concurso público de licitación internacional es el que convocaba el Estado griego para la realización de un proyecto de diseño, construcción, financiación y explotación del metro de Tesalónica. En este caso se trataba de un procedimiento restringido a desarrollarse en 6 fases: la de preselección de candidatos, la de presentación de ofertas, la de evaluación de las ofertas técnicas, la de evaluación de las ofertas económicas y financieras, la de negociación entre concesionario y adjudicatario y la de firma del contrato. Vid. la Sentencia del TJCEE, de 23 de enero de 2003, núm. C-57/01, en el asunto *Makedoniko Metro, Michaniki AE y Elliniko Dimosio* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>386</sup> Es cierto que, a modo de excepción, por razones de urgencia, en ocasiones se permite la contratación directa, si bien puede calificarse de residual.

<sup>387</sup> GLAVINIS apunta que los *Cahier FED* y las condiciones FIDIC lo presuponen. Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 51.

garantías especiales o tecnologías avanzadas<sup>388</sup>.

En estos casos, se convoca un procedimiento público para la presentación de ofertas que exige una especialización de la parte contratista aspirante, que es lo que se denomina como calificación de la empresa, y que hace referencia a criterios técnicos o económicos. Este procedimiento se regula por la normativa sobre mercados públicos del Estado en cuestión<sup>389</sup>.

En ocasiones, se convoca un procedimiento de precalificación que precede a la oferta competitiva, en el que las empresas deben probar su aptitud mediante cuestionarios relativos a su especialización, capacidad técnica y económica y experiencia<sup>390</sup>.

En consecuencia, debe tenerse en cuenta que, a menudo, el cliente no puede elegir el método de adjudicación del contrato, que viene impuesto por la legislación de mercados públicos, o por la participación del Estado o una empresa pública en la relación contractual, o por la entidad financiera involucrada<sup>391</sup>.

Una vez elegido –o impuesto– el procedimiento de adjudicación del contrato, deben concretarse los criterios de atribución del mismo<sup>392</sup>. Éstos

---

<sup>388</sup> Vid. el artículo 85 del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 97.

<sup>389</sup> En nuestro ordenamiento interesa, en este sentido, la Directiva comunitaria 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obra, publicado en el DOCE L 199/54, de 9 de agosto de 1993. Así como el citado TRLCAP.

<sup>390</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 420 y la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 29.

<sup>391</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 27.

<sup>392</sup> En el ámbito comunitario, en un procedimiento público de licitación restringido resulta obligatorio poner a disposición de los aspirantes los criterios de ponderación de selección de los candidatos, tal y como ha concretado el TJCEE, en una Sentencia que resuelve un recurso prejudicial en interpretación de la Directiva 37/93, sobre mercados públicos de obras. La Sentencia se refería al procedimiento público de licitación para la adjudicación de un contrato de construcción de una depuradora biológica, como parte de la depuradora central de Viena. El contrato se había cebrado entre la empresa que gestiona la depuradora –que sin ser una entidad pública, era considerada como tal– y un grupo de empresas para ejecutar la obra, el Tribunal decidió que la entidad pública convocante debía indicar a los candidatos

suelen referirse al precio, los costes, determinados requisitos técnicos, garantías financieras o el tiempo de ejecución<sup>393</sup>.

El concurso público de ofertas parte de la publicación del anuncio en un medio público –esto es, la convocatoria de licitación-. La publicación de la convocatoria puede hacerse en diversos medios de comunicación o diarios oficiales, a escala nacional o internacional. Debe pensarse que en el sistema de licitación privada o limitada la invitación la remite directamente el cliente a las empresas participantes. En el ordenamiento jurídico español, el TRLCAP obliga a la publicación de un anuncio en el Boletín Oficial de Estado en todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, salvo para los procedimientos negociados. En estos últimos, procede la publicación en el BOE cuando, por razón de su cuantía, deba publicarse un anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Por debajo de esta cuantía, la publicidad en el BOE puede sustituirse por la de diarios o boletines oficiales de las Comunidades autónomas y las entidades locales<sup>394</sup>.

Una vez abierta la convocatoria, se produce la recepción de pliegos que remite el contratante a las empresas aspirantes con toda la información sobre la obra concursada: descripción detallada y condiciones de ejecución, plazos de la obra y de la convocatoria, requisitos de idoneidad de los aspirantes, modelos de oferta y de fianza y condiciones contractuales. En ocasiones, el cliente remite a los licitadores un anteproyecto de la obra<sup>395</sup>. Cuando los aspirantes disponen de toda esta documentación pueden preparar su oferta y remitirla al cliente para que elija de entre todas las presentadas.

---

los criterios de selección, bien en el anuncio público, o bien en el pliego de condiciones. *Vid.* Sentencia del TJCCEE, de 12 de diciembre de 2002, núm. C-470/99, en el asunto *Universale-Bau AG y Ent sorgungsbetriebe Smmering GmbH* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>393</sup> *Vid.* los artículos 75 y 76 del TRLCAP. *Vid.* MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, *cit.*, p. 68.

<sup>394</sup> *Vid.* el artículo 78 del TRLCAP.

<sup>395</sup> *Vid.* la Guía jurídica de la CNUDMI..., *cit.*, p. 46.

En este sentido, el TRLCAP establece la potestad de elaboración de pliegos de cláusulas administrativas generales para la Administración general del Estado al Consejo de Ministros a iniciativa de los Ministerios correspondientes<sup>396</sup>. La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponde al órgano de contratación competente, que además podrá elaborar modelos tipo para contratos análogos<sup>397</sup>. Esta documentación debe aprobarse antes de la perfección y la licitación del contrato y en ella se contienen los derechos y obligaciones de las partes<sup>398</sup>. Junto a éstos cabe, también, la aprobación de pliegos de prescripciones técnicas particulares y generales, cuya aprobación corresponde al órgano de contratación y al Consejo de Ministros, respectivamente<sup>399</sup>.

La oferta que presentan los candidatos debe reunir una serie de requisitos entre los que, además de la voluntad de obligarse, deben establecerse otros términos como la responsabilidad de las partes, el precio de la obra o los plazos de pago del precio. En esta línea, en el sistema español, el TRLCAP dispone el carácter secreto de las propuestas de los interesados hasta la licitación pública<sup>400</sup>. Estas proposiciones deben, según la Ley, respetar el modelo impuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y adjuntar la documentación relativa a la personalidad jurídica del empresario, la clasificación de la empresa y su solvencia económica, así como la acreditación de la garantía provisional<sup>401</sup>. Además, cuando se trate de empresas extranjeras, deberá añadirse a esta documentación una

---

<sup>396</sup> Vid. el artículo 48.1 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 65.

<sup>397</sup> Vid. el artículo 49.2 y 3 del TRLCAP. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo de...*, cit., p. 170.

<sup>398</sup> Vid. el artículo 49.1 del TRLCAP.

<sup>399</sup> Vid. el artículo 51 del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 86.

<sup>400</sup> Vid. el artículo 79.1 del TRLCAP. Vid. AA.VV.: *Comentarios a la...*, cit., p. 132 y ss.

<sup>401</sup> Vid. el artículo 79.2.a.b.y c. del TRLCAP.

declaración de sumisión a la jurisdicción española con renuncia a su propio fuero jurisdiccional<sup>402</sup>.

Asimismo, y parece ser que cada vez con mayor frecuencia, cabe la posibilidad de incluir en la oferta lo que se denomina como la garantía de licitación -tender *bond*-. Esta es una garantía bancaria habitual en la fase de negociación del contrato. En ella suele pactarse entre el 1 y el 5% del valor de la oferta.

En el Derecho español de la contratación pública se prevé una garantía provisional de constitución previa para poder acceder a los procedimientos abiertos y restringidos. Se trata de una garantía situada en el 2% del presupuesto del contrato y que debe prestarse cuando éste excede de una determinada cuantía<sup>403</sup> o, en contratos de cuantía inferior, especiales o privados, puede imponerse potestativamente por el órgano de contratación<sup>404</sup>. La constitución de esta garantía admite varias posibilidades, como son: la constitución en metálico o en valores, aval bancario y contrato de seguro de caución<sup>405</sup>. Después de la adjudicación, esta garantía provisional será devuelta a los aspirantes rechazados y se le retendrá al adjudicatario. Asimismo, puede ser incautada en los supuestos de retirada injustificada de la proposición o de presunción de temeridad<sup>406</sup>. La garantía provisional responde de las propuestas realizadas por los concursantes hasta la adjudicación y de la propuesta del adjudicatario hasta la

---

<sup>402</sup> Vid. el artículo 79.2.d. del TRLCAP.

<sup>403</sup> Vid. el artículo 35.1 del TRLCAP. Las cuantías previstas para la prestación de esta garantía provisional se sitúan en una cantidad igual o superior a 5.358.153 euros en el contrato de obra y de 139.312 euros en los contratos de asistencia y consultoría. Vid. los artículos 135.1 y 203.2 del TRLCAP.

<sup>404</sup> Vid. el artículo 35.1 *in fine* del TRLCAP. Vid. MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos...*, cit., p. 78.

<sup>405</sup> Vid. el artículo 35.1 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 63.

<sup>406</sup> Vid. el artículo 35.2 y 3 del TRLCAP.

formalización del contrato<sup>407</sup>.

Después de la presentación de ofertas, se procede a su apertura. En este sentido, puede que la legislación aplicable imponga un procedimiento de apertura de ofertas que implique la presencia de los licitadores o de sus representantes.

Finalmente, y tras el examen detallado de todas las ofertas, el cliente elige la que considera más conveniente (según se trate de concurso o subasta se decantará por la opción más apropiada o la más económica<sup>408</sup>, respectivamente).

El procedimiento termina con la aceptación de la oferta por parte del cliente<sup>409</sup>.

#### 4.- La aceptación de la oferta: la carta de intenciones

Cuando participa un Estado o una entidad pública, el cliente comunica la aceptación de la oferta al contratista a través de un documento

---

<sup>407</sup> Vid. el artículo 43.1 del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 73.

<sup>408</sup> En el ámbito comunitario, la entidad pública no puede rechazar las ofertas por su cuantía anormalmente baja, siempre que alcancen, por lo menos el 75% del valor propuesto por la misma, sin ofrecer a los aspirantes la posibilidad de justificar la determinación de sus precios. Así es como interpreta el TJCEE la Directiva 37/93 sobre mercados públicos de obras. Vid. la Sentencia del TJCEE, de 27 de noviembre de 2001, núms. C-285/99 y C286/99, en el asunto *Impresa Lombardini SpA-Impres Generale di Costruzioni et ANAS-Ente Nazionale per le strade y Societa Italiana per Condotte d'AcquaSpA y Impresa Ing. Mantovani SpA* (<http://curia.eu.int/jurisp/>). Sin embargo, sí es posible adjudicar el contrato a una de las ofertas que no representen la cuantía más baja, si un dictamen de un experto demuestra su mejor viabilidad económica y se respeta el principio de igualdad de trato entre los aspirantes. Vid. la Sentencia del Tribunal comunitario que resolvía un recurso prejudicial, en el marco de un litigio principal relativo a la adjudicación de un contrato público de ejecución de obra de infraestructura de saneamiento, la Sentencia del TJCEE, de 18 de octubre de 2001, núm. C-19/00, en el asunto *SIAC Construction Ltd y County Council of the County of Mayo* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>409</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 421.

formalizado por escrito que se denomina la carta de intenciones *-letter of intent-*<sup>410</sup>. Esta carta de intenciones se configura como el documento precontractual por excelencia en ingeniería comercial internacional<sup>411</sup>. Un texto muy utilizado, al que se le atribuye una importancia comercial capital<sup>412</sup>.

El modelo de carta de intenciones propuesto por la FIDIC *-tendering procedure-* incluye, además de la declaración de la aceptación de la oferta, determinadas indicaciones para el contratista sobre la realización de la obra, el pago del precio, la delimitación de responsabilidades de las partes o determinadas cláusulas de confidencialidad, exclusividad o arbitrales.

En el sistema español de contratación pública se prevé la notificación de la adjudicación a los participantes en la licitación y la comunicación al Registro público de contratos después de la formalización del contrato. Asimismo, según la cuantía del contrato deberá publicarse la adjudicación en el BOE y/o en el DOCE<sup>413</sup>.

##### 5.- Los métodos de fijación del precio

Otro aspecto clave de las negociaciones precontractuales es el referido al establecimiento de un método para la fijación del precio.

El pago del mismo se produce, habitualmente, de forma fraccionada y a partir del momento de la conclusión del contrato, como veremos. Pero antes de efectuar el pago debe negociarse la forma de su determinación, ya que la estipulación del método de fijación del precio supone la “conciliación de los

---

<sup>410</sup> Vid. BUDIN, R. P.: Guide pratique de..., cit., p. 107.

<sup>411</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales..., cit., p. 154 .

<sup>412</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 61.

<sup>413</sup> Las cuantías establecidas para la publicación son de 60.101,21 euros para el BOE y de 750.000 euros para el DOCE. Vid. el artículo 93 del TRLCAP.

intereses en conflicto” entre el cliente –que desea pagar los costes reales- y el contratista –que pretende obtener un margen de beneficio<sup>414</sup>.

En este sentido, en el ámbito de la construcción se utilizan, normalmente, tres métodos: precio alzado, precio unitario y precio a margen fijo<sup>415</sup>. Puede optarse por uno de estos tres sistemas, pero también cabe recurrir a la combinación entre algunos o todos ellos<sup>416</sup>. La diferencia que produce la utilización de un sistema u otro en los contratos de ingeniería es tal que ha llevado a utilizar el criterio de fijación de precio como un elemento de determina la propia tipología contractual<sup>417</sup>.

A) En el método de precio alzado – el denominado *lump sum*- se establece una cantidad global estimatoria del conjunto de prestaciones de la obra. Esto significa que la sociedad de ingeniería asume el precio establecido y no podrá incrementarlo si exceden los costes<sup>418</sup>. Consecuentemente, el cálculo del precio necesita, bajo este método, toda la información necesaria sobre la obra en el momento de establecer una cantidad determinada, es decir, alto grado de previsibilidad para poder realizar una valoración lo más aproximada posible, con lo que se precisará una determinación detallada del objeto de la obra. Además, se aconseja desglosar el precio en razón de distintos conceptos: equipo, materiales y transferencia de tecnología. Esta técnica, no sólo permite una mejor

---

<sup>414</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 77.

<sup>415</sup> Clasificación recogida de forma unánime en la doctrina y las instituciones, vid. HUBERT, A.: *Le contrat d'ingenierie...*, cit, pp. 79 y ss., BRABANT, A.: *Le contrat international...*, cit., pp. 125 y ss., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales...*, cit., pp. 161 y ss. Así como, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., pp. 76 y ss. También en la *Guía jurídica de la CNUDMI...*, cit., pp. 120 y ss. y en las condiciones FIDIC en la cláusulas 55 y 60.

<sup>416</sup> Vid. la *Guía jurídica de la CNUDMI...*, cit., p. 80.

<sup>417</sup> Vid. HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: *Civil Engineering Contracts...*, cit., pp. 36 y ss.

<sup>418</sup> En estos casos nos encontramos ante alteraciones sustanciales de las circunstancias políticas, económicas, jurídicas, financieras o tecnológicas, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes que producen una quiebra en el equilibrio contractual, dando lugar a un perjuicio económico grave. Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", cit., p. 240.



estimación por partidas separadas, sino que, además, facilita una posible revisión del precio ante el cambio de circunstancias. El precio único suele valorar todas las prestaciones a realizar, el beneficio de la sociedad de ingeniería y una suma adicional en previsión de eventuales variaciones<sup>419</sup>.

En este sistema de precio alzado, la responsabilidad por error en la apreciación de la suma a pagar corresponde al contratista, que no podrá solicitar al cliente un aumento en caso de que el coste real de la obra exceda de sus previsiones. Asimismo, el cliente tampoco puede modificar la obra, una vez aceptada la oferta del contratista; siempre, claro está, que no se haya previsto una cláusula de revisión<sup>420</sup>.

En cualquier caso, no se trata de una responsabilidad absoluta, un cambio en las condiciones de ejecución del contrato no repercute en la responsabilidad del contratista. Y, además, cabe la posibilidad de negociar un precio suplementario, razones que llevan a considerar que nos encontramos ante un método flexible<sup>421</sup>.

Este sistema de fijación del precio plantea algunas desventajas que pueden concretarse, fundamentalmente, en dos. Por un lado, el contratista suele elevar al alza la suma global en previsión de un aumento de los costes, circunstancia que nos lleva a la determinación de un precio más alto. Por otro, exige una mayor labor de control por parte del cliente para que el contratista no reduzca la calidad de los materiales u otros conceptos, con objeto de evitar la responsabilidad de un aumento del precio<sup>422</sup>.

La posición al respecto varía de país a país, atendiendo a su realidad

---

<sup>419</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 83.

<sup>420</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", cit., p. 240. Así como la *Guía jurídica de la CNUDMI...*, cit., p. 81.

<sup>421</sup> Incluso en los *Cahier FED*, que imponen este método de fijación del precio, permiten la posibilidad de establecer un precio provisional que posteriormente puede ir ajustándose durante el desarrollo de la obra.

<sup>422</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 84.

económica y social. De esta suerte, esta fórmula se utiliza, frecuentemente, en Estados Unidos, donde se exige a la sociedad de ingeniería una concepción detallada del proyecto en el momento de la determinación del precio. En Oriente Medio, la dificultad se centra en que el cliente suele negarse a establecer una cláusula de revisión del precio, circunstancia que aumenta el riesgo del contratista, al no poder reajustar el precio en caso de aumento de costes<sup>423</sup>.

B) El segundo de los métodos de fijación del precio es el de precio unitario o por unidad de medida –*unit price*-. En éste se señala un precio por unidad de obra o producción que establece el ingeniero en los denominados *bill of quantities*. Así, el precio definitivo se calcula sumando todas las unidades de obra utilizadas en la construcción (a modo de ejemplos; una hora de trabajo, un metro cúbico de hormigón armado, una tonelada de cemento o un kilómetro de carretera)<sup>424</sup>. Debe tenerse en cuenta que, en estas unidades de construcción, se incluye una cantidad adicional relativa a los honorarios del contratista<sup>425</sup>.

Aquí, a diferencia del anterior, la responsabilidad por error en la estimación del precio corre a cargo del cliente.

Existe una modalidad específica dentro de este sistema que se refiere a los contratos denominados *measure o schedule contracts*. En estos casos se establece una enumeración de los precios por unidad de obra sin calcular un precio global.

Este mecanismo de fijación del precio no se utiliza habitualmente en los proyectos internacionales, pero, sin embargo, sí se emplea, de modo complementario, en los contratos a precio alzado para las prestaciones

---

<sup>423</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 240.

<sup>424</sup> Vid. HUBERT, A.: Le contrat d'ingenierie..., *cit.*, pp. 79 y ss., BRABANT, A.: Le contrat international..., *cit.*, pp. 127 y ss.

<sup>425</sup> Vid. HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: *Civil Engineering Contracts...*, *cit.*, pp. 112 y ss.

accesorias al mismo<sup>426</sup>. En cualquier caso, se subraya su utilidad para los supuestos en los que no es posible realizar una estimación global del precio de la obra o de alguna de las prestaciones involucradas<sup>427</sup>. Otra ventaja que se señala con respecto a este método es que establece una base justa para el cálculo del precio final, es decir, que atiende a los costes reales<sup>428</sup>.

C) Finalmente, el sistema de fijación del precio a margen fijo –*cost reimbursable, cost plus fee o cost fixed*- se configura calculando el importe de los costes reales –*cost*- y añadiendo una cantidad en concepto de honorarios de la ingeniería e impuestos –*fee*-<sup>429</sup>. Esta última cantidad se establece a modo de porcentaje sobre los costes reales de la obra.

Resulta aconsejable determinar *a priori* qué partidas constituyen los costes reales (materiales, subcontratistas o suministros). Además, debe pensarse que el porcentaje de retribución del contratista se ajustará según la estimación final de los costes reales<sup>430</sup>.

Este método se ha calificado como el más idóneo para conciliar los intereses de las partes<sup>431</sup>. Por un lado, el contratista garantiza un margen de beneficio sin riesgo a perderlo por error en la estimación del precio. Y, por otro, el cliente tiene la certeza de satisfacer ajustadamente los costes reales.

El recurso a este sistema resulta particularmente útil cuando no es posible determinar *a priori* una concepción detallada de la obra a realizar y la estimación global de su coste, bien por razones de urgencia y falta de tiempo o, bien porque la realización de un presupuesto exhaustivo conlleva un coste

---

<sup>426</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 79.

<sup>427</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 87.

<sup>428</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", cit., p. 241.

<sup>429</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", cit., p. 242.

<sup>430</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 86.

<sup>431</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 80.

económico muy elevado<sup>432</sup>. Sin embargo, este procedimiento de fijación del precio implica una labor de control de costes que el cliente suele encargar al ingeniero. Debe pensarse que, bajo este método, las partes no conocen el importe exacto del precio en el momento de la celebración del contrato<sup>433</sup>.

En este sistema, la responsabilidad por aumento de los costes corre a cargo del cliente. Por esta razón, las entidades financieras suelen oponerse a él. No obstante, pueden establecerse cláusulas para limitar esta responsabilidad o cláusulas resolutorias del contrato en caso de superar en un porcentaje pactado las previsiones iniciales<sup>434</sup>.

Normalmente, las partes tienen libertad para elegir el método de determinación del precio. Pero debe señalarse que esta libertad no se establece en términos absolutos y que en ocasiones está limitada. Los límites pueden venir impuestos por la misma naturaleza de la obra, que recomiende uno en particular como más apropiado. Pero también puede ocurrir que la ley sobre mercados públicos del Estado imponga una determinada modalidad, por lo que se refiere a la ejecución de obra pública<sup>435</sup>.

Además, debe pensarse que, con frecuencia, no se opta por uno sólo de los métodos citados, sino que se establece una fórmula mixta. Esta circunstancia se da, por ejemplo, en los contratos de ingeniería de dirección integrada (que reúne las prestaciones de la concepción del proyecto y otras posteriores de supervisión). Asimismo, también ocurre en aquellos contratos de ingeniería de procedimiento, en los que se produce la realización de los

---

<sup>432</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 240, HUBERT, A.: *Le contrat d'ingenierie...*, *cit.*, pp. 76 y ss. y BRABANT, A.: *Le contrat international...*, *cit.*, pp. 127 y ss.

<sup>433</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., *cit.*, p. 84.

<sup>434</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., *cit.*, p. 85.

<sup>435</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 73.

procedimientos de transferencia de tecnología<sup>436</sup>.

En el ordenamiento español, el precio se presenta como un elemento determinante del contrato y supone la contraprestación económica del cliente al contratista por la realización de la obra<sup>437</sup>, que debe efectuarse en el momento y lugar<sup>438</sup> de la entrega de la obra, entendida como su recepción<sup>439</sup>. La regulación general del Código civil español reconoce las dos modalidades de fijación del precio: a tanto alzado y por piezas o por unidad de medida<sup>440</sup>. En este sistema el precio se rige por el principio de invariabilidad del artículo 1593 del C.civ., si bien la jurisprudencia española admite su interpretación flexible y la inclusión en el contrato de cláusulas de revisión del mismo<sup>441</sup>. Tal y como ocurría en un supuesto relativo a un

---

<sup>436</sup> Vid. DELEUZE, J.: *Actualités de droit...*, cit., pp. 90 y ss.

<sup>437</sup> En la regulación española del contrato de obra se considera el precio como un elemento real del mismo –junto a la obra– cuya satisfacción supone la obligación principal para el cliente (Sentencias del TS, de 8 de abril de 1983, *RJA* 1983/2198, de 30 de enero de 1997, *RJA* 1997/149, y de 13 de marzo de 1997, *RJA* 1997/1934) del que se exige que sea cierto, esto es, susceptible de ser concretado, y no en el sentido de precio fijo (Sentencias del TS, de 30 de mayo de 1983, *RJA* 1983/2918, y de 21 de octubre de 1985, *RJA* 1985/4956). Vid. los arts. 1544, 1592, 1593 y 1599 del C.civ. español y el art. 6 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, publicada en el BOE, de 6 de noviembre de 1999. Esta Ley, si bien no regula el contrato de obra, sí refiere algunos aspectos de la edificación que inciden en él. Así, entre las modificaciones que introduce destaca la del artículo 1591 del C.civ. en materia de responsabilidad decenal –la responsabilidad civil derivada de los vicios o defectos de la construcción de los que producen la ruina de la obra, con un plazo de garantía de diez años y uno de prescripción de la acción de quince– que queda limitada a los daños materiales producidos en el edificio. La responsabilidad por estos daños, según el art. 17 de la LOE, será decenal –elementos estructurales–, trienal –requisitos de habitabilidad– o anual –acabados de la obra– y el plazo de prescripción para el ejercicio de estas acciones se establece en dos años. Vid. GARCÍA GIL, F.J.: *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 79 y ss.

<sup>438</sup> La jurisprudencia ha interpretado que, en ausencia de pacto entre las partes, el lugar del pago debe coincidir con el de realización de la obra (Vid. las Sentencias del TS, de 4 de junio de 1974, de 6 de octubre de 1979, *RJA* 1979/ 3326 y de 9 de julio de 1996, *RJA* 1996/5577 ).

<sup>439</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, Montecorvo, 1998, p. 245 y DÍEZ PICAZO, L.-GUYON BALLESTEROS: *Sistema de Derecho...*, cit., p. 436.

<sup>440</sup> Vid. art. 1592 y 1593 del C.civ. español.

<sup>441</sup> Vid. las Sentencias del TS, de 18 de abril de 1995, *RJA* 1995/ 3520, de 4 de abril de 1981, *RJA* 1981/1480, de 10 de junio de 1982, *RJA* 1982/ 3112 y de 21 de julio de 1993, *RJA* 1993/ 6104.

contrato que incluía las prestaciones de proyección, construcción de la estructura, mantenimiento y desmontaje de una exposición de tema histórico, concluido entre una sociedad de ingeniería y la asociación civil “Orígenes, arte y cultura de Asturias, siglos VII al XV”. La obra ejecutada aumentó considerablemente –muy por encima del 10% previsto en el contrato como variación- con respecto a la inicialmente proyectada, aumento que fue reconocido por el TS al considerar como consentimiento tácito, la no oposición del cliente<sup>442</sup>.

En el ámbito de la contratación pública, la fijación del precio se presenta expresamente como un requisito para la celebración de los contratos de las Administraciones Públicas<sup>443</sup>. Además, se establece que los contratos tendrán siempre un precio cierto que deberá expresarse en moneda nacional (incluso cuando se prevean pagos en moneda extranjera)<sup>444</sup>. Como regla general se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos<sup>445</sup> y se establece la posibilidad de realizar el pago de manera total o parcial mediante abonos en cuenta. En el caso concreto de los contratos de consultoría y asistencia, el sistema de determinación del precio se establece en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y éste puede consistir en precio unitario, como regla general, y, en caso de no resultar conveniente, se utilizará la modalidad de precio alzado o una combinación de ambos sistemas<sup>446</sup>. Lo mismo ocurre con respecto a los

---

<sup>442</sup> La excepción al citado principio de invariabilidad del precio en este supuesto llevó a la revisión total del precio alzado de la obra. La liquidación económica entre las partes llevó a pagar una cantidad final por la obra ejecutada y no prevista inicialmente, a la que se aplicó un 15% de beneficio industrial que es el usual en el ramo de la construcción, descontando los pagos ya realizados. *Vid.* la Sentencia del TS, de 3 de diciembre de 2001, *RJA* 2001/9924.

<sup>443</sup> *Vid.* el artículo 12.2.d. del TRLCAP. *Vid.* MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, *cit.*, p. 36.

<sup>444</sup> *Vid.* el artículo 14.1 del TRLCAP. *Vid.* FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, *cit.*, p. 36.

<sup>445</sup> *Vid.* el artículo 14.2 del TRLCAP.

<sup>446</sup> *Vid.* el artículo 202.2 del TRLCAP. Su Reglamento de desarrollo determina el sistema de fijación de precios para los contratos de consultoría y asistencia que concreta en tanto alzado, precio unitario, precio a margen fijo y por tarifas. *Vid.* el artículo 53 del Reglamento

contratos de obra para los que se califica de excepcional la utilización del sistema de determinación del precio a tanto alzado, entendiendo como sistema general el de precio unitario<sup>447</sup>.

#### 6.- Las obligaciones precontractuales de las partes

En este momento todavía no existe el contrato en sentido formal y se cuenta, únicamente, con una serie de documentos precontractuales. Pese a ello, la doctrina no duda en afirmar que las partes quedan vinculadas, o que de los documentos pueden derivarse algunas consecuencias jurídicas u obligaciones entre las partes. Entre ellas se cita el deber de información, el de confidencialidad, la actuación anticipada del contratista en el lugar de ejecución de la obra o la mala fe de alguna de las partes en la negociación.

En el sistema español de contratación pública se establece el deber de confidencialidad de la Administración con respecto de los datos aportados por los empresarios<sup>448</sup>. En este sentido, la declaración de nulidad de los actos preparatorios conlleva la nulidad del contrato (que entra en fase de liquidación), procediéndose a la devolución de las cosas entregadas o su valor equivalente y estableciendo una indemnización por daños y perjuicios para la parte culpable<sup>449</sup>.

En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta que la delimitación de la responsabilidad precontractual queda concretada por el Derecho aplicable

---

de la LCAP (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, publicado en el BOE, núm. 257, de 26 de octubre de 2001, con entrada en vigor el 26 de abril de 2002).

<sup>447</sup> *Vid.* el artículo 126 del TRLCAP.

<sup>448</sup> *Vid.* el artículo 12 del Reglamento de la LCAP.

<sup>449</sup> *Vid.* el artículo 65.1 del TRLCAP. *Vid.* AA.VV.: *Comentarios a la..., cit.*, p. 89.

que corresponda al caso<sup>450</sup>. En este sentido, nos encontramos con un problema de calificación de la responsabilidad precontractual (bien como una cuestión contractual, bien como extracontractual)<sup>451</sup> de la que depende la norma de conflicto a aplicar<sup>452</sup>. En el ordenamiento jurídico español habrá que optar por la normativa del Convenio de Roma, caso de tratarse de una materia contractual, o por la norma del 10.9 del Cc., caso de materia extracontractual. Pero es que, además, la responsabilidad precontractual presenta una problemática más allá de su calificación por el número de leyes reguladoras que acuden a su regulación por el fraccionamiento admitido en los contratos. De este modo, “la ‘responsabilidad precontractual’ no es una categoría susceptible de recibir un tratamiento conflictual unívoco”<sup>453</sup>. Así, pese a optar por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual su tratamiento conflictual no debe pasar, de forma rígida, por el régimen de las obligaciones extracontractuales, sino por el análisis caso por caso.

Este estudio casuístico implica asumir como regla general la ley del lugar donde se ha producido el hecho del que deriva el daño –la *lex loci*

---

<sup>450</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., pp. 63 y 64.

<sup>451</sup> Este problema de calificación también ha surgido, en el ámbito del *forum*, en relación con una cuestión prejudicial elevada al Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas en interpretación del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968. En este sentido, en un supuesto de compraventa internacional y *leasing* de una planta industrial de molduras, el TJCEE ha reconocido como obligación extracontractual y no contractual el deber de buena fe negocial precontractual, calificando la acción de responsabilidad por su incumplimiento de extracontractual. Vid. la Sentencia del TJCEE, de 17 de septiembre de 2002, núm. C-334/00, en el asunto *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinen Fabrik GmbH (HWS)*. En la misma línea y, en relación con un contrato de construcción, vid. la Sentencia de la *Cour de Cassation* belga, de 26 de abril de 2002, RGC 01.0296.F.

<sup>452</sup> Esta cuestión también ha sido abordada por la práctica arbitral en el ámbito del Derecho aplicable. En este sentido, en un supuesto relativo a un contrato de suministro e instalación de equipamiento industrial en India, celebrado entre una empresa alemana y otra indú, la cláusula de derecho aplicable del contrato remitía al Derecho suizo (que, como se observa, no presenta ningún vínculo con el contrato, garantizando la neutralidad). El árbitro estableció que la cláusula de elección del Derecho aplicable afectaba a todas las disputas derivadas del contrato, sin distinción entre las surgidas después de su conclusión y las derivadas del proceso de formación del mismo. Vid. asunto CCI núm. 9651/2000.

<sup>453</sup> Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La responsabilidad precontractual en D.I.Pr. español”, *REDI*, 1990, pp. 125-152, esp. p. 127.



*delicti commissi*- como una norma subsidiaria cuya aplicación sólo procede cuando se ha excluido la posibilidad de aplicar otra ley. A modo de ejemplos, la infracción de las obligaciones de cuidado general se regirán por la ley del lugar del hecho, mientras que la vulneración del deber de información se regularán por la ley del lugar de las negociaciones. Asimismo, la responsabilidad precontractual que lleve aparejada la impugnación del contrato se regirá por la *lex contractus*, si bien se permite la vía extracontractual en supuestos de “plena autonomía estructural”, como ocurre, por ejemplo, con la vulneración del deber de confidencialidad en las negociaciones. En conclusión, la heterogeneidad de la responsabilidad precontractual crea una situación de “ambivalencia conflictual”<sup>454</sup> que deberá ser concretada en cada supuesto.

#### *b.- Fase preparatoria del contrato*

La fase preparatoria de los contratos internacionales de ingeniería se desarrolla en el lapso de tiempo que separa dos momentos: el de la entrada en vigor del contrato y el del comienzo de la ejecución material de la obra.

En esta etapa se produce un acontecimiento de excepcional importancia que consolida jurídicamente todas las negociaciones que se han realizado con carácter previo. Tiene lugar la conclusión del contrato, que supone la existencia formal del mismo.

La remisión al contratista de la carta de aceptación -la denominada *letter of acceptance*-<sup>455</sup> por parte del cliente origina la conclusión del

---

<sup>454</sup> Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La responsabilidad precontractual en...”, *cit.*, p. 151.

<sup>455</sup> No obstante, en ocasiones se exige la firma de un documento entre el cliente y el contratista, sobre todo, cuando se refiere a mercados públicos y contratos que necesitan determinadas autorizaciones gubernamentales o parlamentarias. Y así lo prevé, por ejemplo, la cláusula 9.1 de las condiciones FIDIC.

contrato. Se trata de un documento formalizado por escrito que da lugar a la producción de plenos efectos jurídicos del contrato, es decir, su entrada en vigor<sup>456</sup>.

En el ordenamiento jurídico español se prevé para el ámbito de la contratación pública que los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación que realiza el órgano de contratación, con independencia del procedimiento utilizado<sup>457</sup>. La adjudicación debe notificarse a las partes y, a partir de este momento, existe un plazo de treinta días para la formalización del contrato a través de un documento administrativo<sup>458</sup>. La formalización del contrato es requisito necesario para poder iniciar la ejecución del contrato y su ausencia es causa de resolución del mismo<sup>459</sup>.

El libro naranja de la FIDIC establece una fecha específica para la entrada en vigor del contrato que denomina como fecha efectiva *-effective date*.

Las obligaciones del cliente en la fase preparatoria se concretan en el deber de asistencia<sup>460</sup> y de información, la realización de determinados trabajos preparatorios<sup>461</sup>, la puesta a disposición del contratista del lugar donde debe ejecutarse la obra<sup>462</sup> y la selección del personal. Asimismo, suele ser habitual que, una vez entra en vigor el contrato con la carta de aceptación, el cliente entregue al contratista un anticipo del pago del precio.

Por lo que se refiere a las obligaciones del contratista, éste tiene el

---

<sup>456</sup> Así se establece en las condiciones FIDIC y en los *Cahier FED* (art.37).

<sup>457</sup> *Vid.* el artículo 53 del TRLCAP. *Vid.* MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos...*, *cit.*, p. 162.

<sup>458</sup> *Vid.* el artículo 54.1 del TRLCAP.

<sup>459</sup> *Vid.* el artículo 54. 3 y 4 del TRLCAP.

<sup>460</sup> *Vid.* la cláusula 2.3 del *libro naranja* de la FIDIC.

<sup>461</sup> Trabajos preparatorios en el lugar de ejecución de la obra, como por ejemplo, la construcción de locales para el alojamiento de personal.

<sup>462</sup> En el sistema español de contratación pública se prevé, expresamente, la ocupación temporal de terrenos a favor del contratista. *Vid.* el artículo 143 de la LCAP.

deber de obtener los permisos y las licencias<sup>463</sup> necesarias<sup>464</sup>, así como la obligación de informar al cliente con la posibilidad de proporcionarle un programa de ejecución<sup>465</sup>. En ocasiones, el contrato concluido puede imponer, expresamente, al contratista, además de la proyección y la ejecución de la obra, la consecución de las licencias de obra necesarias<sup>466</sup>.

Además, realiza otras actividades como preparar el lugar de ejecución de la obra, concretar la subcontratación, proveerse de los materiales necesarios para la obra, de cuyo transporte es, además, responsable.

---

<sup>463</sup> La obtención de las autorizaciones administrativas para la ejecución del proyecto resulta tan relevante que, en ocasiones, se condiciona parte del pago del precio a la obtención de las mismas. Esto es lo que ocurrió en relación con un proyecto de ejecución de un campo de golf en Nueva Zelanda entre una empresa japonesa y otra neozelandesa. *Vid.* la Sentencia de la *Court of Appeal* de Nueva Zelanda, de 27 de noviembre de 2000, en el asunto *Hideo Yoshimoto v Canterbury Golf International Limited*, núm. (2000) NZCA 350.

<sup>464</sup> *Vid.* la cláusula 1.13 del *libro naranja* de la FIDIC. Asimismo, en el ordenamiento jurídico español, el sistema de contratación pública prevé la obligación para el cliente –el órgano de contratación– de facilitar la obtención de licencias para el contratista. *Vid.* el artículo 142.2 del del Reglamento de la LCAP *cit.* Existen Derechos internos –como ocurre en la legislación urbanística italiana– que permiten la deducción del importe empleado en la obtención del permiso. *Vid.* la Sentencia del TJCCEE, de 12 de julio de 2001, núm. C-399/98, en el asunto *Ordine degli Architetti delle Province de Milano e Lodi y otros y Comune di Milano* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>465</sup> *Vid.* la cláusula 4.14 del *libro naranja* de la FIDIC. En este sentido, el Reglamento de la LCAP prevé la obligación para el contratista de presentar un programa de trabajo de la ejecución del contrato de obra, cuando se establezca en el pliego de condiciones administrativas particulares y, además, el plazo de ejecución de la obra sea superior a un año. Para ello, se concede al contratista un plazo de treinta días desde la formalización del contrato. *Vid.* el artículo 144 del Reglamento de la LCAP. Asimismo, para el contrato de consultoría y asistencia, el Reglamento establece la obligación de presentar un programa de trabajo cuando se acuerde en el pliego de cláusulas particulares. *Vid.* el artículo 198 del Reglamento de la LCAP. Finalmente, el Texto se refiere, específicamente, a los ensayos y análisis de los materiales y la unidades de obra, las mediciones y las relaciones valoradas, que no se mencionan en el TRLCAP. *Vid.* el artículo 142.2 del Reglamento de la LCAP.

<sup>466</sup> En un supuesto de contrato para la proyección y ejecución de la obra civil, infraestructuras, equipamiento y mobiliario, así como dirección técnica, para la realización de un parque temático de ingenios hidráulicos, se establecía expresamente la obligación de obtener las licencias necesarias. Los problemas en su obtención y la ausencia de justificación de los gastos efectuados fueron, precisamente, el obstáculo principal para poder obtener las ayudas comunitarias de financiación. *Vid.* la Sentencia de la AP de Salamanca, de 11 de marzo de 2002, *RJA JUR* 2002/128326.

### *c.- Fase operativa*

La fase operativa de los contratos internacionales de ingeniería supone la ejecución material de la obra y su recepción. Esta etapa se inicia en el momento de comienzo de la obra y finaliza con la recepción definitiva de la misma, cuando ya se ha producido la transferencia de la propiedad del contratista al cliente.

Interesa, pues, distinguir dos subetapas en la fase operativa: por un lado, la ejecución de la obra –la más duradera en el tiempo- y que supone la realización material de la misma y, por otro, su recepción, que implica una serie de efectos jurídicos determinantes, como veremos.

#### 1.- La ejecución de la obra

El libro naranja de la FIDIC establece una fecha clave para el inicio de esta primera subetapa de la fase operativa, que denomina *commencement day*, y se concreta cuando el cliente ha dado la orden al contratista del comienzo de la obra.

En el ordenamiento jurídico español, el TRLCAP establece que la ejecución del contrato de obra se inicia con el acta de comprobación del replanteo que deberán firmar las partes<sup>467</sup>. El replanteo se define como el acto de trasladar lo que aparece en un plano a la realidad física del terreno para determinar la viabilidad del proyecto.

En este punto, la obligación principal del cliente supone el pago del

---

<sup>467</sup> Vid. el artículo 142 del TRLCAP.

precio<sup>468</sup>. Ésta es, sin dudas, la obligación por excelencia del cliente en el contrato que se concreta en este momento y que se configura como una subetapa denominada liquidación de la obra. Hemos visto cómo las partes negociaban la forma de pago del precio en la fase precontractual. Sin embargo, es ahora, en la fase operativa cuando se materializa el acto de pago. En otras ocasiones, la obligación del pago del precio se pospone a la recepción de la obra, como veremos<sup>469</sup>.

Las condiciones de pago aparecen establecidas en el contrato, donde se establece el método de fijación del precio, la moneda y el lugar del pago y el calendario establecido para el mismo<sup>470</sup>, si bien suele hacerse de forma fraccionada.

En el pago fraccionado, en primer lugar, el cliente entrega al contratista un anticipo del precio en el momento de entrada en vigor del contrato –fase preparatoria-. Este avance del pago en el momento de la conclusión del contrato internacional de construcción se ha consolidado de tal modo que ha sido calificado como un auténtico “uso del comercio”<sup>471</sup>. Además, cabe señalar que este anticipo cuenta con su propia garantía de devolución bajo un sistema de reducción progresiva, como se verá más adelante.

En el sistema español de contratación pública se prevé esta posibilidad de pago fraccionado en los contratos de obra. Así, una vez comenzada la ejecución, la Administración expedirá certificaciones mensuales de obra ejecutada que podrán abonarse en concepto de pagos a cuenta pero que, en

---

<sup>468</sup> La jurisprudencia española considera que el pago del precio supone la obligación principal para el cliente en un contrato de arrendamiento de obra. *Vid.* la Sentencia del TS, de 15 de marzo de 2002, *RJA* 2002/2844, la Sentencia de la AP de Zaragoza, de 5 de febrero de 2002, *RJA JUR* 2002/99973 y la Sentencia de la AP de Badajoz, de 7 de abril de 1999, *RJA JUR* 1999/4256.

<sup>469</sup> *Vid.* el artículo 99.4 del TRLCAP.

<sup>470</sup> Debe pensarse en la importancia de la fecha para la realización del pago, pensando, fundamentalmente, en los intereses y en el lugar del pago, que puede producir un movimiento de fondos sujeto a control de cambios.

<sup>471</sup> Asunto de la CCI núm. 3790/83.

ningún caso suponen aprobación o recepción de la obra. Asimismo, el contratista también tiene derecho al abono a cuenta del importe de las prestaciones preparatorias que deberán asegurarse mediante garantía<sup>472</sup>.

Posteriormente, una vez han comenzado las obras, el cliente entrega una serie de mensualidades al contratista. Las condiciones FIDIC establecen en su cláusula 14 una frecuencia de pago trimestral que puede controlar el ingeniero.

En último lugar, el cliente entrega al contratista una cantidad final después de la recepción de la obra. Se trata, en este caso, de una retención que realiza el cliente en garantía de una correcta ejecución. En la cláusula 60 de las condiciones FIDIC, esta entrega se fracciona, a su vez, en dos plazos, de modo que el cliente paga una mitad de la suma en el momento de la recepción de la obra, y otra, una vez ha transcurrido el periodo de garantía.

En cualquier caso, aunque se afirma que el cliente asume una posición menos activa en esta etapa, no puede dejarse de lado que cuenta con las facultades de dirección de los trabajos y de modificación de la obra.

En esta fase operativa, nos encontramos con el núcleo duro de las obligaciones del contratista, que debe realizar todas las actividades destinadas a la construcción de la obra. Se trata, en este caso, de la obligación principal del contrato y, por ende, de la prestación característica del contrato de ingeniería, relevante en materia de Derecho aplicable (siempre, claro está, en los casos en los que concurre la prestación de la construcción, esto es, la ingeniería comercial u operativa). Por lo que se refiere a los contratos de ingeniería consultora –donde no se realiza la obra– su ejecución debe hacerse de acuerdo con lo establecido en el contrato y, en el caso de TRLCAP español, bajo la interpretación de la Administración. En

---

<sup>472</sup> Vid. el artículo 145.1 y 2 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 103.

estas ocasiones, el contratista es responsable de la calidad técnica de su prestación y responde de las consecuencias de los errores u omisiones en la ejecución<sup>473</sup>.

Esta obligación principal del contratista se centra en la dirección de los trabajos, el suministro de tecnología, personal, maquinaria y materiales, la construcción material de la obra, y todo lo necesario para su ejecución<sup>474</sup>. En este sentido, el deber del contratista sobre la obra se desdobra, a su vez, en una serie de obligaciones muy relacionadas entre sí. La primera se refiere a la obligación de terminarla. La segunda se plasma en que debe completarla, sin vicios, ni defectos, atendiendo a las indicaciones del contrato sobre las características de la obra. Y en tercer lugar, el contratista está obligado a cumplir los plazos establecidos para la realización de la misma, tanto el referido a la entrega final, como los relativos al cumplimiento progresivo de los diferentes trabajos<sup>475</sup>. La entrega de la obra en las condiciones pactadas es una obligación del contratista cuya inobservancia puede dar lugar a responsabilidad por incumplimiento contractual e indemnización por daños y perjuicios<sup>476</sup>.

El sistema español de contratación establece la obligación para el contratista del cumplimiento de los plazos establecidos para la ejecución del contrato, tanto el general, como los parciales para la ejecución sucesiva<sup>477</sup>. Asimismo, se impone el principio de riesgo y ventura que supone la obligación para el contratista de ejecutar la obra asumiendo los riesgos

---

<sup>473</sup> Vid. el artículo 211.1 y 2 del TRLCAP. . Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 172.

<sup>474</sup> “Todo lo que sea necesario” para su ejecución es, precisamente, lo que se establece literalmente en la cláusula 8.1 de las condiciones FIDIC.

<sup>475</sup> Vid. WERZ, J.C.: *Delay in Construction Contracts*, Freiburg, 1994, Universität Freiburg Schweiz, p. 13.

<sup>476</sup> Vid. la Sentencia del TS, de 20 de noviembre de 2001, RJA 2001/9461.

<sup>477</sup> Vid. el artículo 94 del TRLCAP. Vid. MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, cit., p. 89.

derivados de la misma, salvo los casos de fuerza mayor<sup>478</sup>. Tanto es así que se prevé una indemnización por daños y perjuicios a terceros que deberá realizar el contratista por operaciones derivadas de la ejecución<sup>479</sup>.

La fase de ejecución finaliza con la terminación de la obra que supone la realización de todos los trabajos necesarios para el funcionamiento de la obra que permiten su entrega o puesta a disposición del cliente, y que se acredita mediante el certificado de final de obra<sup>480</sup>.

## 2.- La recepción de la obra

La recepción de la obra, por su parte, se manifiesta como la segunda subetapa de la fase operativa. Así, una vez terminada la ejecución material de la obra, el contratista debe entregarla<sup>481</sup>, en el sentido de ponerla a su disposición<sup>482</sup>, al cliente que la aceptará, en el sentido de aprobar sus cualidades y características<sup>483</sup>. Nos encontramos con un momento decisivo, la recepción de la misma, pues es cuando se produce la transferencia de la

---

<sup>478</sup> Vid. el artículo 98 del TRLCAP.

<sup>479</sup> Vid. el artículo 97 del TRLCAP.

<sup>480</sup> La terminación de la obra se define como el momento de la ejecución en el que se han dado cumplimiento a todos los requisitos físicos y técnicos exigidos en los planos y proyectos que hagan a la obra útil para el fin que encargó el cliente, o en su defecto, el de los usos comerciales o mercantiles. Vid. GARCÍA CONESA, A.: *Derecho de la construcción*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 302.

<sup>481</sup> La entrega de la obra es una obligación del contratista. En el sistema español no hay una reglamentación específica para la entrega de la obra, así que, acudiendo al régimen general de obligaciones del Código civ.-arts. 1113 y ss.-, son las partes las que deciden el momento y el lugar de la misma. En caso de ausencia del mismo, la entrega se supedita a la aceptación de la obra por el cliente, si bien lo habitual es que la entrega se realice con anterioridad a la recepción de la misma y en el lugar de realización de la obra –tal y como se presume en el artículo 6 de la LOE-. Vid. MARTÍNEZ MÁZ, F.: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 54.

<sup>482</sup> La entrega de la obra supone el desplazamiento de la posesión de la obra del contratista al cliente. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *El contrato de...*, cit., p. 128 y MARTÍNEZ MÁZ, F.: *La terminación, entrega...*, cit., p. 55.

<sup>483</sup> Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al Código...*, cit., p. 258.



propiedad y la transmisión del riesgo del contratista al cliente.

La recepción de la obra supone la aceptación de la misma por el cliente, después de comprobar *in situ* el buen estado de la obra tras su ejecución y su adecuación a los planos.

En el sistema español la recepción se define como el acto por el cual el contratista, una vez terminada la obra hace entrega de la misma al cliente y es aceptada por éste<sup>484</sup>. La recepción se presenta como un acto jurídico que comprende la verificación y la aprobación de la obra<sup>485</sup>. En el ámbito de la contratación pública, la recepción de la obra por la Administración supone la constatación formal del cumplimiento del contrato por el contratista<sup>486</sup>. Las certificaciones de recepción son determinantes para el contenido obligacional de la Administración como cliente puesto que, a partir de este momento, tiene la obligación de abonar el precio en un plazo de dos meses<sup>487</sup>.

Con respecto al contenido obligacional, el cliente debe acceder a la aceptación de la obra, teniendo en cuenta que éste puede realizar una serie de verificaciones tendentes a comprobar que la obra se ajusta a las especificaciones y establecer algunas reservas que deberán ser atendidas por el contratista.

El contratista, por su parte, está obligado a realizar las pruebas mecánicas, de funcionamiento y de rendimiento, así como a llevar a cabo las modificaciones o reparaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la obra, a la luz de los resultados de las pruebas ejecutadas. Finalmente, y dependiendo del tipo contractual específico ante el que nos encontremos,

---

<sup>484</sup> Vid. los arts. 1592 y 1598 del C.civ. y el art. 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, *cit. supra*.

<sup>485</sup> Vid. DEL ARCO TORRES: Derecho de la construcción: aspectos administrativos, civiles y penales, Granada, Comares, 2002, p. 307.

<sup>486</sup> Vid. el artículo 110.1 y 2 del TRLCAP.

<sup>487</sup> Vid. el artículo 99.4 del TRLCAP.

pueden incluirse las obligaciones de asistencia técnica, concretada, fundamentalmente, en el mantenimiento y la formación del personal local.

Una vez finalizada la verificación tiene lugar la aprobación de la obra que es el acto jurídico determinante en el proceso de recepción de la misma. A través de la aprobación, el cliente manifiesta su conformidad con la prestación del contratista y queda obligado a recibir la obra y pagar el precio<sup>488</sup>. La aceptación se formaliza por escrito a través de un documento en el que debe constar la declaración de aceptación, el coste total y la fecha del certificado final de obra<sup>489</sup>.

La recepción de la obra puede realizarse de diversas modalidades, a saber, recepción total o parcial, expresa o tácita y provisional y definitiva. Ésta última distinción ha suscitado un notable debate doctrinal sobre los efectos jurídicos que conlleva, sobre todo, en materia de riesgos<sup>490</sup>. La recepción provisional resulta complementaria a la recepción definitiva<sup>491</sup> y abre un periodo de garantía condicional en la que el contratista es responsable por vicios y defectos de la obra aparentes y ocultos frente al cliente<sup>492</sup>. Posteriormente, la recepción definitiva implica la transmisión de los

---

<sup>488</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *El contrato de...*, cit., p. 54. Además, la jurisprudencia española mantiene que la recepción de la obra implica la obligación para el cliente del pago del precio (vid. las Sentencias del TS, de 22 de marzo de 1997, RJA 1997/ 2189, de 8 de octubre de 1994, RJA 1994/ 876 y de 8 de abril de 1983, RJA 1983/ 2198).

<sup>489</sup> Arts. 6 y 9 de la LOE.

<sup>490</sup> La transmisión de la propiedad de la obra se sitúa de modo general en el momento de la recepción. Con todo, debe señalarse la existencia de disquisiciones en la doctrina española en torno al momento y el modo de la transmisión de la propiedad en estos contratos. Por un lado, la teoría de la adquisición originaria de la obra por la que el cliente es el propietario de la obra desde sus inicios por accesión al terreno –art. 368 C.civ.-. Y, por otro, la teoría de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra, bajo la que el contrato es el título de transmisión y la entrega el modo de la misma –arts. 609 y 1095 del C.civ.-. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *El contrato de...*, cit., p. 202, DÍEZ PICAZO, L.: *Posesión y contrato de obra*, Madrid, Estudios de Derecho civil, 1978, p. 246 y GARCÍA CONESA, A.: *Derecho de la...*, cit., p. 310. Con todo y, pese a la estrecha relación existente entre la entrega y la recepción de la obra, la doctrina mayoritaria entiende que la entrega produce la transmisión de la propiedad y la recepción el traspaso de los riesgos.

<sup>491</sup> La recepción de las obras en dos fases es lo que se denomina en los *Cahier FED* sistema de recepción doble.

<sup>492</sup> Vid. DÍEZ PICAZO, L.-GUYON BALLESTEROS: *Sistema de Derecho...*, cit., p. 128.

riesgos del contratista al cliente<sup>493</sup>.

La jurisprudencia española reciente avala esta afirmación pues determina que la aceptación provisional de la obra es indicativa de su recepción. Y añade que, en general, y salvo lo expresamente pactado, sólo la recepción definitiva tiene efectos liberatorios para el contratista<sup>494</sup>. La correcta puesta en funcionamiento de la obra, en los supuestos de instalaciones de plantas industriales, es el elemento que implica la recepción definitiva. Así lo establece la jurisprudencia española en relación con un contrato de obra “llave en mano” para la instalación de una planta industrial para la producción de ácido oxálico, que se entregó, pero que no llegó a funcionar<sup>495</sup>. De modo que si se produce la entrega de la obra en condiciones que no permiten su correcto funcionamiento, según afirma el TS español, “nunca se recepciona definitivamente una obra que jamás llegó a funcionar”<sup>496</sup>.

Una de las consecuencias jurídicas más importantes de la recepción es, precisamente, que a partir de este momento empieza a transcurrir el periodo de garantía. En este sentido habría que distinguir entre la responsabilidad contractual que suele establecerse en el contrato, normalmente un año, y la responsabilidad legal, que depende del Derecho aplicable al contrato y varía de un sistema jurídico a otro (aunque la responsabilidad contractual esté fijada en el contrato, también depende del Derecho aplicable, como pacto

---

<sup>493</sup> En el sistema español la transmisión de riesgos se fundamenta en los artículos 1589 y 1590 del C.civ. –referidos a los fortuitos o los derivados de causa mayor (art. 1105 del C.civ.)- puesto que, si se producen daños imputables al contratista, el cliente podrá reclamar daños y perjuicios con base en la responsabilidad contractual –arts. 1101 y 1124 del C.civ.-. En este sentido, *vid.* la Sentencia del TS, de 15 de junio de 1994, *RJA* 1994/4925.

<sup>494</sup> *Vid.* las Sentencias del TS, de 14 de febrero de 2003, *RJA* 2003/1019 y de 12 de diciembre de 2002, *RJA* 2002/10743.

<sup>495</sup> La utilización de un contrato llave en mano para la instalación de una planta industrial se ha calificado por la jurisprudencia española como habitual, definiendo el contrato llave en mano como “aquella modalidad de contrato de ingeniería en virtud del cual la empresa de ingeniería se compromete a instalar y entregar una fábrica o planta industrial”. *Vid.* la Sentencia de la AP de Navarra, de 30 de abril de 2002, *RJA JUR* 2002/173967.

<sup>496</sup> *Vid.* la Sentencia del TS, de 20 de noviembre de 2001, *RJA* 2001/9461.

contractual que es -autonomía material-). Así, en el ordenamiento jurídico español, en caso de vicios, con anterioridad a la recepción definitiva, el contratista responde, frente al cliente, bajo el régimen general de la responsabilidad contractual –arts. 1101 y 1124 del C.civ.- y, frente a un tercero, por responsabilidad extracontractual –art. 1902 del C.civ.-. La recepción, pues, libera al contratista frente al cliente de los vicios o defectos aparentes que no se denuncien hasta ese momento<sup>497</sup>. Además, la recepción marca el momento en que se inicia el plazo de garantía de la responsabilidad decenal –art. 1591 del C.civ.-<sup>498</sup>

En el sistema español de contratación pública, el TRLCAP establece que el periodo de garantía no podrá ser inferior a un año y se concretará en el pliego de cláusulas administrativas particulares<sup>499</sup>. Posteriormente, si se produce ruina por vicios ocultos imputables, éste responderá por daños y perjuicios durante un plazo de quince años a partir del momento de la recepción<sup>500</sup>.

Finalmente, una vez terminado el periodo de garantía, debe emitirse un certificado de terminación completa de la obra y de reparación de vicios, documento que pone fin, definitivamente, al contrato, según la FIDIC<sup>501</sup>.

## **E.- El factor tiempo como elemento consustancial**

---

<sup>497</sup> *Vid.*, en este sentido, las Sentencias del TS de 7 de diciembre de 1996, de 10 de julio de 1995, de 16 de junio de 1994 y de 12 de julio de 1994.

<sup>498</sup> *Vid.* DÍEZ PICAZO, L.-GUYON BALLESTEROS: Sistema de Derecho..., cit., p. 443 y SÁNCHEZ CALERO, F.J.: El contrato de..., cit., p. 79 y ABASCAL MONEDERO, P.J.: Responsabilidad por vicios de la construcción. Análisis del artículo 1591 del Código civil, Madrid, Civitas, 1999.

<sup>499</sup> *Vid.* el artículo 147.3 del TRLCAP.

<sup>500</sup> *Vid.* el artículo 148 del TRLCAP. *Vid.* FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 136.

### a.- Un contrato de larga duración

Uno de los elementos primordiales comunes a los contratos internacionales de ingeniería es el referido a su larga duración, un contrato a largo plazo<sup>502</sup>, también denominado “a largo término”<sup>503</sup> “por naturaleza”<sup>504</sup>.

Desde su origen, podemos apuntar las dificultades en las negociaciones para la elaboración de un contrato complejo de gran importancia económica que, como puede preverse, requerirán su tiempo. Asimismo, es evidente que la realización del objeto del contrato, una obra con frecuencia de grandes dimensiones, exige un largo lapso de tiempo para su ejecución. Teniendo en cuenta las diversas fases del contrato, negociación, concepción y ejecución, estamos hablando en tiempo de varios años<sup>505</sup>. En el ámbito internacional de la construcción la regla general puede ser tres, siete o más años para la realización de un proyecto<sup>506</sup>.

En consecuencia, y para evitar problemas en la realización de la obra, es aconsejable la combinación en el contrato de una especificación técnica pormenorizada y detallada en los planos. Para ello, se requiere un ánimo de cooperación *inter partes* para la resolución de incidentes que, eventualmente, surjan, o para la modificación de determinadas condiciones o términos del contrato.

---

<sup>501</sup> Cláusula 62 de las condiciones FIDIC.

<sup>502</sup> Es lo que BRABANT denomina “*contrat à ‘long terme’*” como rasgo esencial en estos contratos. *Vid.* BRABANT, A.: *Le contrat...*, *cit.*, pp. 80-82.

<sup>503</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 152. Asimismo, *vid.* LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 244.

<sup>504</sup> *Vid.* NICKLISCH, F.: “Sales Contracts against...”, *cit.*, p. 254.

<sup>505</sup> La doctrina coincide en señalar esta circunstancia de modo unánime, *vid.* entre otros, SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 285. Igualmente, *vid.* MOLINEAUX, CH.: “Moving Toward a...”, *cit.*, p. 58. Asimismo, *vid.* NICKLISCH., F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254. Y, también, *vid.* LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 244.

<sup>506</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 152.

El carácter de larga duración de estos contratos también se prevé en el ordenamiento jurídico español, en el ya mencionado TRLCAP. Así, la duración prevista para los contratos de consultoría y asistencia es de dos años con posibilidad de prórroga hasta cuatro años<sup>507</sup>. Y, en este sentido, se prevé un plazo superior cuando se trate de contratos complementarios a los de obra que podrán extenderse tanto tiempo como el contrato principal<sup>508</sup>.

#### *b.- La mutabilidad del contrato*

Todo este cúmulo de circunstancias nos lleva a reflexionar sobre una de las cuestiones más problemáticas, así como interesantes en esta materia, que viene constituida por la mutabilidad del mismo contrato.

La complejidad del contrato, unida a su larga duración, ofrece una susceptibilidad muy considerable al cambio de circunstancias. Es decir, pueden darse elementos modificativos de toda índole, que afecta a aspectos diversos de la relación. Pensemos en cambios en el mercado de la construcción, alteración de precios o modificaciones en las legislaciones; o en el plano técnico, debido a la introducción de innovaciones tecnológicas durante el transcurso de la ejecución del contrato. Del mismo modo, pueden darse modificaciones de las especificaciones técnicas por ajustes de presupuesto u otras circunstancias.

De esta situación derivan, como veremos más adelante, consecuencias jurídicas que se plasman, en el propio contrato, previendo cláusulas de variación de determinadas circunstancias<sup>509</sup>. Por esta razón, cuando se hace

---

<sup>507</sup> Vid. el artículo 198.1. del TRLCAP. Vid. AA.VV.: *Comentarios a la..., cit.*, p. 234.

<sup>508</sup> Vid. el artículo 198.2 del TRLCAP.

<sup>509</sup> La doctrina añade "las circunstancias son susceptibles de cambiar y de afectar al equilibrio de las condiciones contractuales. Es necesario, pues, insertar cláusulas de revisión

referencia a esta característica de los contratos internacionales de construcción -su larga duración-, se asocia a la idea de su falta de concreción, pese a la especificación técnica y documental a la que se ha hecho referencia . Es decir, se señala como consecuencia de su larga duración, que en estos contratos no nos encontramos ante una precisión exhaustiva de todos los términos contractuales sino que muchos aspectos se van concretando durante la ejecución del contrato y, consecuentemente, esto también afecta al precio<sup>510</sup>. De tal modo que los contratos de construcción se presentan generalmente dotados de un carácter básico, con una estructura calificada de “skeleton”, con unas condiciones que, generalmente, no se hallan específicamente detalladas en ellos<sup>511</sup>.

Las consecuencias jurídicas y económicas de un contrato a largo plazo son determinantes. Debe pensarse, por ejemplo, en el aumento del riesgo que afecta a todos los aspectos del contrato y las partes interesadas<sup>512</sup>. Lo vemos, como muestra, respecto de los contratos internacionales de suministro de materias primas. En estos casos, los cambios de circunstancias en la evolución del mercado suelen, no sólo agravar la situación de una de las partes en el contrato, sino, correlativamente, beneficiar a la otra. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los contratos internacionales de construcción, en los que estos cambios de circunstancias suelen afectar negativamente sólo al contratista, sin producir ventajas para la otra parte. Esta particularidad deberá ser tenida en cuenta en la configuración de las cláusulas de revisión del contrato<sup>513</sup>.

---

del contrato”. Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 244.

<sup>510</sup> Las consecuencias de la larga duración del contrato inciden directamente en el cambio de circunstancias que lleva a firmar que “*el carácter a largo plazo de estos contratos lleva a situaciones en las que la producción de variaciones se plantea como una necesidad, bien sea por razones técnicas o legales, o incluso, porque el cliente cambie de opinión*”. Vid. NICKLISCH., F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254.

<sup>511</sup> Vid. NICKLISCH., F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254.

<sup>512</sup> Vid. MOLINEAUX, CH.: “Moving Toward a...”, *cit.*, p. 58.

<sup>513</sup> La doctrina coincide en señalar esta circunstancia de modo unánime, *vid.* entre otros,

El carácter de larga duración de este tipo contractual también obliga, como ocurre en la consideración del rasgo de la pluralidad de sujetos, a recurrir al factor de la cooperación entre las partes durante la duración completa del contrato<sup>514</sup>. Este elemento afecta a la resolución de controversias en la que, como veremos más adelante, se utiliza el denominado arbitraje de adaptación para ajustar el contrato a las nuevas circunstancias.

En el sector de la contratación pública del ordenamiento español, el ya citado TRLCAP otorga a la Administración –concretamente, al órgano de contratación- la facultad de modificar los contratos (además de su interpretación y resolución) por razones de interés público, a través de acuerdo que ponen fin a la vía administrativa y que son inmediatamente ejecutivos, si bien se da audiencia al contratista en el expediente que los tramita<sup>515</sup>. Para la adopción de estos acuerdos por las entidades públicas estatales se requiere un informe previo del servicio jurídico, salvo para los supuestos de garantías y prórrogas o demoras<sup>516</sup>. No obstante, el informe será preceptivo cuando la modificación sea superior a un 20% del importe del contrato y éste igual o superior a 6.010.121,04 euros<sup>517</sup>. Cuando se trate de esta cuantía y la alteración se sitúe en el 10% del montante del contrato – o 30% en la sustitución de unidades- se exigirá un informe a la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda sobre contenido presupuestario<sup>518</sup>.

---

SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 285.

<sup>514</sup> Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, pp. 152-153. Se habla de “*un marcado grado de cooperación*” entre el cliente, sus consejeros, el contratista y los subcontratistas, que se subraya como una consecuencia de su carácter de larga duración. Vid. NICKLISCH., F.: “Sales Contracts...”, *cit.*, p. 254.

<sup>515</sup> Vid. el artículo 59.1 del TRLCAP. Vid. MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos...*, *cit.*, p. 167 y MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto...*, *cit.*, p. 57.

<sup>516</sup> Vid. el artículo 59.2 del TRLCAP.

<sup>517</sup> Vid. el artículo 59.3 del TRLCAP.

<sup>518</sup> Vid. el artículo 101.3 del TRLCAP. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo de...*, *cit.*, p. 202.



La facultad de modificación del contrato reconocida al órgano de contratación se somete a la concurrencia de “necesidades nuevas o causas imprevistas”<sup>519</sup> que deberán justificarse en el expediente. Las formalidades exigidas para la modificación del contrato son las mismas que para su formalización<sup>520</sup>. Y en este sentido, el Texto legal establece disposiciones relativas a la revisión de precios que se desarrollarán más adelante<sup>521</sup>. Por lo que se refiere a la modificación de los plazos de entrega, la Ley sólo la prevé cuando la demora del contratista se deba a causas que no le sean imputables, situación en la que la Administración otorgará un plazo igual al tiempo perdido o menor, si es que así lo solicita el contratista<sup>522</sup>.

### **III.- Tipología del contrato de ingeniería**

#### **1.- La revisión de la distinción tradicional entre consulting engineering y commercial engineering**

Actualmente, los servicios prestados por las sociedades de ingeniería ya no se refieren, únicamente, a la prestación de una actividad intelectual, sino que pueden abarcar todos los estadios del funcionamiento de un proyecto industrial: desde su concepción hasta su explotación. Y no sólo desde el punto de vista de favorecer la industrialización de los países en

---

<sup>519</sup> Vid. el artículo 101.1 del TRLCAP.

<sup>520</sup> Vid. el artículo 101.2 del TRLCAP.

<sup>521</sup> Vid. los artículos 103-108 del TRLCAP. Vid. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios...*, cit., p. 164 y ss.

<sup>522</sup> Vid. el artículo 96.2 del TRLCAP. Cabe añadir que la demora por causas imputables al contratista da opción a la Administración para la resolución del contrato o por la imposición de penalizaciones diarias previstas en la Ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Vid. el artículo 95.3 del TRLCAP.

vías de desarrollo, a través de las modalidades “en mano”, sino también, en la realización de proyectos en los países desarrollados, mediante los proyectos B.O.T. En ambos casos, la clave de su implantación supone la limitación del riesgo económico en empresas de gran envergadura económica<sup>523</sup>, en los que, normalmente, el cliente suele ser un Estado.

En cualquier caso, el dinamismo del ámbito de la ingeniería internacional es tal que no puede perderse de vista “que la heterogeneidad y la multiplicidad de las situaciones contractuales posibles es tal que todo ensayo de clasificación sería, *a priori*, bastante arbitrario”<sup>524</sup>. En consecuencia, la clasificación no pretende ningún tipo de limitación para la inclusión de nuevas modalidades contractuales que puedan darse.

Finalmente, conviene insistir en que la configuración actual del contrato de ingeniería es consecuencia de su particular evolución. Este contrato “ha surgido como fenómeno contractual caracterizado por la conjunción de la actividad de proyección con otras de tipo gestión, recuperando, sólo en una fase más evolucionada, la actividad de la construcción que, con anterioridad, habría formado parte de un contrato típico de obra”<sup>525</sup>.

#### **A.- El esquema clásico: proyección *versus* ejecución de la “obra”**

Tradicionalmente, se han clasificado los contratos de ingeniería en dos modalidades: ingeniería consultora *-consulting engineering-* e ingeniería

---

<sup>523</sup> En estos macroproyectos omnicomprensivos de todas las prestaciones a realizar, la doctrina se refiere a la pérdida de control de la operación por parte del cliente, pero no lo hace de forma crítica al reconocer la disminución del riesgo económico en lo que han dado en denominar “*control versus limitation of risks*”, vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 312.

<sup>524</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat...*, *cit.*, p.72.

<sup>525</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, *cit.*, p. 50.

comercial -*commercial engineering*-, también denominada operativa<sup>526</sup>.

De modo general, la modalidad *consulting engineering* hace referencia a la tradicional realización de actividades relativas a los estudios de viabilidad, diseño y realización de planos, organización y asistencia técnica, pero excluyendo la ejecución de la obra, en sentido estricto<sup>527</sup>.

Asimismo, el *commercial engineering*, añade la prestación de la ejecución de la obra, hasta el punto de implicar, incluso, en sus modalidades más amplias, la realización integral con la fabricación del producto o su comercialización<sup>528</sup>.

En consecuencia, la diferencia fundamental radica en la inclusión o exclusión de la ejecución de la obra <sup>529</sup>.

La proliferación de los tipos contractuales, que parece haber superado la tradicional concepción bipartita, exige la revisión de la clasificación tradicional<sup>530</sup>. En efecto, en la práctica nos encontramos con un número considerable de modalidades del contrato de ingeniería que pueden incardinarse, indistintamente, en una u otra categoría. La aparición en los últimos años de nuevas modalidades del contrato de ingeniería supone, pues, una importante evolución en la materia que debe ser sometida a análisis añadiendo los elementos que surjan.

---

<sup>526</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416.

<sup>527</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, cit., p. 40.

<sup>528</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 28-29.

<sup>529</sup> En este sentido, vid. ALPA G.: "il contratto d'engineering...", cit., p. 32, CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, cit., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 99 y DRAETTA, U. Y OTROS: "Il contratto internazionale d'appalto", Milan, EGEEA, 1992, p. 67.

<sup>530</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 3.

## B.- Una nueva categoría: *process engineering*

Recientemente, se ha incluido una tercera vía o criterio de clasificación que otorga el protagonismo a la realización de los procedimientos de transferencia de tecnología. Esto es así, hasta el punto de conformarse como una tercera categoría, denominada como *process engineering* - traducido como ingeniería de procedimiento<sup>531</sup>-.

En estos casos, se haría referencia a aquellos contratos de ingeniería que, por la complejidad técnica del proceso de producción, incluyen la realización tecnológica del procedimiento<sup>532</sup>, cuyo objeto se concreta en la “transmisión de los procedimientos necesarios para la construcción del establecimiento y su funcionamiento”<sup>533</sup>.

De esta forma y a modo de clasificación puede hacerse referencia, 1) en primer lugar, al *consulting engineering* o la ingeniería consultora. 2) En segundo término, el *contracting engineering*, que incluiría la prestación de la ejecución de la obra civil, y que se ha citado como *commercial engineering*, ingeniería operativa o ingeniería de construcción. 3) Y, finalmente, *process engineering*, referido a la realización del procedimiento de transferencia de tecnología, basado normalmente en contratos de licencia de patentes y de *know how*<sup>534</sup>.

La importancia de la transferencia de tecnología en esta clasificación lleva a la consideración de incluir los contratos de ingeniería consultora y de ingeniería de procedimiento como modalidades del contrato de transferencia

---

<sup>531</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 99.

<sup>532</sup> Vid. DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, cit., p. 112.

<sup>533</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416.

<sup>534</sup> Clasificación propuesta, en términos idénticos, por DELACOLLETTE y MEDINA DE LEMUS. Vid. DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, cit., p. 112 y MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416.

de tecnología, excluyendo de los mismos la modalidad de *contracting engineering*<sup>535</sup>.

## **2.- Las distintas modalidades del contrato de ingeniería**

No cabe duda de que la clasificación clásica puede mantenerse, si bien de forma ampliada e introduciendo ciertas modificaciones: a saber, ampliando su contenido y añadiendo otros elementos que impone la práctica comercial<sup>536</sup>. De hecho, tanto la doctrina, como las asociaciones profesionales siguen utilizando, si no exclusivamente, sí habitualmente, estos criterios<sup>537</sup>. Sobre todo, dada su compatibilidad con las nuevas exigencias de clasificación y su contribución a unificar posiciones sin renunciar a la evolución.

De modo que, como veremos a continuación, puede hacerse referencia a la ingeniería consultora, la ingeniería comercial u operativa y la ingeniería de procedimiento. Clasificación que responde simultáneamente a dos criterios. Por un lado, se trata de distinguir las diferentes modalidades de ingeniería atendiendo a su contenido obligacional, en el sentido de distinguir claramente cuál debe ser la función y el objeto de cada una de ellas. Y, por otro lado, también se trata de la cronología de una evolución en la presencia de los servicios de la ingeniería en el ámbito del comercio internacional.

---

<sup>535</sup> Vid. DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, cit., p. 112.

<sup>536</sup> Vid. MÍNGUEZ PRIETO, R.: "El contrato de ingeniería", CDC, 1998, pp. 159-189, p. 166.

<sup>537</sup> Desde el punto de vista de la FIDIC, las modalidades de *consulting engineering* o ingeniería consultora, se han reunificado en un sólo texto. Así, los contratos tipo de la FIDIC *International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Preinvestment Studies (IGRA 1979 PI)*, *International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Design & Supervision (IGRA 1979 DS)* y *International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Project Management (IGRA 1980 PM)*, han sido refundidos en 1990 con otras modalidades contractuales del *engineering consulting* en el denominado *white book*: que no es sino el *Client & Consulting Model Services Agreement*.

## **A.- Ingeniería consultora -*Consulting engineering* -**

El contrato de ingeniería consultora se ha definido como aquél en el que “la empresa de ingeniería consultora se obliga frente al cliente a actuar como consejera técnica ‘para establecer los planos y especificaciones del proyecto, examinar las propuestas de los empresarios y suministradores que ejecutarán los trabajos, así como para inspeccionar y supervisar esos trabajos’ todo ello a cambio de un precio”<sup>538</sup>. Se trata de una modalidad que tiene por objeto prestaciones de carácter intelectual que presentan similitudes con la prestación de servicios, como son la elaboración de planos o proyectos<sup>539</sup>.

Según la prestación específica a la que se haga referencia se determina un grado distinto de responsabilidad, bien se trate de prestación de servicios, o bien de medios. Así, este tipo de prestaciones ligadas al ejercicio profesional suele considerarse como obligaciones de medios y no de resultados. Sobre todo, en lo que se refiere a la realización de planos como actividad intelectual, que sólo revierte en obligación de resultado cuando la ejecución se confía, asimismo, al proyectista. En cuyo único caso, podría imputársele la responsabilidad por vicios y defectos.

En la ingeniería consultora, la responsabilidad por el resultado de la obra no es imputable al ingeniero proyectista, cuya prestación finaliza con la conclusión de los planos o del asesoramiento. Con todo, algún autor entiende, no obstante, que nos encontramos ante una obligación de

---

538 Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 99 y la Guide pour la rédaction de contrats internationaux d'ingénierie-conseil y compris certains aspects connexes d'assistance technique, Nueva York, Naciones Unidas, 1983 (ECE/TRADE/145, núm. F.83.II.E.3), pp. 1 y 2.

539 Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416.

resultado, en cuanto que la realización del proyecto se constituye como un contrato de obra inmaterial<sup>540</sup>.

En cualquier caso, en estas modalidades, pueden incluirse las prestaciones relativas a la proyección, la supervisión y la dirección. Y se excluyen las actividades de construcción, suministro de materiales y ejecución de los procedimientos relativos a la transferencia de tecnología. Fundamentalmente las prestaciones comprendidas en esta modalidad se concretan en la proyección, asesoría, supervisión y organización<sup>541</sup>.

En el ámbito de la ONU, se han realizado esfuerzos en la redacción de guías y contratos tipo en materia de ingeniería consultora, como son la *Guía relativa a los contratos de ingeniería consultora, incluyendo algunos aspectos de asistencia técnica*<sup>542</sup> y los contratos modelo internacionales entre el cliente y el ingeniero consultor (*International Model form of Agreement between Client and Consulting engineer*), para las dos modalidades de estudios previos de inversión (*Pre-investment Studies*) y diseño y supervisión de la obra (*Design and Supervision of construction of works*)<sup>543</sup>.

Desde el punto de vista de la FIDIC, la tendencia con respecto a las distintas modalidades de *consulting engineering* o ingeniería consultora ha justificado la unificación de los tipos existentes en un sólo texto. Así, los contratos tipo de la FIDIC *International general rules between client & consultant engineering for preinvestment studies* (IGRA 1979 PI), *International general rules between client & consultant engineering for design & supervision* (IGRA 1979 DS) y *International general rules between client &*

---

<sup>540</sup> Vid. BERCOVITZ, A.: El contrato de..., *cit.*, p. 15. La jurisprudencia española califica de contrato de obra el contrato por el que el técnico se compromete a redactar un proyecto. Vid. la Sentencia de la AP de Cuenca, de 4 de noviembre de 1999, *RJA AC 1999/9937*.

<sup>541</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, *cit.*, pp. 42 a 48.

<sup>542</sup> Vid. New York, 1983, United Nations publications, Economic Commission for Europe, núm. 145.

<sup>543</sup> Vid. la publicación núm. 117 de la misma serie que la cita anterior.

*consultant engineering for project management* (IGRA 1980 PM), han sido refundidos en 1990 con otras modalidades contractuales del *engineering consulting* en el denominado *white book*, que no es sino el *Client & consulting Model Services agreement*<sup>544</sup>.

Esta unificación responde a razones prácticas para su utilización, desde el punto de vista de una organización sistemática de las distintas modalidades que permita agruparlas por categorías, facilitando su identificación. Pese a ello, más que de una actualización, se trata de la supresión de los documentos IGRA que abordaban, con anterioridad, situaciones bien diferentes entre sí<sup>545</sup>.

En cualquier caso, se proponen distintas modalidades de *consulting engineering*, entre las que se encuentran el modelo clásico o convencional, el modelo interno o *in house*, y el modelo de gestión integrada o *project management*<sup>546</sup>.

#### *a.- Modelo clásico o convencional*

En los contratos de ingeniería consultora denominados como modelo clásico o convencional, el ingeniero consultor sólo actúa en la fase preliminar de la obra. Sus funciones se refieren a la realización de planos y el asesoramiento, incluso referido en algunas ocasiones al control de la ejecución.

En el ámbito del modelo clásico puede citarse, como subespecies, el

---

544 2ª ed. 1991.

545 Tanto que su generalidad es tal para situaciones diversas que no “tienen nada más que decir”. Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, cit., p. 28.

<sup>546</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, cit., p. 40 y MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 417.



contrato de estudios previos de inversión (*pre-investment studies*) -1- y el contrato de proyecto (*design*) -2-.

1.- El contrato de estudios previos de inversión, se concreta en actividades preliminares, no sólo a la realización de la obra, sino también a su concepción. Estos estudios preliminares versan sobre la viabilidad económica del proyecto, las distintas posibilidades existentes, los recursos disponibles, el impacto medioambiental, la creación de empleo o las condiciones geológicas. En este caso, nos encontramos ante informes técnicos de previsión que tienen en cuenta distintos factores como el económico, social, físico, etc.

La FIDIC ha elaborado un contrato tipo de estudios previos de inversión en el documento *International general rules between client & consultant engineering for preinvestment studies* (IGRA 1979 PI), refundido en 1990, como se ha comentado, con otras modalidades contractuales del *engineering consulting* en el *white book: Client & consulting Model Services agreement*.

2.- En cuanto al contrato de proyecto (*design*), nos encontramos ante la prestación tradicionalmente típica en los contratos de ingeniería, que consiste en la elaboración del proyecto de la obra civil o la planta industrial.

En relación con todo lo anterior debe hacerse referencia, de nuevo, al contrato tipo de proyección elaborado por la FIDIC *International general rules between client & consultant engineering for design & supervision* (IGRA 1979 DS), refundido en 1990 con otras modalidades contractuales del *engineering consulting* en el *white book: Client & consulting Model Services agreement*.

*b.- Modelo interno -in house-*

En el supuesto del modelo interno o *in house*, el cliente ejecuta con su propio personal la obra, si bien el ingeniero, aunque ve reducidas sus funciones<sup>547</sup>, asesora y asiste en los aspectos técnicos más complejos.

Con frecuencia, el cliente comitente suele ser un Estado o una entidad pública que cuenta con una infraestructura técnica que le permite la realización del proyecto<sup>548</sup>.

El modelo interno puede manifestarse como el denominado contrato de supervisión (*supervision*). Como ya se ha comentado, el contrato tipo de la *FIDIC International general rules between client & consultant engineering for design & supervision* (IGRA 1979 DS) ha sido refundido en 1990 con otras modalidades contractuales del *engineering consulting* en el *white book: Client & consulting Model Services agreement*.

### c. - Modelo gestión de proyecto -project management-

En el modelo de gestión de proyecto (*project management* o también denominado como contrato de dirección integrada), el cliente celebra un sólo contrato con la sociedad de ingeniería que prestará todas las actividades intelectuales, excluyendo, empero, la ejecución de la obra. La sociedad representa al cliente pero no realiza la ejecución<sup>549</sup>.

Esta modalidad ha sido creada recientemente con el fin de optimizar la dirección del proyecto de forma constante. En este caso, también nos encontramos con una ampliación de las funciones de la sociedad de ingeniería, que se responsabiliza de la marcha de la obra desde el punto de

---

<sup>547</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering, cit.*, p. 40.

<sup>548</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering, cit.*, p. 41.

<sup>549</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, *cit.*, p. 417.

vista técnico, temporal y económico, respetando los índices establecidos por el cliente de costes, plazos y calidades<sup>550</sup>. Precisamente, la reunión de todas estas funciones en el *project manager* tiene por objeto la reducción de costes y plazos en la realización total de la obra<sup>551</sup>.

El ingeniero asume, por su parte, toda la responsabilidad en relación con las prestaciones intelectuales a realizar<sup>552</sup>. Su función va más allá del diseño, planificación y organización de los trabajos de construcción, pudiendo referirse, también, a la celebración de contratos en nombre del cliente e, incluso, la adopción de acuerdos en el plano económico o de financiación<sup>553</sup>. En estos casos, la sociedad de ingeniería es contratada por el cliente y negocia directamente con el contratista<sup>554</sup>.

El *project manager* realiza una función de coordinación general de la obra. La referida al proyecto principal y el contrato de construcción, los contratos de concepción y ejecución de la obra, y, finalmente, la dirección de obra. Debe pensarse que además de intentar armonizar todos los contratos, y la intervención de las partes, la concepción y ejecución de la obra, dirige la realización de la misma como “un ingeniero, un cliente y un contratista general reunidos”<sup>555</sup>. En estos contratos se da una asistencia general en materia de organización y proyección.

También con respecto a esta modalidad existe un modelo contractual elaborado por la FIDIC: *International general rules between client & consultant engineering for project management* (IGRA 1980 PM). Texto refundido en 1990 con otras modalidades contractuales del *engineering consulting* en el *white book: Client & consulting Model Services agreement*.

---

<sup>550</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, pp. 239-240.

<sup>551</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 240.

<sup>552</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, *cit.*, p. 41.

<sup>553</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 309.

<sup>554</sup> Vid. SCOTT, S.: *Civil Engineering Practice...*, *cit.*, p.15.

<sup>555</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, *cit.*, p. 393.

#### *d.- Contrato de asesoramiento - construction management-*

Esta modalidad de contrato de ingeniería consultora se refiere a la dirección, coordinación y supervisión de los trabajos pero sin participación en la proyección o la ejecución<sup>556</sup>. Nos encontramos ante lo que se ha dado en denominar como "un subtipo autónomo de *consulting*"<sup>557</sup> en el que las funciones del ingeniero consisten, al margen de la proyección, en la selección de los proveedores y los constructores, el control de la ejecución y las pruebas finales de funcionamiento. Asimismo, puede desempeñar una función cuasiarbitral y deberá hacer cumplir los plazos temporales y los límites de costes establecidos.

#### **B.- Ingeniería comercial u operativa -*Commercial engineering*-**

Los contratos de ingeniería comercial se denominan, también, como ingeniería operativa<sup>558</sup>. Asimismo, puede asimilarse a la modalidad de *contracting engineering*<sup>559</sup> o *general contracting*<sup>560</sup>. Se han definido como aquellos contratos que "tienen por objeto junto a la realización de una obra inmaterial típicamente intelectual, otras prestaciones materiales como el suministro de materiales y equipos y/o la ejecución de la obra proyectada"<sup>561</sup>.

---

<sup>556</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 42.

<sup>557</sup> Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, cit., p. 41.

<sup>558</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 413.

<sup>559</sup> Vid. DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de...*, cit., p.112.

<sup>560</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416.

<sup>561</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 102,

Estos contratos, además de incluir la ejecución de la obra civil o de la planta industrial, incluyen estudios técnicos, aprovisionamiento de materiales y puesta en práctica del establecimiento. El ingeniero, por su parte, asume "directamente" la ejecución del proyecto "propio o ajeno"<sup>562</sup>.

Debe señalarse que la complejidad de la ejecución hace que este tipo de operaciones sean realizadas por sociedades de ingeniería. Hasta el punto que llega a afirmarse que el *commercial engineering* es operativo en un ámbito muy delimitado<sup>563</sup>: tan sólo cuando la sociedad de ingeniería pertenece a un grupo de empresas entre las que además también concurren sociedades constructoras y de suministro de materiales<sup>564</sup>. Con todo, hemos visto que la creación de consorcios entre ingenierías y constructoras y el aumento de su participación en el mercado internacional es una tendencia al alza en el actual panorama de las empresas españolas del sector<sup>565</sup>.

En el ámbito de la ingeniería comercial, debe señalarse la importancia de la labor de Naciones Unidas en la elaboración de la Guía para la conclusión de los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales<sup>566</sup>. Asimismo, en el seno de la FIDIC, y en relación con las

---

MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 416 y ALPA, G.: "Il contratto d'engineering...", cit., p. 73.

<sup>562</sup> Según LAPERTOSA., la jurisprudencia italiana acepta, asimismo, el control de la ejecución. Vid. LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, cit., p. 50.

<sup>563</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 42.

<sup>564</sup> En este sentido, un ejemplo en la jurisprudencia española es el relativo a un contrato de obra llave en mano para la instalación de una planta eólica en Tarifa. Las partes en el contrato eran, FCC, y *Kenetech International Ltd.*, en orden y por cuenta de *CNF Constructors Inc.* FCC reclamó judicialmente el pago del precio a otra entidad –*KW Tarifa, S.A.*– que pertenecía al grupo de sociedades. La sociedad que asumió los derechos y obligaciones del contrato de obra ejecutado, no en nombre propio, con carácter independiente y personalidad jurídica, sino en representación e interés de la entidad demandada, a quien había transmitido con anterioridad a la firma del contrato de ejecución de obra de la planta eólica, todos los derechos de instalación y explotación de tal producción de energía. Vid. la Sentencia de la AP de Madrid, de 14 de febrero de 2000, *RJA AC 2000/3061*.

<sup>565</sup> Vid. supra.

<sup>566</sup> Vid. Guide for Drawing up Contracts for Large Industrial Works, de la ONU, núm. 117, de la colección Consulting engineering

condiciones generales de contratación, se ha elaborado el fundamental *red book: Conditions of contract for works of civil engineering construction*<sup>567</sup>, de gran relevancia en la construcción de obras y la realización de proyectos industriales a nivel internacional<sup>568</sup>. La FIDIC elaboró la cuarta edición de este modelo contractual en 1987, fue reimprimido en 1988 y 1992 y, en 1996, se añadió un suplemento. Sin embargo, la circunstancia más importante se refiere a la adopción por el *World Bank* de la reimpresión del *red book* de 1992, en su *Standard Biddings Documents for major Projects* de 1995.

Simultáneamente, esta institución ha trabajado en la elaboración de otros textos. Concretamente, en materia de subcontratación, las *Conditions of subcontract for works of civil engineering*, de 1994. También son interesantes en este punto, el *yellow book: Conditions of contracts for electrical and mechanical works*<sup>569</sup>. Y, asimismo, el *orange book: Conditions of contract for design-build turnkey*<sup>570</sup>.

#### *a.- Contrato de ejecución de planta industrial -design & build-*

La modalidad *design & build* implica la existencia de un sólo contrato y supone, fundamentalmente, la asunción conjunta de las funciones de concepción y ejecución.

Este tipo contractual ha sido utilizado, tradicionalmente, en la realización de plantas químicas y en la industria petrolera. Sobre todo, se ha

---

<sup>567</sup> Vid. FIDIC, 4ª ed. 1987 -reed. 1992-.

<sup>568</sup> Vid. BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form of Contract. The Fourth Edition of the Red Book*, Londres, 1997, Introducción.

<sup>569</sup> Vid. FIDIC, 3ª ed. 1987 -reimp. 1988-

<sup>570</sup> Vid. FIDIC, 1ª ed. 1995.

recurrido a esta modalidad en el Reino Unido en relación con los proyectos de ingeniería en el sector de las compañías de agua privatizadas y en transporte.

Se trata de una fórmula relativamente sencilla en la que la parte contratista que diseña y construye suele estar compuesta por un consorcio. Entidad, normalmente, creada *ex novo*, de contratistas y de sociedades de ingeniería, cualificados para realizar las prestaciones necesarias para la proyección y construcción de la obra<sup>571</sup>.

*b.- Contrato tradicional de ejecución de obra -design then bid-*

Este es el contrato tradicional de construcción de obra (*design then bid*- primero se proyecta y luego se licita-). Supone una modalidad contractual con la posibilidad de existencia de uno o más contratos o, frecuentemente, subcontratación y en el que participan, normalmente, tres partes -cliente, contratista e ingeniero-.

*c.- Contrato de proceso acelerado de construcción -fast track process construction-*

En el supuesto que ahora valoramos la ejecución comienza y avanza de modo paralelo a la proyección. La definición establecida se refiere al modo de ejecución de los trabajos según el cual el contrato de construcción se ejecuta sin que los planos y las especificaciones sean enteramente

---

<sup>571</sup> Vid. SCOTT, S.: *Civil Engineering Practice...*, cit., p.16.

elaborados, y ejecutado a medida del avance de los estudios de concepción de la obra<sup>572</sup>.

En consecuencia, no sólo nos encontramos ante un método de economía temporal, sino ante una fórmula abierta de eminente pragmatismo. Piénsese en la facilidad de introducir modificaciones sobre la idea original. En realidad, no se trata ni siquiera de modificaciones, puesto que los planos no son definitivos, y, en ocasiones, se proyecta de modo simultáneo a la marcha de las obras. Se puede, asimismo, ajustar la planificación ante nuevas situaciones financieras o presupuestarias. Además, conlleva la ventaja de poder incluir las innovaciones tecnológicas que, eventualmente, puedan surgir en unos contratos, cuya característica fundamental es su extensión en el tiempo<sup>573</sup>.

No obstante, también se señalan ciertas desventajas en la posible falta de coordinación entre las distintas funciones. Esta necesidad de cooperación se ha traducido en la práctica en la incardinación de este proceso acelerado de construcción en el ámbito de modalidades contractuales únicas. Esto es, un contrato general que aporte la función primordial de coordinación. Razón por la que el marco contractual en este proceso es diverso<sup>574</sup>, es decir, jurídicamente el proceso *fast track construction* puede configurarse: en un contrato *design & build*, en un contrato marco (*frame-contract*) o en un *project manager*.

---

<sup>572</sup> Vid. MEYER, A. : *A Glossary of Construction Terms*, 1979, 14 Forum 924, 929.

<sup>573</sup> Todos los autores que se refieren a la modalidad *fast track construction* señalan esta circunstancia ventajosa.

<sup>574</sup> Aquí, GLAVINIS subraya la compatibilidad de este proceso, en el que aparecen separadas las funciones de concepción y ejecución, con su enmarcación en un único contrato. Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat...*, cit., p. 279.



### **C.- Ingeniería de procedimiento -*Process engineering*-**

Como ya se ha adelantado, la ingeniería de procedimiento añade, a las prestaciones de proyección y ejecución de la planta industrial o la obra civil, las actividades relativas a la realización de los procedimientos de transferencia de tecnología. De modo que, en estos casos, el cliente recibe la obra con las funciones de montaje de la maquinaria, puesta en funcionamiento y formación del personal local ejecutadas.

También en el *process engineering* se asiste a la existencia de diversas modalidades atendiendo al contenido obligacional de las mismas. Según se amplíe la carga obligacional de la sociedad de ingeniería puede darse el contrato llave en mano, producto en mano y mercado en mano.

#### *a.- Contrato de llave en mano -turn-key contract-*

La jurisprudencia española define el contrato llave en mano como “aquella modalidad de contrato de ingeniería en virtud del cual la empresa de ingeniería se compromete a instalar y entregar una fábrica o planta industrial”<sup>575</sup>.

En este tipo de contratos, el contratista asume la responsabilidad global del resultado, más allá de realización de la prestación en concreto de la realización de la obra. El contratista no es, únicamente, el ejecutor de la obra, sino el responsable del conjunto de la misma, esto es, proyección, ejecución y puesta en funcionamiento<sup>576</sup>.

---

<sup>575</sup> Vid. la Sentencia de la AP de Navarra, de 30 de abril de 2002, *RJA JUR* 2002/173967.

<sup>576</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 95.

Nos encontramos ante la concentración de los trabajos de diseño y construcción<sup>577</sup>. El ingeniero no sólo proyecta y ejecuta la obra, sino que, además, la entrega al cliente definitivamente terminada con los procedimientos de producción preparados para su funcionamiento, hasta el punto de garantizar el funcionamiento de la obra y su explotación por el personal local que ha sido previamente formado por él mismo. Es decir, pudiendo añadir a la realización global de la obra la puesta en funcionamiento y la formación del personal local.

En estos contratos, las sociedades de ingeniería asumen una obligación de resultado<sup>578</sup>, lo que podría generar la asunción de responsabilidades desmesuradas para la sociedad de ingeniería que firma el contrato llave en mano. En muchas ocasiones, se han producido pérdidas económicas tan considerables para estas sociedades que se ha introducido una modificación que implica la separación de funciones en diferentes contratos que limitan la responsabilidad<sup>579</sup>.

De este modo, la configuración de los contratos de ingeniería llave en mano depende de su contenido obligacional. Y así, dentro de estos contratos, pueden encontrarse diferentes modalidades, a saber, el contrato llave en mano simple -1-, clásico -2-, amplio -3-, mixto -4-, parcial -5- y semi-llave en mano -6-.

1.- En el contrato llave en mano simple la responsabilidad del contratista no es absoluta por cuanto el cliente mantiene alguna de las obligaciones con respecto a la obra. Así, las obligaciones del contratista se concretan en la proyección, el suministro de materiales y la puesta en

---

<sup>577</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 310.

<sup>578</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 238, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 95 y BRABANT, A.: *Le contrat...*, *cit.*, p.72.

<sup>579</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 311.

funcionamiento. Y, como se ha comentado, las obligaciones del cliente son reducidas y consisten en el montaje de la instalación y el suministro de algunos materiales.

2.- Asimismo, con respecto al contrato llave en mano clásico, nos encontramos ante el supuesto típico de contrato llave en mano en el que el contratista asume la tan referida responsabilidad global en relación con la proyección, ejecución y puesta en funcionamiento de la obra<sup>580</sup>.

3.- El contrato llave en mano amplio implica una sobrecarga de obligaciones para el contratista por comparación con el supuesto típico. Es decir, la obligación general del contratista no sólo se refiere a la proyección, ejecución y puesta en funcionamiento de la obra sino que, además, se añade a estas obligaciones, digamos, clásicas, la formación del personal local y la asistencia técnica para la explotación.

Como puede imaginarse, estos contratos son utilizados habitualmente en países en vías de desarrollo en los que, inevitablemente, debe recurrirse, no sólo a la asistencia, en materia de proyección y ejecución, a empresas extranjeras, sino también para la transferencia de medios y tecnología para el ejercicio de la actividad objeto de la obra ejecutada.

4.- En los supuestos de contrato llave en mano mixto puede darse la existencia de, al menos, dos contratos. Un contrato tradicional de construcción para la realización de una parte del proyecto que suele referirse normalmente a los cimientos y la infraestructura, y un contrato llave en mano para la realización del resto de la obra<sup>581</sup>.

5.- En el contrato llave en mano parcial se procede a la realización específica, de modo separado, de las partes técnicamente más complejas de la obra, de ahí su frecuencia al presentar importantes ventajas.

---

<sup>580</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 95.

<sup>581</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 95.

De este modo, concurren, al menos, dos contratos. Uno tradicional, para la realización de la obra en su conjunto de modo general y, aparte, puede darse la firma de otros contratos llave en mano para la realización de una parte especializada: aire acondicionado, sistemas de seguridad, red de telecomunicaciones, etc.

6.- En los contratos semi-llave en mano nos encontramos ante una diferencia sustancial en la configuración obligacional en los contratos existentes para la realización de la obra. La diferencia con las otras modalidades consiste, fundamentalmente, en la existencia de un contrato tradicional para la coordinación general por parte del contratista de todos los contratos de la obra. Detrás de esta labor de coordinación subsisten varios contratos para la realización de la obra entre los que hay algún contrato llave en mano.

#### *b.- Contrato producto en mano*

Estos contratos suponen una ampliación considerable de las obligaciones de la sociedad de ingeniería, al garantizar el funcionamiento de la obra y la explotación de la misma por el personal que también ha sido formado por ella. Esta fórmula contractual ha sido diseñada con el fin de favorecer la industrialización de los países subdesarrollados<sup>582</sup>.

En estos casos, no sólo se trata de asegurar la satisfactoria terminación de las obras para su ocupación sino, además, la garantía de que el trabajo será realizado por personal local atendiendo a unos resultados de rendimiento pactados en el contrato. Este compromiso implica, por tanto, la formación del personal local y la garantía del resultado final del producto.

---

<sup>582</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 238.

Esta fórmula, altamente gravosa para el contratista, ha sido sometida a revisión para intentar reducir la responsabilidad del contratista. De hecho, la doctrina denuncia que, al principio de su aparición, conllevó consecuencias verdaderamente desastrosas para algunos contratistas que denunciaron pérdidas muy considerables. De este modo se ha reducido la responsabilidad del contratista al valor de sus servicios, lo cual ha sido duramente criticado por atentar contra la eficacia en materia de transferencia de tecnología<sup>583</sup>.

#### *c.- Contrato mercado en mano*

En los contratos mercado en mano, la obligación del contratista alcanza hasta la comercialización del producto fabricado por la planta industrial proyectada, ejecutada y puesta en funcionamiento por él mismo. La introducción del producto fabricado en el mercado de destino se realiza a través de cotas de comercialización y tratan de garantizar la viabilidad económica de la instalación industrial. En estos casos, la ampliación de las obligaciones es mucho mayor y suele realizarse en países en vías de desarrollo.

#### *d.- Proyectos B.O.T. - Build, Operate and Transfer-*

Esta novedosa modalidad de compleja estructura jurídica, implica, en primer lugar y como una de sus características fundamentales, la creación

---

Asimismo, *vid.* SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 311.

<sup>583</sup> *Vid.* SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 312.

*ex novo* de una entidad (*project company*), con personalidad jurídica, formada por un Estado, o varios, y constructoras. Esta nueva sociedad asume, a través del contrato de concesión, un complejo entramado de obligaciones con la finalidad, no únicamente de construir, sino también de financiar y realizar beneficios. Estas prestaciones consisten en la financiación, la construcción (incluyendo, normalmente, un contrato llave en mano), la explotación hasta cubrir costes y beneficios, recuperando los gastos a través de los ingresos de los usuarios o los consumidores finales, y la transferencia de la propiedad al Estado en cuestión, que será el propietario final.

Esta figura supone una “mejora considerable con respecto a los contratos llave en mano o producto en mano, pues permite la industrialización de los países en vías de desarrollo sin comprometer su viabilidad económica causada por un endeudamiento excesivo”<sup>584</sup>, que de otra forma comprometería el aumento del gasto de fondos públicos<sup>585</sup>. Ejemplo reciente en la utilización de esta fórmula para la realización de proyectos de infraestructura es el *Dartford crossing*<sup>586</sup>.

En el análisis de la tipología de los contratos internacionales de ingeniería se plasma la diversidad de modalidades que pueden incardinarse en ella. La evolución experimentada en este sector nos lleva a la consideración de categorías que van más allá del tradicional diseño y/o ejecución y que demuestran la complejidad de la relación jurídica ante la que nos encontramos y la introducción del factor tecnológico. Estas categorías alcanzan las prestaciones de financiación o de explotación de la obra o la puesta en funcionamiento y su mantenimiento.

---

<sup>584</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 238.

<sup>585</sup> Vid. SCOTT, S.: *Civil Engineering Practice...*, *cit.*, p.17.

<sup>586</sup> Vid. SCOTT, S.: *Civil Engineering Practice...*, *cit.*, p.18.

Por ello, las partes deben elegir el tipo de contrato que se ajuste mejor a sus propias necesidades y a las de la obra. El grado de implicación del cliente en la obra será, fundamentalmente, el que determine la elección del contrato. Por su parte, el contratista asume una mayor o menor participación en función de la modalidad escogida. Esta diversidad plantea dificultades para un análisis conjunto de los contratos internacionales de ingeniería. Razón por la que, a lo largo de este trabajo, se hará referencia a las particularidades que puedan surgir en relación con modalidades contractuales específicas.

## **SEGUNDA PARTE: EL RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL DE INGENIERÍA**

### **I.- Introducción**

Una vez aproximados los aspectos generales relativos al contrato de ingeniería desde las perspectivas económica y jurídica procede ahora analizar la problemática específicamente internacional privatista, que genera este tipo contractual. En este sentido, vamos a centrar, en primer lugar, la ley aplicable al mismo (capítulo segundo y capítulo tercero). Y, finalmente, en la tercera parte, trataremos la cuestión de la resolución de posibles controversias que puedan derivarse del mismo (capítulo cuarto).

Centrándonos en la cuestión del derecho aplicable, los contratos internacionales de ingeniería presentan, crecientemente, un especial

dinamismo en la utilización de usos y prácticas del comercio internacional. Éstos, sobre todo a través de los contratos modelo, se han generalizado en el denominado tráfico privado internacional<sup>587</sup>. En la actualidad, el desarrollo de una serie de principios comunes obliga a plantearnos la existencia del denominado *ius ingeniorum* que, impuesto en la práctica, genera problemas en cuanto a su naturaleza jurídica. Esta suerte de sector especializado dentro de la nueva *Lex Mercatoria*, no sólo resulta muy operativa en la práctica, sino que es aplicada, como veremos, por los árbitros que resuelven las controversias planteadas en el marco de estos contratos.

La difusión de estas prácticas nos lleva a plantear, en las siguientes páginas, su posible relación de complementariedad con la normativa “clásica” de Derecho internacional privado (capítulo tercero). Estas normas aplicadas a los contratos internacionales de ingeniería suscitan, desde una perspectiva anacional –esto es, sin la referencia a un ordenamiento jurídico concreto- una disyuntiva ya tradicional en estos contratos. Disyuntiva que se concreta en dos opciones: la ley del lugar de ejecución de la obra frente a la ley del contratista y que trataremos de dilucidar desde la óptica europea centrada en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Este análisis se acompaña, como ocurre desde el inicio de este trabajo, de la experiencia del supuesto práctico del asunto Eurotúnel que presenta rasgos muy interesantes en estos ámbitos que resultan, además, habituales en el sector internacional de las grandes obras de ingeniería. En este sentido, y como veremos, se utiliza el contrato modelo de ingeniería más difundido en el ámbito internacional -las *condiciones* FIDIC- y se determina como aplicable la *Lex Mercatoria*, en lo que se ha dado en calificar como una solución de Derecho aplicable muy particular. Además, el contrato contiene una cláusula de sumisión al arbitraje institucional de la CCI –como fase final en una interesante fórmula de procedimientos prearbitrales-, que permite,

---

<sup>587</sup> Vid. MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1985, p. 12.



siempre en sede arbitral, eludir la aplicación de las normas de Derecho internacional privado.

## ***1.- La determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería***

### **A.- Las diferentes técnicas de reglamentación**

El contrato internacional de ingeniería se configura, tal y como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, como una de las transacciones más importantes del comercio internacional. Para el análisis de su regulación habrá que acudir a las fuentes de producción normativas del comercio internacional, esto es, los convenios internacionales, la *Lex Mercatoria* y las normas de Derecho internacional privado estatales<sup>588</sup>.

Dado que no existen convenios internacionales de Derecho material uniforme sobre la materia específica de los contratos internacionales de ingeniería, nuestro análisis deberá centrarse, necesariamente, en el estudio de la *Lex Mercatoria* y las normas nacionales de Derecho internacional

---

<sup>588</sup> Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale, *cit.*, pp.1 y ss.

privado de naturaleza conflictual<sup>589</sup>, y en la interconexión que surge entre ambos niveles de normas.

Lamentablemente, ninguna de ellas ofrece una respuesta satisfactoria para este tipo de contratos, así que las deficiencias de uno y otro mecanismo de regulación, llevan a la utilización complementaria de ambos en su reglamentación.

De modo que la opción consiste en la combinación de la *Lex Mercatoria*, las normas de Derecho internacional privado estatales y las normas materiales de los distintos ordenamientos jurídicos. Consecuentemente, en materia de derecho aplicable debe analizarse la interacción entre las técnicas normativas citadas. Cabe plantearse, pues, si estos contratos internacionales, dejarían de estar regulados por el Derecho de un ordenamiento jurídico estatal, sino por un Derecho comercial internacional distinto al Derecho nacional y al Derecho internacional público<sup>590</sup>.

## **B.- La relación entre la *Lex Mercatoria* y las normas de conflictos de leyes**

En principio, la relación existente entre la denominada *Lex Mercatoria* y la técnica conflictual clásica podría responder a lo que se ha denominado como “la tradición internacional privatista que opone dos visiones opuestas

---

<sup>589</sup> Con todo, no puede olvidarse que existen Convenios internacionales que contienen normas de Derecho internacional privado, otros en materia procesal y, por supuesto, los relativos al arbitraje, que afectan directamente a la materia que nos ocupa. Pero, desde esta perspectiva, lo cierto es que no encontramos Derecho convencional material uniforme sobre el contrato internacional de ingeniería. Esta deficiencia, podría explicar, según FRIGNANI, el desarrollo por los comerciantes de la *Lex Mercatoria*. Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale, *cit.*, p.10.

<sup>590</sup> Vid. entre otros, SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 277.

de un mismo problema”<sup>591</sup>. En primer lugar, desde una perspectiva internacionalista, la *Lex Mercatoria* regularía directamente los contratos internacionales sin necesidad de recurrir a las normas estatales de determinación del Derecho aplicable. Y en segundo lugar, desde otra perspectiva, denominada conflictualista, la reglamentación de los contratos internacionales se encauzaría a través de la concreción como aplicable de un determinado Derecho estatal por medio de las normas de conflicto. En suma, nos encontramos ante una situación de tensión entre la regulación nacional o anacional de un problema internacional.

La contradicción no es tan grande ni tan grave pero requiere de una aproximación pormenorizada a su naturaleza, funciones y contenido. Nuestro punto de partida es que la conciliación de ambas técnicas puede que no resulte tan difícil en el ámbito de la contratación internacional. Es más, la doctrina cuando se plantea la nueva función de la *Lex Mercatoria* en el Derecho internacional privado actual lo hace desde la perspectiva de la “interacción” y la “coexistencia” de las dos posiciones doctrinales internacional privatistas<sup>592</sup>. En este sentido, se señala que la incompatibilidad entre las normas de conflicto estatales y la *Lex Mercatoria* es aparente, desde el momento que ambas podrían convivir ejerciendo una influencia mutua<sup>593</sup>. De hecho, la práctica tiende a su utilización conjunta, tal y como

---

<sup>591</sup> Vid. JUENGER, F.K.: “The *Lex Mercatoria* and Private International Law”, *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 171-177.

<sup>592</sup> Vid. REMIRO BROTONS, A.: “Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Temis, Symbolae García Arias*, núms. 33-36, 1973-74, pp. 605 y ss.

<sup>593</sup> La *lex mercatoria*, goza, cada vez más, de una mayor aceptación e integración en el ámbito de los Derechos internos. Así, en un contrato internacional regido por el Derecho colombiano, las soluciones alcanzadas a través de éste –relacionadas con el principio de cooperación o de buena fe, o en materia de indemnización por daños– son refrendadas por las establecidas en los principios de UNIDROIT para constatar que esa solución se corresponde con el “moderno Derecho del comercio internacional”. Vid. el laudo arbitral de la CCI en el asunto núm. 10346/2000. Lo mismo ocurre en el supuesto de un contrato internacional de suministro e instalación de maquinaria industrial entre una empresa española y otra indú, regido por el Derecho inglés. Los defectos en la maquinaria causaron pérdidas a terceros que adquirirían un material defectuoso por lo que el fabricante se dirigió contra la empresa española. El árbitro determinó la ausencia de responsabilidad de la empresa suministradora por los daños a terceros que provocó el material defectuoso cuando éstos podían evitarse por el fabricante. El laudo concluía que este principio, no sólo

ocurrió en el supuesto arbitral relativo a un contrato internacional de ingeniería para la instalación de una planta cementera con una cláusula de derecho aplicable referida al Derecho Lituano. El árbitro aplicó, junto al Derecho estatal, y con base en el artículo 17 de las Reglas de Arbitraje de la CCI, los usos relevantes del comercio<sup>594</sup>.

En esta línea de interacción, se apunta que puede aceptarse la posibilidad de que las partes sometan sus controversias a unas normas supranacionales<sup>595</sup> o a los principios generales de UNIDROIT<sup>596</sup>.

Piénsese, así, en un supuesto arbitral en el que una compañía italiana y otra austríaca firman un contrato para la realización de un proyecto aeronáutico con una cláusula de sumisión al Derecho italiano. El árbitro aplica la *lex mercatoria* porque el artículo 834 del Código de procedimiento civil italiano establece que el árbitro en un arbitraje internacional tendrá en cuenta los usos del comercio. Por ello, el laudo reconoce la *Lex Mercatoria* como parte integrante del Derecho italiano, si bien con una función integradora e interpretativa<sup>597</sup>. En este sentido, la operatividad de la *Lex Mercatoria* en el sistema italiano se ha interpretado restrictivamente por la práctica arbitral por cuanto es un medio para interpretar en Derecho interno, que no se utilizará si éste existe y es claro en la cuestión debatida<sup>598</sup>.

---

pertenece al Derecho inglés, sino también está aceptado internacionalmente y recopilado en los principios de UNIDROIT. *Vid.* el laudo arbitral de la CCI en el asunto núm. 9594/1999 y, en la misma línea, los asuntos CCI núms. 10335/2000 y 9753/1999.

<sup>594</sup> En este caso, se concretaban en los Principios de UNIDROIT y los PECL. *Vid.* el asunto CCI núm. 10022/2000.

<sup>595</sup> *Vid.* BERGER, K.P.: "International Arbitration Practice and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *A.J.C.L.*, 1998, pp. 129 y ss.

<sup>596</sup> La práctica arbitral ha reconocido, no obstante, que los Principios de UNIDROIT no constituyen un cuerpo normativo por sí solos que pueda considerarse como una ley aplicable supranacional desplazando la aplicación de un Derecho nacional. *Vid.* el asunto CCI núm. 9419/1998.

<sup>597</sup> *Vid.* el asunto CCI núm. 9029/1998.

<sup>598</sup> *Vid.* el laudo arbitral de la *Corte Arbitrale della Associazione Italiana de l' Arbitrato*, relativa a un contrato internacional de distribución donde se elegía, expresamente, el Derecho italiano como aplicable y se producía una remisión a los Principios de UNIDROIT.

En el caso de Europa, el Convenio de Roma de 1980 limita, no obstante, la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del Derecho aplicable. De modo que éstas tienen que optar por un ordenamiento jurídico estatal para su elección, sin poder determinar como aplicable, directamente, la *Lex Mercatoria* o –como parte de ella- los principios generales de UNIDROIT<sup>599</sup>.

De algún modo, cabe la duda de que la aplicación del Convenio de Roma lleve a la exclusión de las normas supranacionales o anacionales como régimen rector del contrato elegido por las partes. De manera que la prohibición del Convenio de Roma se basa más en la decantación por la posición doctrinal conflictualista, si bien se han depositado esperanzas en los cambios que pueden introducirse en la legislación comunitaria con ocasión de la comunitarización de la armonización de las normas de conflicto introducidas por el Tratado de Amsterdam de 1997<sup>600</sup>.

De esta suerte, se produciría lo que se denomina como la “supranacionalización”<sup>601</sup> de las normas de conflicto, esto es, la liberalización de estas disposiciones en orden a que permitan a las partes someter sus contratos a normas que no sean de origen nacional. De modo que las partes podrían decantarse por una reglamentación, quizá, mejor orientada a las exigencias del comercio internacional y que les resultase preferible frente al Derecho nacional de cualquiera de ellas, o incluso, respecto de un tercer Derecho neutral. Esta posición presentaría la ventaja de permitir una mayor previsibilidad y, en consecuencia, generar una mayor seguridad jurídica.

Y además, esta interacción se puede complementar con la función

---

<sup>599</sup> La práctica arbitral afirma que, aunque se aplique la *Lex Mercatoria*, ésta no desplaza a los Derechos estatales, por cuanto el árbitro debe identificar el Derecho aplicable eligiendo la norma de conflicto que considere más apropiada, de acuerdo con lo establecido en los convenios internacionales y en las normas de arbitraje de su ámbito de operación. *Vid.* el asunto CCI núm. 9419/1998.

<sup>600</sup> *Vid.* JUENGER, F.K.: “The *Lex Mercatoria...*, *cit.*, p. 182-183.

<sup>601</sup> *Vid.* JUENGER, F.K.: “The *Lex Mercatoria...*, *cit.*, p. 183.

inspiradora que pueden tener textos como los principios de UNIDROIT con vistas a completar las lagunas presentes en los diferentes Convenios internacionales de Derecho uniforme. Esta función está admitida y ya se ha hecho referencia a la misma (dejar actuar la *Lex Mercatoria* en la esfera de la autonomía de la voluntad material dentro de los límites de actuación que le permita los Derechos nacionales o los convenios internacionales de Derecho uniforme).

Cuestión muy distinta supone la existencia, en el contrato internacional, de un convenio arbitral a través del que las partes someten sus controversias al arbitraje –tal como ocurrió en el asunto Eurotúnel-, con elección o no del Derecho aplicable al contrato. La práctica arbitral demuestra que cada vez es más habitual que los árbitros apliquen la *Lex Mercatoria* como criterio rector del contrato y con independencia de un Derecho nacional y la norma de conflicto estatal<sup>602</sup>.

Así, todavía con mayor frecuencia, ante la falta de elección de la ley aplicable por las partes, los árbitros no dudan el recurrir a la *Lex Mercatoria* y a los principios UNIDROIT<sup>603</sup>. En este sentido, JUENGER sostiene que debe rechazarse la idea de que los árbitros actuarían, en estos casos, al margen de la voluntad de las partes y que, además, debe tenerse en cuenta que muchas transacciones internacionales ya se rigen por normas que no son de origen nacional, como por ejemplo, las normas uniformes en materia

---

<sup>602</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional*, cit., p. 80.

<sup>603</sup> En este sentido, sobre la aplicación de la *Lex Mercatoria* y los Principios de UNIDROIT en ausencia de ley aplicable por las partes, vid. los asuntos CCI núm. 10022/2000, 9875/1999, 9419/98, 7110/1995, laudo arbitral del *Tribunal of the City of Panama*, de 24 de febrero de 2001, el laudo arbitral de la *Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale de Milano*, núm. A-1795/51, de 1 de diciembre de 1996 y los laudos de la *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, núms. 88, de 25 de enero de 2001 y 116, de 20 de enero de 1997. Además, esta práctica ha sido reconocida como válida por la jurisprudencia estatal, en una sentencia de los tribunales estadounidenses que reconocía que la aplicación por parte de un tribunal arbitral de los principios y usos del comercio internacional en ausencia de elección por las partes del derecho aplicable al contrato no violaba el artículo V.1.c del Convenio de Nueva York de 1958. Vid. la sentencia del *United States District Court, S. D. de California*, núm. 98-1165-B, de 7 de diciembre de 1998, en el asunto *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*

de créditos documentarios de la Cámara Internacional de Comercio y los INCOTERMS.

En el ámbito de la ingeniería esta posibilidad no se ha librado de durísimas críticas en el asunto del Eurotúnel<sup>604</sup>. La cláusula contractual de determinación del Derecho aplicable contenía una fórmula híbrida; remitía a los principios comunes del Derecho inglés y el Derecho francés y, en defecto de principios comunes, a la *Lex Mercatoria*<sup>605</sup>.

Nos encontramos ante dos posiciones diferenciadas frente a la *Lex Mercatoria*, a saber, la mantenida en el plano estatal y la seguida en el ámbito arbitral. Sin embargo, la conexión entre ambos niveles se produce en el campo del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en el que prevalece la posición arbitral –que admite la *Lex Mercatoria*- frente a la estatal –y no al revés-. Esto es, los ordenamientos jurídicos reconocen, y ejecutan, laudos arbitrales que aplican la *Lex Mercatoria* reconociéndole valor normativo<sup>606</sup>. Circunstancia que obliga a la reconsideración de la virtualidad de la *Lex Mercatoria* cuando existe, en un contrato internacional, una cláusula de sumisión de controversias al arbitraje.

Por todo lo expuesto, conviene analizar, partiendo del ejemplo del asunto Eurotúnel, los principales instrumentos de regulación –*Lex Mercatoria* (*ius ingeniorum*, como veremos) y normas de Derecho internacional privado- para conocer su extensión en el ámbito de la ingeniería y sus distintas vías de eficacia con el objeto de estudiar su interrelación.

---

<sup>604</sup> Channel Tunnel Group Ltd. And another v. Balfour Beatty Construction Ltd and other (1993) AC 334, 61 BLR 1.

<sup>605</sup> Lloyd, uno de los especialistas ingleses de mayor prestigio, se refiere a esta solución del siguiente modo: “it was a monster” bajo la opinión de que debe evitarse la referencia a los principios generales del comercio “as if such animals existed in the international construction world”. *Vid.* LLOYD, H.: “Some Philosophies of Risk...”, *cit.*, p. 21.

<sup>606</sup> *Vid.* Asunto Valenciana de Cementos y Soc. Int. De Contractors Group, Cour d’ Appel de Paris, 10 de julio de 1992, en *Rev. Arb.*, 1992, p. 609.

## **2.- La determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel**

El análisis del marco jurídico de la operación del túnel de Canal de la Mancha es necesario en cuanto demuestra el grado de complejidad que presenta, a nivel jurídico, la realización de una obra de ingeniería de esta envergadura. La implicación de dos Estados y la existencia de diversos instrumentos jurídicos, como se ha visto, nos obligan a centrar el estudio de los problemas del Derecho internacional privado –en concreto, el Derecho aplicable y la resolución de controversias- en el contrato internacional de ingeniería, que es, en definitiva, el objeto de este trabajo.

Concretamente, en materia de derecho aplicable, el asunto Eurotúnel, como veremos, plantea la reflexión sobre la elección por las partes, que huyen de sus respectivos Derechos nacionales –el francés y el inglés (con los que presenta mayores vínculos el contrato), en busca de una solución neutral. En este caso, optan por los principios comunes de los dos sistemas –paradójicamente, como muestra del sistema anglosajón y del continental o de derecho civil-. Y, en su defecto, los principios del comercio internacional, aplicados por los tribunales nacionales e internacionales.

Esta posición de las partes en una operación tan paradigmática como la del asunto Eurotúnel, obliga a plantear la operatividad de estos principios, frente a las respuestas que ofrece la normativa conflictual presente en los distintos sistemas estatales. De ahí que el análisis de la operación de la determinación del derecho aplicable en el asunto Eurotúnel, el contrato internacional de ingeniería comercial más importante realizado en Europa en los últimos años, nos sirva como punto de partida para el estudio de la *Lex Mercatoria* en este sector –cap. II- y su interrelación con las normas de derecho internacional privado –cap. III-.



## **A.- La cláusula de determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel**

En este proyecto internacional de ingeniería complejo y a largo plazo aparecen involucrados dos sistemas jurídicos diferentes, con un número considerable de sujetos implicados y cientos de subcontratistas de distintas nacionalidades. En este contexto, la cláusula de determinación del Derecho aplicable ha sido introducida con una filosofía de fondo que pretendía evitar una opción expresa de decantación entre las dos alternativas.

En concreto, la cláusula 68 del contrato internacional de ingeniería establecía como Derecho aplicable al contrato los principios comunes de Derecho inglés y francés y, en su defecto, los principios generales del comercio internacional tal y como los definen los tribunales nacionales e internacionales. Literalmente: *La construcción, validez y ejecución del contrato deberán regirse e interpretarse, en todos los aspectos, de acuerdo con los principios comunes al Derecho inglés y francés, y en ausencia de estos principios comunes, por los principios generales del comercio internacional, tal y como se han aplicado por los tribunales nacionales e internacionales. Sujeto, en todo caso, respetando las obras que deban ejecutarse en territorio francés o inglés del lugar de la obra, a las respectivas normas imperativas (orden público) francesas e inglesas*<sup>607</sup>.

Una cláusula de esta naturaleza plantea múltiples cuestiones y problemas prácticos. Evidentemente, el aspecto más interesante se presenta en ausencia de principios comunes entre los dos sistemas (no siendo una

---

<sup>607</sup> La cláusula 68 del contrato establecía: the construction, validity and performance of the Contract shall in all respects be governed by an interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject in all cases, with respect to the Works to be respectively performed in the French and in the English part of the Site, to the respective French or English public policy (ordre public) provisions.

hipótesis descartable desde el punto de vista de la confrontación de dos ordenamientos que se erigen como representantes de dos modelos, en ocasiones, antagónicos. Y, además, se añadía que, en caso de recurrir a un principio del comercio internacional, debía haber sido aplicado por tribunales nacionales e internacionales<sup>608</sup>.

El hecho es que se pretendía eludir el recurso a uno de los dos ordenamientos jurídicos involucrados para la consecución de una solución neutral, una suerte de “acrobacia” para decidir que siempre existía un principio común en la materia objeto de disputa. Un modelo como éste, creado para encontrar puntos comunes entre ambos sistemas acercándose a los principios básicos de cada uno de ellos que inspiran las normas (incluso, en los casos en que éstas eran diferentes o contradictorias) para poder realizar una aproximación hasta la consecución de un principio común<sup>609</sup>.

La reconducción del régimen rector del contrato a una serie de principios comunes nos lleva a plantearnos, como veremos más adelante, dos grandes cuestiones en materia de Derecho aplicable. Por un lado, el método utilizado y su relación con las técnicas de regulación que hemos citado: *Lex Mercatoria* y normas de conflicto estatales, en ausencia de normas sustantivas. Y, por otro, la existencia de una serie de principios comunes en el ámbito de la ingeniería que, también, trataremos de analizar.

## **B.- La denominada doctrina del tronco común**

En materia de Derecho aplicable, y concretamente referido a la cláusula de determinación del mismo, se considera que la disputa del

---

<sup>608</sup> Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, *cit.*, p. 23.

<sup>609</sup> Tarea calificada, esta vez, de “milagro” diario: *daily miracle* Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, *cit.*, p. 25.

*Channel Tunnel* es un buen ejemplo de aplicación de la denominada doctrina del tronco común –*tronc commun doctrine*-<sup>610</sup>. El punto de partida de esta teoría se sitúa en la elección negativa del régimen rector del contrato. Esto significa que las partes han descartado la aplicación de sus propios Derechos nacionales, e incluso, de un tercero neutral. Y si las partes excluyen estas posibilidades es que su deseo consiste, precisamente, en la inaplicación de los ordenamientos jurídicos estatales.

El paso siguiente en esta argumentación consiste en preguntarse si entonces deben aplicarse las normas de conflicto para la determinación del Derecho aplicable al contrato, que, probablemente, nos llevarían a alguno de los ordenamientos excluidos por la voluntad de las partes. Debe pensarse que esta exclusión suele atender al temor que subyace en la idea que la aplicación del Derecho nacional de la otra parte en el contrato puede llevar a soluciones totalmente desconocidas para la otra y que puede perjudicar sus propios intereses económicos. Pero no todas las normas difieren de un ordenamiento jurídico a otro, de modo que pueden encontrarse aspectos comunes en dos legislaciones que no resulten extrañas a los sujetos del contrato, puesto que coinciden con lo establecido en su propia legislación

A modo de ejemplo, se aceptó, en términos generales, el principio *pacta sunt servanda* como común a los sistemas inglés y francés y que la doctrina de la *exception d'inexécution* era un principio general común del Derecho del comercio internacional<sup>611</sup>.

Estas disposiciones comunes configuran el denominado “tronco común” –como conjunto normativo- y constituirían el derecho aplicable al

---

<sup>610</sup> Esta doctrina se elabora a finales de la década de 1980 por el prof. RUBINO-SAMMARTANO y cuenta con precedentes arbitrales como son los laudos de la CCI en los asuntos 2886/1977, 3327/1981 y 1990/1972 y con precedentes jurisprudenciales en sentencias nacionales del Reino Unido (*Court of Appeal de 23 de marzo de 1987*) y de Mónaco (*Court of Appeal de 28 de junio de 1988*). Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: “The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine”, *Journal of International Arbitration*, 1993, núm. 10, pp. 59-65.

<sup>611</sup> Vid. SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering...*, cit., p. 132.

contrato, sin que ninguna de las partes se considerara perjudicada por la aplicación de una regulación que desconocía y que, eventualmente, podría serle desfavorable. El problema que plantea esta teoría que, en principio, pretende un acercamiento máximo a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al contrato, es, precisamente, qué hacer con los aspectos que no quedan cubiertos por las disposiciones comunes de los Derechos nacionales de las partes en el contrato. Esto es, aquellas materias sobre las que no existen disposiciones comunes; las que quedan al margen del tronco común. En ocasiones, estas cuestiones pueden resultar de gran importancia para la vida del contrato e, incluso, para la resolución de las disputas surgidas con base en él.

En este punto, la solución que propone esta teoría, en el intento de aproximarse al máximo a la voluntad de las partes, es que el árbitro, en ausencia de principios comunes entre los Derechos nacionales, debe acudir a los usos comunes que compartan ambos sistemas.

La doctrina del Tronco común no se puede considerar como equivalente de la *Lex Mercatoria*. RUBINO-SAMMARTANO sostiene que ésta opera como elección expresa o tácita, mientras que la *Lex Mercatoria* reduce su operatividad a la ausencia de elección del Derecho aplicable, pero además carece de fuerza obligatoria al consistir en los principios comunes que existen en el ámbito del comercio internacional. Sin embargo, afirma que los principios comunes que se denominan tronco común sí que se erigen como un cuerpo obligatorio de normas jurídicas y puede aparecer en escena como consecuencia de una elección tácita o expresa por las partes y no es un mero recurso residual en ausencia de elección. Es más, se afirma que la *Lex Mercatoria* se presenta como un instrumento subsidiario al denominado tronco común, puesto que opera en el caso en el que este último no pudiera aplicarse.

Nos encontramos, pues, ante un método de determinación del Derecho aplicable a un contrato al alcance de la voluntad de las partes, que

implica la exclusión de los Derechos nacionales y la remisión a unos principios comunes. Esta es, precisamente, la solución prevista en el contrato del Eurotúnel, que, además, establece, subsidiariamente, la aplicación del *ius ingeniorum*. Por tal razón, nuestro análisis deberá atender, como veremos, a la relevancia de los principios comunes y de la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la ingeniería.

### **C.- El reconocimiento por parte del juez estatal de la solución adoptada**

Las consideraciones anteriormente formuladas tuvieron su respaldo, en este asunto concreto, en el ámbito jurisdiccional estatal que reconoció la virtualidad de la autonomía de la voluntad. En este sentido, la judicialización del asunto del *Channel Tunnel* se produjo al presentar la parte del contrato de los clientes –Eurotúnel- una demanda en la *High Court of Justice* inglesa solicitando una medida cautelar para evitar que la parte contratista paralizase las obras de refrigeración del túnel. El tribunal denegó la orden y, en apelación, la *Court of Appeal* tampoco concedió la medida, pues las partes habían pactado someter sus controversias al arbitraje. Concretamente, se consideraba que el tribunal inglés no era competente para dictar una medida cautelar en función de un arbitraje (no iniciado) cuando la sede del mismo elegida por las partes radicaba en el extranjero – en este caso, en Bruselas-.

La sentencia en el asunto *Channel Tunnel Group Ltd. and France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and others*, de 22 de enero 1992<sup>612</sup>, se plantea de forma escéptica la idoneidad de determinar como aplicable un “híbrido” legal como el propuesto, en lugar de decidirse, bien por el Derecho inglés, bien por el Derecho francés. Sin embargo, consideró

---

<sup>612</sup> Vid. 2 All E R 609.

que se trata de una cuestión que quedaba bajo la esfera de la libertad de elección de las partes y que, en cualquier caso, ésta debería respetarse, incluso, si la dificultad de optar por una tercera vía conducía a procedimientos más largos y costosos.

No resulta sorprendente la actitud crítica de los órganos judiciales ante las nuevas soluciones que, además, siempre seguirán la tendencia a aplicar su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los órganos arbitrales que, desde un primer momento, parecieron estar en mejor posición que los jueces para aplicar, en este caso, la doctrina del tronco común, que su creador no considera como un híbrido sino como una solución equilibrada a falta de mejores soluciones, cuya utilización propone también en la esfera judicial, tanto como elección expresa de las partes, como en ausencia de la misma<sup>613</sup>.

De nuevo, el asunto Eurotúnel se presenta como exponente de la realidad de los contratos internacionales de ingeniería en los que la presencia de la *Lex Mercatoria* goza, cada vez más, de mayor importancia. Hasta el punto de experimentar un grado de especialización que nos conduce a la admisión de una nueva suerte de *Lex Mercatoria*, que se ha dado en denominar *ius ingeniorum*. Es precisamente la trascendencia de esta realidad la que se pretende subrayar a continuación.

---

<sup>613</sup> Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: "The Channel Tunnel and...", *cit.*, p. 64.

## **CAPÍTULO SEGUNDO:**

### **EL IUS INGENIORUM: ¿UN NUEVO DERECHO UNIFORME DE LA INGENIERÍA?**

#### **I.- De la *Lex Mercatoria* al *ius ingeniorum***

##### **1.- La *Lex Mercatoria***

El desarrollo considerable que ha experimentado la contratación en el ámbito del comercio internacional en el sector de la ingeniería, en contraste con la falta de respuesta jurídica en el plano nacional e, incluso, internacional, nos lleva, inevitablemente, a la consideración de una nueva dimensión reguladora, o autorreguladora que se impone en la práctica: esto es, a la *Lex Mercatoria*.

La *Lex mercatoria* se presenta como un conjunto de reglas de origen privado generadas de forma independiente a los sistemas jurídicos nacionales, como fuente de principios rectores del contrato<sup>614</sup> y que, en

---

<sup>614</sup> La práctica arbitral ha definido la *Lex Mercatoria* como “las normas y usos del comercio internacional que han sido elaboradas gradualmente por diferentes fuentes como los propios operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como UNIDROIT y sus Principios de los contratos del comercio internacional”. *Vid.* el asunto CCI núm. 9875/1999.

relación con la materia concreta objeto de nuestro estudio, se denominaría como *Ius Ingeniorum, Lex Constructionis*<sup>615</sup> o *Lex Mercatoria Aedificandi*<sup>616</sup>. Como ocurre, por ejemplo y como veremos, con las condiciones FIDIC a las que MOLINEAUX se refiere como una “fuente obvia” de la *Lex Mercatoria*<sup>617</sup>.

La referencia a la *Lex Mercatoria*, como fuente del Derecho del comercio internacional, pasa por el reconocimiento de tres niveles de elaboración: en primer lugar, los principios generales (por ejemplo, el de la buena fe o el de *pacta sunt servanda*). En segundo lugar, los usos y prácticas del comercio, conocidas y observadas por los comerciantes, entre las que se reconoce una función muy importante a los contratos estandarizados y las condiciones generales del contrato. Y, en tercer lugar, la práctica arbitral cuya función resulta determinante, por ejemplo, en materia de designación del derecho aplicable al contrato<sup>618</sup>. Conviene que aproximemos cada uno de estos tres niveles.

## **2.- El llamado *ius ingeniorum***

### **A.- Introducción**

La cuestión suscitada en torno a la existencia, contenido y naturaleza de la *Lex Mercatoria* debe circunscribirse al ámbito de la ingeniería. Y se

---

<sup>615</sup> Vid. MOLINEAUX, CH.: “Moving toward a...”, *cit.*, p. 56.

<sup>616</sup> Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international...*, *cit.*, pp. 153-155.

<sup>617</sup> MOLINEAUX, Ch.: “Moving toward a...”, *cit.*, p. 59. Señalar que, en cualquier caso, hay autores en desacuerdo por cuanto, por ejemplo LEFEBVRE, niega que las condiciones FIDIC puedan considerarse como una fuente de *Lex Mercatoria*. Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 252.

<sup>618</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, pp. 14 y ss.



concretaría en saber si estos usos y prácticas creados por los profesionales del sector, y manifestados en modelos contractuales y cláusulas arbitrales, contribuyen a la elaboración de un contrato internacional de ingeniería<sup>619</sup>.

En este sentido, igual que, en términos generales, se reconoce la existencia de la *Lex Mercatoria* para el ámbito del comercio internacional, debe atenderse a una realidad referida, estrictamente, al ámbito de la ingeniería. Y es que en este sector se ha desarrollado una importante labor codificadora por parte de las asociaciones profesionales y las instituciones de financiación, plasmada en contratos estándar que ya gozan de un amplia difusión en la práctica internacional: se produce así un reconocimiento *de facto*.

Con todo, 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*<sup>620</sup>, en el ámbito de la construcción; la *lex numerica*, *lex informatica* o *lex electrónica*, en la esfera del comercio electrónico; o la *lex petrolii*, por lo que se refiere al ámbito de derivados del petróleo, gas y carburantes<sup>621</sup>.

## **B.- Distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica del *ius ingeniorum***

El hecho de que el *ius ingeniorum*, como parte integrante de la *Lex*

---

<sup>619</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 253.

<sup>620</sup> Vid. MOLINEAUX, CH.: "Moving Toward a...", *cit.*, p. 56.

<sup>621</sup> Vid. BERGER, K., P.: "The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New *Lex Mercatoria*", *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 153-170.

*Mercatoria*, no tenga un significado unívoco nos lleva a señalar algunos aspectos de la misma en aras a concretar el alcance de su propia eficacia. Por un lado, se ha llegado a afirmar que constituye “derecho positivo”<sup>622</sup> y es concebida y aplicada como un cuerpo de normas jurídicas de la comunidad internacional de los comerciantes y reconocida por los órganos legislativos y jurisdiccionales de los ordenamientos nacionales como fuente de un ordenamiento autónomo, posición defendida por autores como GOLDMAN o MAYER. Sin embargo, por otro, también se le reconoce como un conjunto de reglas suficientes para dirimir una controversia, que operan de manera alternativa a un Derecho estatal, esto es, en su defecto –así lo señala CRAIG-. Finalmente, una posición más restrictiva, sostiene que no se encuentra en un punto de desarrollo suficiente para poder regular de manera integral un contrato internacional, razón que lleva a afirmar su relación de complementariedad con las legislaciones estatales<sup>623</sup>.

El *ius ingeniorum* puede ser objeto de gradación, de máxima a mínima importancia, en tres categorías. En primer lugar, concebido como un orden legal autónomo paralelo a los ordenamientos jurídicos nacionales. En segundo lugar, y en un nivel de relevancia intermedio, como un conjunto de principios que se presentan como alternativa a los Derechos nacionales en la resolución de una disputa. Y, finalmente y en tercer lugar, como un complemento a otro Derecho aplicable en caso de laguna legislativa total o parcial de este último<sup>624</sup>.

Lo cierto es que, con independencia de la posición doctrinal que se sostenga en relación con su naturaleza jurídica, en términos generales se acepta la virtualidad de esta última función: no se discute el carácter complementario del citado *ius ingeniorum* en caso de inexistencia o

---

<sup>622</sup> Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale, *cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>623</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional*, *cit.*, p. 75.

<sup>624</sup> Vid. CRAIG, W.L.-PARK, W.W.-PAULSSON, J.: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Nueva York, Oceana Publications, 1990, pp. 603 y ss.

insuficiencia del Derecho aplicable.

### **C.- La incidencia del *ius ingeniorum* en la regulación de los contratos internacionales de ingeniería**

#### *a.- Operatividad del ius ingeniorum*

La utilización en la práctica del *ius ingeniorum* en el ámbito de la ingeniería nos obliga a valorar su operatividad más allá de la discusión sobre su naturaleza jurídica. Es cierto que, actualmente, no se puede considerar como un ordenamiento autónomo, pero no lo es menos que, en la realidad, aparece como rectora de las relaciones jurídicas en distintos niveles. Así será necesario analizar los diferentes contextos en los que se está aplicando para comprender su grado de expansión y la necesidad de complementariedad con otras técnicas de reglamentación.

En este sentido, no puede considerarse un sistema jurídico (ya hemos visto que se trata de un conjunto de reglas elaboradas por sujetos particulares y que su obligatoriedad depende de la voluntad de las partes). Pese a ello, no puede negarse que este sistema aporta una respuesta especializada a distintos aspectos de los contratos internacionales al margen de las legislaciones estatales<sup>625</sup>.

Este carácter incompleto del *ius ingeniorum* implica la aplicación de las normativas de los diferentes Derechos estatales y el control que éstos ejercen sobre aquélla. Así, los árbitros aplican las leyes estatales en los

---

<sup>625</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Introducción al Derecho...*, cit., p. 103.

aspectos no cubiertos por aquél y los ordenamientos jurídico estatales reconocen y ejecutan laudos arbitrales dictados con base en el mismo<sup>626</sup>.

En definitiva y más allá de la discusión doctrinal sobre su naturaleza jurídica, resulta más práctico plantearse su virtualidad jurídica y, para ello, observar varios niveles.

(1) El nivel no contencioso, donde su operatividad es indudable, cuando las partes realizan una mención expresa o implícita a los mismos en el contrato.

(2) En un nivel contencioso arbitral, la eficacia de este conjunto de normas es, como hemos visto, reconocida.

(3) De forma diferente, en un nivel contencioso estatal la eficacia se supedita al plano de la autonomía de la voluntad material y al grado de admisibilidad de la misma en el Derecho interno.

Estos dos últimos se concretan en los denominados efectos meta contractuales, que tienen un carácter complementario con el fin de cubrir las lagunas existentes en el contrato, y que es operativa cuando se produce a través del arbitraje comercial internacional o por la remisión a estos principios desde ordenamientos nacionales.

(4) Y, finalmente, su inclusión en convenios internacionales de Derecho uniforme (como ocurre, por ejemplo en el Convenio de Viena de 1980) y donde, evidentemente, ya no se discute su relevancia jurídica<sup>627</sup>.

La vía directa por la que puede hacerse efectivo el *ius ingeniorum* en un contrato internacional de ingeniería es, pues, a través de la autonomía de la voluntad material. Esto es, la facultad de la que disponen las partes para

---

<sup>626</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Introducción al Derecho...*, cit., p. 105.

<sup>627</sup> Vid. FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, cit., pp. 24 y 25.

regular su relación como crean conveniente, introduciendo en su contrato las disposiciones atinentes a este cuerpo transnacional de regulación. Las partes pueden utilizar modelos contractuales estándar que rijan su relación contractual. Este es el caso del asunto Eurotúnel en el que, como se ha comentado, se introdujo el modelo contractual de la FIDIC relativo a las denominadas *civil conditions* o *red book*, al que ya se ha hecho referencia. Puede ser que las partes, además, introduzcan determinados principios generales en su contrato o que decidan incorporar cláusulas concretas como son las de fuerza mayor o *hardship*<sup>628</sup>.

La presencia de una cláusula arbitral en un contrato difumina los problemas en cuanto a la naturaleza jurídica del *ius ingeniorum* y modifica sustancialmente el planteamiento de su operatividad como régimen rector del mismo, frente a contratos que no cuentan con ella<sup>629</sup>. Además, no debe perderse de vista que en el ámbito de la ingeniería, los contratos modelo más utilizados –a los que ya se ha hecho referencia- contienen una cláusula de resolución de controversias por la que las partes se someten al arbitraje.

Esta circunstancia implica que el árbitro posee la facultad de aplicar el *ius ingeniorum* como ley elegida por las partes o en ausencia de elección, incluso, con independencia de un Derecho nacional y sin recurrir a las normas de conflicto. Nos encontramos en un ámbito regido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo que la competencia de los árbitros y las reglas a aplicar dependen de la voluntad de las mismas.

#### *b.- Un supuesto concreto: los contratos de Estado*

---

<sup>628</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos...*, cit., p. 385.

<sup>629</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 79.

El recurso al *ius ingeniorum* está bastante extendido. De hecho, se convierte en una solución en los contratos denominados semi-internacionales<sup>630</sup>, celebrados entre Estados y empresas extranjeras para la realización de una obra de ingeniería. Estos contratos también se califican como contratos de Estado “stricto sensu” o contratos de desarrollo económico (*economic development contracts*)<sup>631</sup>. En estos casos, los Estados no desean que su contrato se someta a un Derecho nacional diferente, razón por la que se idean fórmulas que evitan la aplicación de ordenamientos jurídicos estatales. La determinación del Derecho aplicable se remite, por ejemplo, a los principios generales del comercio internacional. De modo que, en la práctica, estos contratos se someten al arbitraje –con renuncia a la jurisdicción del Estado parte- y determinan como ley aplicable al contrato la *Lex Mercatoria*.

Éste parece ser un sector en el que pueden desarrollarse los denominados “contratos sin ley”, entendido este concepto en sentido amplio: esto es, incluyendo dentro del mismo a todos aquellos contratos en los que las partes deciden huir de cualquier sistema jurídico nacional para regir su contrato y optan por el *ius ingeniorum*<sup>632</sup>.

Estas circunstancias son las que se dan, precisamente, en la cláusula de derecho aplicable del contrato internacional de ingeniería del asunto Eurotúnel. Se trata de un contrato donde, en primer lugar, las partes deciden, como hemos visto, aplicar a su contrato los principios comunes de dos ordenamientos jurídicos y, en defecto de la existencia de éstos, los principios del comercio internacional<sup>633</sup>.

---

<sup>630</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Y OTROS: *Derecho internacional privado...*, cit., p. 740.

<sup>631</sup> Estos contratos deben distinguirse de otros contratos celebrados por el Estado como son los contratos públicos y los contratos *iure gestionis*. Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos...*, cit., pp. 358 y ss.

<sup>632</sup> Vid. MAYER, P.: *Droit international*, p. 460.

<sup>633</sup> En otros casos, estos contratos se someten, por ejemplo, a los principios generales del Derecho. Como ocurre en el asunto *Petroleum development (Qatar) Lmd. C. Emir de Qatar*

Nos encontramos, como se ha comentado, ante una posibilidad que se plasma en la práctica arbitral, que puede observarse, a modo de ejemplo, en una relación contractual, relativa a la venta, suministro, modificación, mantenimiento, instalación y puesta en funcionamiento de equipamiento industrial. Las partes eran, por un lado, un Estado –sin especificar- y, por otro, una empresa contratista privada del Reino Unido, y se concluyeron nueve contratos que fueron considerados como una única relación contractual. La inexistencia de una cláusula de determinación del derecho aplicable condujo al tribunal arbitral a determinar como tal los principios generales de UNIDROIT, afirmando que las partes suelen, implícita o explícitamente, “deslocalizar” los contratos de Estado para evitar la aplicación de los sistemas legales nacionales y someterlos a las reglas transnacionales a través del arbitraje comercial internacional<sup>634</sup>.

#### **D.- El contenido del *ius ingeniorum***

Observada su presencia en la práctica, habrá que aproximar su contenido. En el sector de la ingeniería, las asociaciones profesionales se nutren de los usos y prácticas consolidadas en el comercio y, en gran parte, derivados de la práctica arbitral cuando se trata de elaborar un contrato modelo, aunque la doctrina niega, desde una perspectiva formal, la condición de fuente del contrato de ingeniería a los usos del comercio internacional. Y en este sentido se afirma que los contratos modelos suelen inspirarse en un Derecho estatal adaptado a las necesidades de las transacciones internacionales.

---

(*ILR*, 1951, p. 160) y en el asunto *Anglo-iranian oil co* (sentencia del TIJ, de 22 de julio de 1952, RU c. Irán, *ICJ Rep.*, 1952, p. 92).

<sup>634</sup> *Vid.* el laudo arbitral de la CCI en el asunto 7110/1999, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 33 y ss.

Así, por ejemplo, la asociación profesional internacional que goza de mayor prestigio en la elaboración de contratos modelo y condiciones generales en el ámbito de la ingeniería es, sin duda alguna, la ya mencionada FIDIC. Se trata, como veremos de los modelos más utilizados, con los que se pretende garantizar la seguridad jurídica de las partes, que puede peligrar por las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos. La clave de su éxito se centra en su aceptación generalizada en un concreto sector –y mayormente en la asociación- pues, “la práctica demuestra que cuanto más ‘cartelizado’ esté un sector más usados serán y mayor eficacia alcanzarán”<sup>635</sup>.

Sin duda, las condiciones FIDIC participan en la elaboración de un derecho común de los comerciantes en el ámbito internacional de la ingeniería. Y esta afirmación se ampara en el alto grado de difusión de los modelos contractuales de esta institución y, sobre todo, en su utilización mayoritaria en los procedimientos internacionales de licitación de obra. En esta línea se sostiene que una de las “fuentes obvias” de los principios de la *Lex Mercatoria* se encuentra en los contratos estándar reconocidos y utilizados universalmente<sup>636</sup>.

Correlativamente, de aquí se deduce que las condiciones FIDIC se presentan como una de las “fuentes formales del derecho internacional de los comerciantes”<sup>637</sup>, ampliamente utilizadas y que han desarrollado una *Lex Mercatoria* de la construcción. Con todo, a pesar de la difusión de su utilización y el carácter reiterativo de las mismas, que podría convertirlas en verdaderos usos y prácticas del comercio, debe tenerse en cuenta que, aunque se trata de los modelos más utilizados, existen otros referentes contractuales elaborados por instituciones diversas. De modo que, pese a su importancia, no se utilizan de modo constante y universal, por lo que

---

<sup>635</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 76.

<sup>636</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: “Moving Toward a...”, cit., p. 59.

<sup>637</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, cit., p. 254.



tampoco puede hablarse de una relación exclusiva entre las condiciones FIDIC y la *Lex Mercatoria*. En cualquier caso, aun negando a los usos del comercio internacional el carácter de fuente de los contratos internacionales de ingeniería, no se puede obviar la influencia de aquéllos en la elaboración de éstos<sup>638</sup>. Asimismo, además de uso generalizado, no puede olvidarse que el Banco Mundial ha adoptado el modelo estándar de la FIDIC para sus operaciones, lo que consolida la importancia de tales principios.

En nuestro caso, el análisis del *ius ingeniorum* como expresión de la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la ingeniería quedaría conformado, por un lado y como veremos, (1) por los principios generales de la ingeniería habitualmente admitidos en el sector. (2) Por otro, por los usos y prácticas del comercio, fundamentalmente, las condiciones generales y los contratos modelo elaborados por distintas instituciones y asociaciones de ingeniería (como es, por ejemplo, la FIDIC). (3) Y, finalmente, por la práctica arbitral derivada de las controversias de los contratos internacionales de ingeniería. A ellos dedicaremos las próximas páginas.

### **III.- Los principios generales del comercio internacional**

#### ***1.- Los principios generales del comercio aceptados internacionalmente***

##### **A.- Los principios generales del comercio internacional**

---

<sup>638</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 255.

## a.- Introducción

La utilización de los principios generales del Derecho del comercio internacional en los contratos internacionales a largo plazo es una realidad innegable. Desde esta perspectiva, se habla indistintamente de principios generales del derecho internacional, de *Lex Mercatoria* y de reglas transnacionales. No obstante se manifiesta la preferencia por la utilización de la acepción principios generales o reglas transnacionales pues tienen su origen en diferentes sistemas jurídicos nacionales. A saber: *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, abuso de derecho, *culpa in contrahendo*, buena fe, negociación en caso de circunstancias imprevisibles sobrevenidas -incluso en ausencia de cláusula de revisión- o diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otros<sup>639</sup>. Así como los denominados *actor incumbit probatio* o *exceptio non adimpleti contractus*<sup>640</sup>, reconocido en el ámbito de la ingeniería<sup>641</sup>.

La práctica arbitral utiliza, habitualmente, los principios generales en materia de contratación como el deber de información entre las partes<sup>642</sup> (asunto *Klockner*), la responsabilidad contractual por incumplimiento imputable a una de las partes con perjuicio para la otra (asunto *Norsolor*), necesaria limitación de los daños, el principio de compensación o el principio

---

<sup>639</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: "Moving Toward a...", *cit.*, p. 56.

<sup>640</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Introducción al Derecho...*, *cit.*, p. 103.

<sup>641</sup> Vid. los asuntos CCI núms. 7110/1999 y 8264/1997, publicados en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 39 y ss y pp. 62 y ss., donde se especifica la posibilidad para el contratista de suspender la ejecución de las obras cuando el cliente ha dejado de efectuar los pagos, salvo pacto en contrario.

<sup>642</sup> El deber de información entre las partes de un contrato internacional de ingeniería se reconoce en la práctica arbitral como un principio general del sector. A modo de ejemplo, en un contrato de instalación de planta industrial entre una sociedad de ingeniería estadounidense y una entidad pública argelina para el desarrollo industrial, el incumplimiento de este deber por el cliente había influido en la falta de ejecución por el contratista, tal y como estableció el tribunal arbitral. Vid. el asunto CCI núm. 8264/1997, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 62 y ss.

del *estoppel*<sup>643</sup>. Este último principio del *estoppel* juega un papel cada vez más importante en los procedimientos arbitrales en materia de construcción<sup>644</sup>, con la ventaja añadida de encontrar su equivalente en el principio de derecho civil *non concedit venire contra factum proprium*<sup>645</sup>, presentándose como ejemplo, en la práctica arbitral de un principio común en medio de la diversidad de los ordenamientos jurídicos estatales<sup>646</sup>.

Para el supuesto en el que las partes no concreten los principios generales que deben aplicarse se propone como solución utilizar varias vías de identificación de los mismos. Estos consistirían en el derecho comparado, los convenios internacionales y los laudos arbitrales<sup>647</sup>.

Los estudios en materia de derecho comparado, los convenios internacionales, como pueda ser el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>648</sup>, la labor de algunas instituciones internacionales como el Comité de arbitraje de la asociación de Derecho internacional, colaboran a la concreción de los principios generales aplicables a un contrato internacional. Asimismo, la recopilación de los mismos llevada a cabo por UNIDROIT, en el ámbito internacional, o la Comisión Lando, a nivel europeo, como veremos, les confiere una consolidación y una mayor facilidad para su utilización en la práctica. Este afán recopilatorio no es sino la manifestación de su importancia en la realidad

---

<sup>643</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos...*, cit., p. 387.

<sup>644</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 617 y el laudo arbitral de la CCI en el asunto 7110/1999, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 39 y ss.

<sup>645</sup> Vid. GAILLARD, E.: "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international", *Rev. Arb.*, 1985, p. 249.

<sup>646</sup> Vid. Asunto CCI núm. 3493 (Pirámides), asunto CIRDI Amco Asia (*Amco-Asiac. Republique d'Indonesie*, de 25 de septiembre de 1983, en *ILM*, 1984, p. 351), Asunto CCI núm. 4071/1983 y asunto CCI 4023/1989.

<sup>647</sup> Vid. GAILLARD, E.: "Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts", *International Business Lawyer*, mayo 1999, pp. 214 y ss., p. 215.

<sup>648</sup> Si bien la jurisprudencia ha excluido expresamente los contratos de construcción del ámbito de aplicación del Convenio de Viena. Vid. la sentencia alemana del *Oberlandesgericht Köln*, de 26 de agosto de 1994, núm. 19 U 282/93.

del comercio. Por esta razón, conviene hacer referencia a los trabajos más importantes realizados en este campo para, con posterioridad, poder analizar la existencia de unos principios generales propios y específicos en el ámbito de la ingeniería<sup>649</sup>.

#### *b.- La operatividad de los principios generales*

En la práctica, los principios generales se introducen en la misma cláusula contractual de elección del derecho aplicable<sup>650</sup>. Esto significa que las partes, cuando determinan como aplicable al contrato los principios generales, deben especificar expresamente cuál o cuáles de entre todos ellos. Algunos ejemplos de especificación se manifiestan en el citado contrato internacional de ingeniería del Eurotúnel en el que los contratantes determinaron como aplicables los principios comunes al Derecho inglés y al Derecho francés, y los principios del Derecho del comercio internacional que hayan sido aplicados por los tribunales nacionales e internacionales<sup>651</sup>.

Esta concreción de los principios generales no tiene que corresponder específicamente con sistemas nacionales, sino que es susceptible de realizarse utilizando el criterio geográfico. Así, las partes pueden determinar como aplicables los relativos a una determinada zona geográfica como Europa del este o Europa occidental. Asimismo, las partes también pueden

---

<sup>649</sup> La notoriedad de los principios de UNIDROIT y de los Principios europeos del derecho de los contratos los convierte en representantes directos y la más reciente recopilación de los usos del comercio relevantes "relevant trade usages" tal y como ha afirmado la práctica arbitral. *Vid.* el asunto CCI núm. 10022/2000.

<sup>650</sup> *Vid.* GAILLARD, E.: "Use of General...", *cit.*, p. 215.

<sup>651</sup> Cláusula 68 de las condiciones del contrato firmado entre Eurotunnel y Transmanche Link en 1987. *Channel Tunnel Group Ltd. and another v. Balfour Beatty Construction Ltd and others* (1993) AC 334, 61 BLR 1. Otros ejemplos en el mismo sentido son el asunto CCI núm. 5163/1998 (*Int. Bus. Law.*, 1999, p. 220) en el que se determinaban como aplicables al contrato los principios comunes a los Derechos de Egipto y de Estados Unidos.

establecer un orden de jerarquía en los mismos que decidan aplicar, pudiendo elegir los de un determinado ordenamiento y, a falta de acuerdo entre las partes, determinar como aplicable otros principios generales<sup>652</sup>.

La amplia difusión de estos principios y el aumento de su importancia se ven apoyadas por la aplicación judicial de los mismos. Así, ante la contradicción de dos cláusulas en un mismo contrato, los tribunales estatales han aplicado los principios UNIDROIT, que establecen la preferencia de una cláusula tipo frente a otra que no lo sea, en caso de contradicción<sup>653</sup>.

Asimismo, junto a su aplicación judicial, se asiste, aunque de manera parcial, a la positivación de algunas normas de la *Lex Mercatoria*, es decir, a su recepción por distintos instrumentos normativos que establecen su valor jurídico, desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico estatal. En este sentido, los ejemplos, desde distintos ámbitos, se refieren al art. 9 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y el artículo 17 del Convenio de Bruselas. Desde una perspectiva arbitral, la cuestión de la aplicación de la *Lex Mercatoria* al fondo de la controversia arbitral se regula en el Convenio de Ginebra de 1961 donde en el art. VII. 1 da entrada expresamente a los “usos mercantiles” en esta cuestión, incluyendo la *Lex Mercatoria* elegida por las partes al margen de las legislaciones nacionales y las reglas consolidadas en el sector concreto de la ingeniería.

Fuera de aquellos casos en los que se aplican los principios generales del comercio internacional en materia de laudos arbitrales, esto es, a efectos de la verificación de su no contrariedad con el orden público en sede de ejecución, nos interesan fundamentalmente dos cuestiones: (A) el papel del árbitro en aquellos supuestos en los que las partes eligen para regular el

---

<sup>652</sup> Asunto de la CCI núm. 5331/1998, *Int. Bus. Law.*, 1999, p. 226. *Vid.* GAILLARD, E.: “Use of General...”, *cit.*, p. 216.

<sup>653</sup> Sentencia Tribunal de Apelación de Grenoble, de 21 de enero de 1996 (*Rev. Arb.*, 1997, p. 87). *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, *cit.*, p. 77.

fondo de su contrato los principios generales del comercio internacional, y (B) su función en ausencia de ejercicio de autonomía de la voluntad.

(A) Por lo que respecta a la primera de las cuestiones y, según se reconoce en las legislaciones más avanzadas en materia de arbitraje<sup>654</sup>, las partes tienen el derecho de determinar como aplicable al contrato los principios generales del derecho<sup>655</sup> y será el árbitro quien decida si esta elección es apropiada. A favor de este argumento está el ejemplo del sistema inglés que, tradicionalmente contrario a la aplicación de las denominadas normas transnacionales, reconoce en la *Arbitration Act* de 1996<sup>656</sup> la facultad de las partes para designar los principios generales como régimen rector del fondo de la controversia.

(B) Otra cuestión diferente es la relativa a la posibilidad de que el árbitro, a falta de elección por las partes, determine como aplicable los principios generales. Esta posibilidad se excluye en la calificada como “relativamente conservadora”<sup>657</sup> Ley Modelo de UNCITRAL. En este sentido, su artículo 28 lleva al árbitro a la aplicación de las normas de conflicto que sean aplicables, con vistas a la determinación del derecho regulador del fondo, y no puede acudir directamente a la aplicación de los principios generales.

Este planteamiento podría llevarnos a abogar, en la línea del sistema de la determinación de la ley aplicable bajo la perspectiva del Convenio de Roma de 1980, por la determinación como aplicable de un Derecho estatal neutral que no tiene nada que ver con el contrato, más fácil para las partes que la determinación de los principios generales que son soluciones específicas para los problemas que plantean los contratos internacionales. Y resulta interesante porque esta circunstancia es algo cada vez más habitual

---

<sup>654</sup> El sistema francés, suizo, alemán y la ley modelo de UNCITRAL en su artículo 1051.

<sup>655</sup> *Vid.* GAILLARD, E.: “Use of General...”, *cit.*, p. 216.

<sup>656</sup> Sección 46.

<sup>657</sup> *Vid.* GAILLARD, E.: “Use of General...”, *cit.*, p. 217.

en los contratos internacionales de construcción en los que se opta por la determinación del Derecho suizo como ordenamiento jurídico neutral y que no presenta ninguna vinculación con el contrato<sup>658</sup>. En cualquier caso, también se defiende la posibilidad para el árbitro de determinar como aplicables los principios generales, a falta de elección.

No obstante, no puede obviarse que el recurso a las normas estatales en el seno de un arbitraje gobernado por “derecho” transnacional suele ser habitual, y ello debido, principalmente, al carácter fragmentario del *ius ingeniorum* que no regula todos los aspectos de la relación contractual. Asimismo, el árbitro, como veremos, puede –finalmente- recurrir a los ordenamientos nacionales con la finalidad de garantizar la eficacia del laudo arbitral.

En suma, la introducción, por parte de los árbitros, de los principios generales del comercio internacional en el régimen del contrato puede ser directa o indirecta. De forma directa, cuando las partes los eligieran, expresamente, como aplicables al contrato, o bien a falta de elección de las partes. Indirectamente, cuando se aplica un determinado Derecho nacional y presenta algunas lagunas que pueden solucionarse a través de la aplicación de estos principios<sup>659</sup>.

En este sentido, la práctica arbitral también ha aplicado los principios generales de UNIDROIT para colmar las lagunas que presenta la aplicación

---

<sup>658</sup> La neutralidad del Derecho suizo resta los reparos de una de las partes en el contrato a que la otra le imponga un Derecho estatal que le resulte favorable a la parte que lo impone y es una opción habitual en el ámbito de la ingeniería. En un supuesto relativo a un contrato de suministro e instalación de equipamiento industrial en India, celebrado entre una empresa alemana y otra indú, la cláusula de derecho aplicable del contrato remitía al Derecho suizo que, como se observa, no presenta ningún vínculo con el contrato y que aporta garantía de neutralidad. *Vid.* el asunto CCI núm. 9651/2000.

<sup>659</sup> La práctica arbitral permite la aplicación conjunta de un Derecho estatal con los principios generales. Por ejemplo, en un contrato de construcción de un carretera en Argelia, celebrado entre una empresa francesa y otra española en el que las partes habían elegido el Derecho español, el árbitro decidió aplicarlo conjuntamente con los principios de UNIDROIT. *Vid.* el asunto CCI núm. 8873/1997, publicados en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 78 y ss.

del Derecho material uniforme rector del contrato internacional (concretamente, para completar la remisión que hace el art. 7.2 del Convenio de Viena de 1980 a los principios generales)<sup>660</sup>.

En definitiva, la *Lex Mercatoria* encuentra en la dimensión arbitral su espacio de actuación más amplio. De hecho cada vez son más habituales las decisiones arbitrales fundamentadas en el derecho transnacional, sobre todo en el marco de la CCI<sup>661</sup>. Y es, precisamente, el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París el que, habitualmente, resuelve las controversias surgidas en el marco de los contratos internacionales de ingeniería –recordemos una vez más, los contratos modelo de FIDIC contienen una cláusula de sumisión al arbitraje de esta institución-. Así, en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería hay práctica arbitral de la CCI en aplicación o recepción del *ius ingeniorum*<sup>662</sup>.

No obstante, nos encontramos en un estadio que podría calificarse de embrionario, según se ha manifestado en la práctica arbitral. Así, en algunas decisiones de la CCI se contiene una visión restrictiva por lo que concierne, concretamente, a las normas en materia de fuerza mayor contenidas en los principios UNIDROIT y en las condiciones FIDIC, afirmando que todavía no se encuentran en un estado de madurez suficiente como para elevarlas a la categoría de regla uniforme, susceptible de aplicación autónoma<sup>663</sup>.

## **B.- Los principios de UNIDROIT (ámbito internacional)**

Sin duda, la referencia más importante, en este sentido, debe hacerse a los Principios generales aplicables a los contratos internacionales

---

<sup>660</sup> Vid. el asunto CCI núm. 8128/1995, publicado en *J.D.I.*, 1996, p. 1024.

<sup>661</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 80.

<sup>662</sup> Vid. asuntos CCI núms. 2583/1976, 3267/1979, 3540/1980, 3742/1983 y 4761/1986.

<sup>663</sup> Vid. el laudo de la CCI núm. 8873/1997, *Clunet*, 1998, p. 73.



elaborados por UNIDROIT que han sido calificados como el componente central de los principios generales reconocidos internacionalmente<sup>664</sup>, y se han admitido como fuente de la *Lex Mercatoria*<sup>665</sup>.

Estas reglas se han publicado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en 1994, bajo la denominación de *Principios para los contratos comerciales internacionales*<sup>666</sup>. Se trata de principios generales, no pensados expresamente para los contratos internacionales de ingeniería, si bien se incluyen determinadas disposiciones que resultan interesantes en relación con los contratos internacionales de ingeniería comercial<sup>667</sup>. Por lo que se refiere a su interpretación (capítulo 4), contenido de los mismos y obligaciones implícitas de las partes (buena fe, usos y prácticas establecidas entre las partes) (capítulo 5), fuerza mayor, intereses o indemnización (capítulo 7).

Suponen una “codificación de las normas esenciales del derecho de los contratos”, aunque se descarta la posibilidad de recopilarlos a través de un convenio internacional de derecho uniforme<sup>668</sup>. El objetivo de UNIDROIT al elaborarlos pasaba por la recopilación de aquellos principios comunes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales, intentando, además, adaptarlos a las necesidades concretas del comercio internacional<sup>669</sup>. Razón que otorga al conjunto de reglas recopiladas un grado elevado de consenso entre las partes y de asimilación en los ordenamientos jurídicos

---

<sup>664</sup> Vid. el Preámbulo de los Principios y el laudo arbitral de la CCI en el asunto núm. 7110/1995.

<sup>665</sup> Vid. el asunto CCI núm. 9875/1999.

<sup>666</sup> Vid. *Principes relatives aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, Roma, 1994.

<sup>667</sup> Vid. ALPA, G.: “I Principi dell’ UNIDROIT. Quadro di sintesi” en ALPA, G.: *I contratti in generale*, Torino, UTET, 1999, pp. 195 y ss.

<sup>668</sup> Vid. DROBNIG, U.: “The UNIDROIT Principles in the conflict of laws”, *Uniform Law Review*, 1998, pp. 385 y ss.

<sup>669</sup> Vid. BASEDOW, J.: “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 129 y ss., p. 129.

nacionales<sup>670</sup>.

Su publicación en 1994 se presenta como uno de los avances más importantes en materia de elaboración de una normativa transnacional que sienta sus bases en el estudio bajo el método de derecho comparado para recopilar criterios comunes a los diferentes sistemas<sup>671</sup>. En este sentido, el hecho de tratarse de principios compartidos por varios ordenamientos y que, además, tienen su origen en diferentes cuerpos jurídicos nacionales, parece dotarlos de mayor legitimidad, aunque reconociendo que no gozan de fuerza obligatoria. Esta circunstancia, no obstante, no se presenta como un límite para su elaboración porque su intención pasa por el establecimiento de lo que pueda ser la mejor solución, incluso, cuando ésta no haya sido positivizada, tal y como se establece en ellos<sup>672</sup>.

Estos principios no tienen fuerza obligatoria, en el sentido de fuerza legal, de modo que son comparables a los contratos modelo (resultan obligatorios cuando las partes deciden someterse a los mismos). Debe pensarse que se elaboran con carácter general, mientras que los contratos estándar se diseñan específicamente para un tipo de operación o transacción comercial. Además, en la elaboración de los principios no intervienen asociaciones profesionales que puedan perseguir determinados intereses económicos, sino expertos juristas<sup>673</sup>. En cualquier caso, puede combinarse la utilización de ambos instrumentos, como ocurre en el asunto Eurotúnel, un contrato modelo –las *civil conditions* de la FIDIC- y la

---

<sup>670</sup> Su aceptación ha supuesto, por ejemplo, que en un contrato entre una empresa estadounidense y una entidad pública de un país de Oriente Medio donde se determinaban los principios generales del Derecho anglosajón, como ley aplicable al fondo de la controversia, se aplicaran los Principios de UNIDROIT. Vid. el asunto de la *London Court of Arbitration* 223/1995.

<sup>671</sup> Vid. MARELLA, F.: “La nuova Lex mercatoria” en GALGANO, F.: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, Padova, Cedam, 2000, p. 143.

<sup>672</sup> Vid. BONELL, M.J. (Ed.): A new Approach to International Commercial Contracts- The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Kluwer, 1999, p. 15.

<sup>673</sup> Vid. BASEDOW, J.: “Uniform Law Conventions and...”, *cit.*, p. 132.

aplicación de los principios de UNIDROIT<sup>674</sup>.

Éstos se han aplicado en la práctica arbitral a los contratos internacionales de ingeniería<sup>675</sup>. La generalidad de sus criterios permiten la adaptación a las concretas necesidades de estas relaciones jurídicas<sup>676</sup>. A modo de ejemplo, puede citarse un supuesto relativo a un contrato de construcción celebrado en Kuwait, entre una empresa italiana y otra kuwaití. Contrato en el que no se había elegido el Derecho aplicable al mismo y que contenía una cláusula de sumisión al arbitraje institucional de la CCI, que debía celebrarse en Italia, aplicando al procedimiento la ley suiza.

Ante el incumplimiento contractual de la contratista, que no respetó los plazos de entrega de la obra, la contraparte inició el procedimiento arbitral exigiendo una indemnización de daños y perjuicios por conducta culposa de la contratista, que no había prestado la diligencia precisa en la realización de la prestación. El tribunal arbitral, después de determinar como *proper law* la ley kuwaití, aplicó, conjuntamente los principios UNIDROIT, estableciendo que el retraso en la ejecución de las obras por incumplimiento del deber de diligencia del contratista podía incluirse en el concepto de “gross mistake” del art. 7.1.6 de los Principios de UNIDROIT. Asimismo, estableció que la cuantía de la indemnización puede reducirse en la medida en que la parte perjudicada pueda haber contribuido a provocar el daño (artículo 7.4.7 de los Principios)<sup>677</sup>.

---

<sup>674</sup> Vid. WEINTRAUB, R.J.: “*Lex Mercatoria and...*, *cit.*, p. 144.

<sup>675</sup> Vid. los laudos arbitrales de la CCI en los asuntos 7110/1999, 9333/1998, 8264/1997 y 5835/1996, publicados en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 33 y ss.

<sup>676</sup> Vid. BERGER, K.P.: “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *American Journal of Comparative Law*, 49, 1998, pp. 129 y ss.

<sup>677</sup> Vid. el laudo arbitrales de la CCI en el asunto 5835/1996, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 33-39.

### C.- Los principios europeos del Derecho de los contratos –PECL- (ámbito regional)

El proyecto europeo más importante es el de la Comisión europea sobre el derecho de los contratos formada, fundamentalmente por profesores universitarios de centros europeos. La respuesta alcanzada ofrece, por lo tanto, una perspectiva muy distinta a la de una iniciativa institucional. Esta Comisión –conocida por el nombre de su presidente: O. Lando- se reunió desde 1980, con el objeto de elaborar unos principios generales europeos sobre los contratos –PECL-, cuya primera parte se publicó en 1995<sup>678</sup>. La segunda parte trata la formación, el contenido, la validez y la interpretación del contrato y se preparó en 1998, publicándose una versión completa de los PECL en 2000<sup>679</sup>. La tercera parte, actualmente en proceso de elaboración, versa sobre la cesión del contrato y la responsabilidad.

La recopilación de estos principios, como base para la elaboración de un Código europeo de los contratos, se considera como un ejemplo claro de elaboración de *Lex Mercatoria*<sup>680</sup>. Así, los PECL prevén su aplicación en ausencia de elección del derecho aplicable al contrato por las partes<sup>681</sup>, solución que excepciona la regla general del Convenio de Roma y sustituye la vía conflictual por la material, vía compleja en el plano jurisdiccional, pero que no plantea problema en su aplicación por los árbitros.

Estos principios pueden facilitar el comercio en el ámbito intracomunitario, constituyendo, incluso, a nivel jurídico un “puente” entre el

---

<sup>678</sup> Vid. LANDO, O.-BEALE, H: Principles of European Contract Law. Part I: Performance, non Performance and Remedies, Londres, Kluwer, 1995.

<sup>679</sup> Vid. LANDO, O.-BEALE, H: Principles of European Contract Law. Parts I and II, prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague, Kluwer, 2000.

<sup>680</sup> Vid. los asuntos CCI núms. 10022/2000, 9797/2000 y 9474/1999.

<sup>681</sup> Vid. art. 101.3.b.

derecho anglosajón y el continental<sup>682</sup>. Asimismo, pueden tener otras utilidades prácticas como el hecho de poder configurarse como un sustrato jurídico para jueces y árbitros que facilite la aplicación de las normativas nacionales, así como de modelo para una futura armonización del Derecho europeo en la materia<sup>683</sup>. Además, el alcance de los PECL supera ,en la práctica, el ámbito europeo<sup>684</sup>.

El problema que presentan estos principios, al igual que ocurre con los de UNIDROIT, es que no regulan exhaustivamente todos los aspectos del contrato. Así, existen lagunas en determinadas materias –como la prescripción de las acciones o la transmisión de la propiedad- en las que es necesario acudir al método conflictual<sup>685</sup>.

Esta situación demuestra la relación de complementariedad, en el ámbito europeo entre la existencia de unos principios generales (con vocación de convertirse en Derecho material uniforme) y la reglamentación conflictual europea en materia conflictual: el Convenio de Roma<sup>686</sup>. Por esta razón cabría plantearse la orientación conflictualista del Convenio que impide la remisión a un derecho que no sea estatal.

---

<sup>682</sup> Vid. LANDO, O.-BEALE, H: *Principles of European...*, cit., p. xxi.

<sup>683</sup> Vid. JANSEN, C.: “The Case for the European *Lex Constructionis*”, *International Construction Law Review*, 2000, pp. 593 y ss.

<sup>684</sup> En este sentido, existe jurisprudencia nacional extracomunitaria, relativa a contratos de construcción, que aplica los principios europeos del derecho de los contratos para la interpretación de principios generales como el de buena fe. Vid. la sentencia australiana del *Suprem Court of New South Wales*, de 1 de octubre de 1999, en el asunto *Aiton v. Transfield*, num. 996.

<sup>685</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos...*, cit., p. 373.

<sup>686</sup> Vid. BASEDOW, J.: “A Common Contract Law for the Common Market”, *Common Market Law Review*, 1996, pp. 33 y ss.

## **2.- La posible existencia de unos principios generales relativos a los contratos internacionales de ingeniería**

La mayor parte de los principios generales de la *Lex Mercatoria* citados y reconocidos internacionalmente concurren en el ámbito de la ingeniería. La presencia especializada de estos principios en este sector tiene como consecuencia que adquieran una autonomía y una especificidad que lleva a la doctrina a calificarlos como los principios conformadores del llamado *ius ingeniorum* o la *lex constructionis*<sup>687</sup>.

A modo de ejemplo de la aplicación de los principios generales al ámbito de la ingeniería por la jurisprudencia y la práctica arbitral, podría señalarse la importancia de la operatividad del principio *pacta sunt servanda* en los contratos internacionales de Derecho público relativos a obras de ingeniería con procedimientos de licitación. Asimismo, se concreta la aplicabilidad del principio *rebus sic stantibus* en situaciones extremas, en el caso en el que los riesgos previsibles se prevean en el momento de la fijación del precio. Además, el principio de buena fe es reconocido como un principio básico en materia de contratación<sup>688</sup>, que tiene carácter obligatorio en los contratos internacionales de ingeniería<sup>689</sup>.

Los principios generales de *pacta sunt servanda* y el de buena fe han sido reconocidos explícitamente como tales en el ámbito de la ingeniería<sup>690</sup>.

---

<sup>687</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: "Moving Toward a..., *cit.*, pp. 64 y ss.

<sup>688</sup> Vid. asunto CCI, de 25 de noviembre de 1994.

<sup>689</sup> Así lo ha reconocido la jurisprudencia, incluso, aunque no se mencione el citado principio en el contrato. Vid. la sentencia australiana del *Suprem Court of New South Wales*, de 1 de octubre de 1999, en el asunto *Aiton v. Transfield*, num. 996. En este sentido, recientemente, el TJCCEE ha reconocido como obligación legal y no contractual el deber de buena fe negocial, calificando la acción de responsabilidad por su incumplimiento de extracontractual (referido a un supuesto de compraventa internacional y *leasing* de una planta de molduras). Vid. la sentencia del TJCCEE, de 17 de septiembre de 2002, núm. C-334/00, en el asunto *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinen Fabrik GmbH (HWS)*.

<sup>690</sup> Vid. el asunto CCI núm. 7110/1999, publicado en *ICC International Court of Arbitration*

En el asunto relativo a un contrato internacional de ingeniería entre una empresa británica y una entidad pública checa para la realización de un proyecto de ingeniería de desarrollo rural y regido por el Derecho checo, la contratista acudió a arbitraje denunciando el incumplimiento del contrato por el cliente por negarse a cooperar y a negociar. El árbitro abogó por los principios de *pacta sunt servanda* y de cooperación de buena fe entre las partes, con el objeto de continuar la relación jurídica para la realización del proyecto<sup>691</sup>.

De manera más concreta, la práctica arbitral ha establecido un principio general del Derecho del comercio internacional comúnmente admitido en el ámbito de la ingeniería, relativo a los sistemas de fijación del precio en estos contratos. En este sentido, el método más utilizado –y así se señala como práctica o uso, posteriormente- es el de precio fijo o *lump sum*, que se rige por el principio del compromiso de las partes en no modificarlo, salvo circunstancias excepcionales, y que obliga al establecimiento de partidas muy detalladas. Esta característica de rigidez en el precio bajo el procedimiento *lump sum* ha sido calificada por los árbitros internacionales como un principio del derecho del comercio internacional generalmente admitido en el ámbito de la ingeniería<sup>692</sup>.

Algo parecido ocurre en la utilización de las cláusulas penales denominadas *liquidated damages* atinentes al *common law* (y que también se presentan como un uso del comercio en los contratos internacionales de ingeniería). Estas cláusulas penales que insertan las partes en el contrato no son susceptibles de ser revisadas por los árbitros o los jueces, como ocurre, en ocasiones, con otras similares. Esta ausencia de revisión de la cuantía de los *liquidated damages* también ha sido calificado por la práctica arbitral

---

*Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 33 y ss.

<sup>691</sup> Vid. el asunto CCI núm. 9753/1999.

<sup>692</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3267/1978, relativo a un contrato de construcción de un proyecto de Edificación en Arabia Saudita, publicado en *International Commercial Arbitration*, 1979, pp. 78 y ss.

como un principio general del comercio<sup>693</sup>.

### **A.- Principios generales de la ingeniería en el ámbito europeo**

La existencia de los citados Principios generales de UNIDROIT aplicables a los contratos internacionales y otras iniciativas como los grupos de trabajo europeos creados para la elaboración de un código europeo de Derecho de los contratos, llevan a plantear la cuestión de la efectiva existencia de una serie de principios generales, internacionalmente admitidos en el sector de la construcción<sup>694</sup>.

Debe pensarse que cada vez es más habitual que las partes deseen no determinar como aplicable a su contrato alguna de sus propias leyes, y que por ello opten por someterse a ciertos principios generales aceptados internacionalmente. De hecho cada vez se utiliza más en los contratos internacionales la fórmula de que las partes se someten al arbitraje “de acuerdo con los principios generales”. La existencia de unos principios de esta naturaleza en el contexto comunitario referidos a los contratos de ingeniería, no sólo permitiría a las partes elegirlos expresamente, sino que también podría sentar las bases de lo que puede ser una legislación comunitaria sobre la materia en un futuro próximo<sup>695</sup>.

Lo cierto es que se reconoce la necesidad de unificar las normas relativas a los mercados de las obras públicas, de modo que la competencia

---

<sup>693</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3267/1978 en *International Commercial Arbitration*, 1979, pp. 78 y ss.

<sup>694</sup> Vid. BEALE, H.: “Harmonisation of Construction Law and Practice- Part II: European Principles of contract Law and Construction Contracts”, *ICLR*, 15-1998, pp. 85 y ss.

<sup>695</sup> Vid. BEALE, H.: “Harmonisation of Construction...”, *cit.*, p. 87.



sea homogénea en el ámbito comunitario para las empresas contratistas que optan a un concurso de obra pública en cualquiera de los Estados miembros. Debe pensarse, en este sentido, que para estos actores, quizá tiene más importancia la problemática de la responsabilidad contractual, una vez terminada la ejecución de la obra, que otras cuestiones relativas al desarrollo del contrato<sup>696</sup>.

Dependiendo de las similitudes entre las distintas legislaciones y sus efectos, podrá alcanzarse un mayor consenso en la elaboración de unos principios europeos. Normalmente, en los contratos de relevancia económica considerable, y que, por esta razón, resultan atractivos para las entidades contratistas extranjeras, se suelen incorporar los términos de los contratos estándar más utilizados.

Una de las diferencias entre unos sistemas y otros en el ámbito europeo se refiere a la propia existencia de distinción, o no, entre derecho público y derecho privado. En los sistemas de tipo continental, esta diferencia aparece profundamente arraigada, si bien en algún sistema como el francés se reconoce que los principios en materia de construcción pueden ser comunes en el ámbito público y privado, considerando que la construcción pública engloba el conjunto de principios legales que regulan la fase del proceso de construcción en la que la realización de los trabajos de construcción está legalmente determinada. Así, desde un punto de vista funcional, se considera el Derecho de la construcción como un ámbito global que incluye la ejecutada en el sector público, con sus normas específicas<sup>697</sup>. Las relaciones entre clientes públicos y contratistas forma parte del Derecho

---

<sup>696</sup> La cuestión de la responsabilidad ha llevado, en algunos supuestos, a aplicar la perspectiva de ordenamientos jurídicos estatales. Por ejemplo, en la ejecución de un proyecto de construcción en Libia, el árbitro aplicó la jurisprudencia estadounidense en materia de responsabilidad del cliente para evitar el retraso cuando existen varios contratistas principales, cuya labor y coordinación debe supervisar. *Vid.* el asunto CCI núm. 3790/1984.

<sup>697</sup> *Vid.* JANSEN, C.E.C.: *Towards a European Building Contract Law. Defects Liability: a Comparative Legal Analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law*, Tilburg, Schoordijk Institut Center for liability law, 1998, p. 30.

privado en Holanda y Alemania, mientras que se trata de contratos administrativos en Bélgica, Francia y España (en el caso francés y español sometidos a los tribunales administrativos)<sup>698</sup>.

Con todo, aunque existen aspectos regulados de forma muy diferente, puede hablarse de una serie de principios jurídicos que son reconocidos de forma general, incluso, aunque no estén positivizados en un determinado sistema nacional. En este sentido, cabe citar, por ejemplo, el ya mencionado principio de buena fe en la ejecución del contrato, que se señala habitualmente en el contexto de los contratos de ingeniería. Este principio aparece expresamente reconocido en los ordenamientos jurídicos alemán y francés, pero no se admite explícitamente en los sistemas de *common law*, si bien se trata de concretar por la jurisprudencia con base en algunas leyes relativas a materias específicas, por ejemplo, protección de los consumidores<sup>699</sup>.

(A) Este principio de buena fe se reconoce implícitamente en otro concretado en la obligación del cliente de permitir al contratista la ejecución de la obra, que se deriva, a su vez, del principio de cooperación entre las partes para procurar la realización del contrato<sup>700</sup>. A su vez, también presenta unas manifestaciones específicas como puedan ser el deber de comunicación del cliente al contratista (entrega de documentos y de instrucciones). Así como la obligación de procurar permisos y licencias, poner a disposición del contratista el lugar de ejecución de la obra, proveerle de los materiales necesarios, coordinar las actividades si existen varios contratistas, valorar las propuestas del contratista y la obligación de recepción de la obra.

---

<sup>698</sup> Vid. JANSEN, C.E.C.: *Towards a European...*, cit., p. 33.

<sup>699</sup> Vid. BEALE, H.: "Harmonisation of Construction...", cit., p. 90.

<sup>700</sup> Este principio es común a los sistemas inglés, alemán, francés y holandés, además del español, y se consolida en algunos contratos estandarizados como el VOB, que veremos. Vid. JANSEN, C.E.C.: *Towards a European...*, cit., pp. 140 y ss.

(B) Otro principio común en el ámbito europeo es el relativo a las obligaciones del contratista con respecto a la calidad de la obra. Este deber se concreta en las especificaciones efectuadas en el contrato o pactadas por las partes. Así, la calidad de los materiales y de la realización de la obra deberá ajustarse a lo pactado en los documentos contractuales pero, también, a lo establecido en las instrucciones del cliente o en las condiciones generales a las que se hayan sometido. Desde un punto de vista objetivo, la calidad se refiere a los materiales en sí y al proceso que puedan experimentar, así como a la calidad final de la obra considerada como un todo. Este principio implica, asimismo, la obligación para el contratista de informar al cliente, que puede referirse a opciones inadecuadas que aporte el cliente o transmitirle toda la información necesaria para que pueda valorar las decisiones del contratista<sup>701</sup>.

### **III.- Los usos y las prácticas del comercio internacional**

#### ***1.- Los usos del comercio internacional en el ámbito de la ingeniería***

##### **A.- Introducción**

Los usos y prácticas reiterados en el comercio internacional se plasman en diversos conjuntos normativos elaborados por Asociaciones privadas o instituciones públicas, como son, fundamentalmente, los contratos tipo y las denominadas reglas uniformes, por ejemplo, sobre créditos documentarios o

---

<sup>701</sup> Vid. JANSEN, C.E.C.: *Towards a European...*, cit., pp. 300 y ss.

los INCOTERMS de la CCI<sup>702</sup>.

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 construcción<sup>703</sup>. Los usos y las prácticas del comercio internacional son generalmente admitidos en el ámbito internacional de la construcción, sobre todo, a partir de los establecidos en los contratos tipo más utilizados. Y más aún, en aquellos países en vías de desarrollo en los que, cada vez es más habitual su ejecución, y en los que se suele carecer de una regulación específica nacional en materia de construcción o ingeniería y, menos todavía, ideada para las operaciones internacionales<sup>704</sup>.

La ausencia de un cuerpo normativo internacional en materia de contratos internacionales de construcción, y la existencia de usos que imperan en la práctica del comercio, pero que difieren de un país a otro, conduce directamente al incremento en el riesgo de las complejas operaciones internacionales de construcción para los actores de este concreto sector del comercio internacional: clientes, contratistas e ingenieros<sup>705</sup>. Lo que fuerza a las partes de un contrato a recurrir a los usos del comercio internacional en el sector<sup>706</sup>.

En concreto, en lo que afecta a los contratos de ingeniería comercial, cabe señalar las prácticas elaboradas por asociaciones profesionales independientes, en nombre de las distintas partes involucradas en ese sector del comercio. En este sentido, debe destacarse la labor de recopilación realizada por asociaciones profesionales en el ámbito de la ingeniería como la FIDIC o ORGALIME, que representan a los distintos sectores implicados

---

<sup>702</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Introducción al Derecho...*, cit., p. 103.

<sup>703</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 593.

<sup>704</sup> MOLINEAUX, Ch.: "Moving Toward a...", cit., p. 57.

<sup>705</sup> Vid. STOKES, MC.: *International Construction Contracts...*, cit., p. 1.

<sup>706</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., pp. 39-40.

en esta operaciones<sup>707</sup>. Asimismo, las establecidas por organismos intergubernamentales (ONU, UNCITRAL, UNIDO, etc.) sobre las que, sin embargo, debe demostrarse su adopción efectiva. Y lo mismo ocurre con los denominados códigos de conducta o las guías (elaboradas en el seno de instituciones como el Banco Mundial), cuya función se califica, únicamente, como “instrumental” al contrato<sup>708</sup>.

Todas estas circunstancias otorgan un papel preponderante a los usos del comercio en la resolución de controversias de los contratos internacionales de construcción<sup>709</sup>.

## **B.- Prácticas generalizadas existentes en el sector**

Los usos del comercio en el ámbito de la construcción gozan de gran importancia en la resolución de litigios, sobre todo, en el ámbito arbitral. Los usos pueden ser, contrariamente a lo que ocurre con los principios generales del derecho, de creación y aplicación local o regional. Por esta razón, se hace referencia a la existencia de usos del comercio pertenecientes a distintos mercados e industrias de la construcción<sup>710</sup>.

La imposibilidad de una unificación de las legislaciones nacionales de los distintos Estados facilita la posibilidad de alcanzar un acuerdo internacional sobre los conceptos básicos y las reglas que deben regir las

---

<sup>707</sup> Curiosamente, FRINAGNI, al hacer referencia a la codificación de los usos del comercio que realizan “las grandes asociaciones privadas del comercio internacional” mediante los contratos estandarizados o principios generales del contrato señala expresamente la labor de asociaciones como la FIDIC o ORGALIME que actúan, precisamente, en el ámbito de la ingeniería. *Vid.* FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 22.

<sup>708</sup> *Vid.* FRIGNANI, A.: *Il contratto internazionale*, *cit.*, p. 24.

<sup>709</sup> *Vid.* SCHMITTHOFF, C., M.: *International Trade Usages*, París, publicación CCI núm. 440/4, 1988, p. 7.

<sup>710</sup> *Vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 594.

relaciones contractuales en un ámbito internacional como es el de la construcción<sup>711</sup>. Por esta razón, interesa identificar qué prácticas aparecen lo suficientemente consolidadas en este sector de la contratación internacional como para que puedan ser consideradas como verdaderos usos del comercio internacional<sup>712</sup>.

En este sentido, en el ámbito de la ingeniería son diversas las prácticas que se han considerado como generalizadas. Entre las consideradas como usos del comercio internacional, cabe señalar, a modo ejemplificativo algunos que tienen una especial relevancia en el ámbito de la contratación internacional de ingeniería.

#### *a.- La realización de estudios de preinversión*

En primer lugar, puede hablarse de la realización de los estudios de preinversión (denominados de *fattibilità*, *feasability study*, *soil investigation-design*). Se trata de una práctica generalizada por parte del cliente para el análisis de las condiciones económicas, técnicas y financieras del proyecto. En la realización de estos trabajos no se cuenta todavía con la información detallada, de modo que se configuran como una aproximación. Y esta falta de información detallada se considera, asimismo, como una práctica generalizada.

Para evitar las consecuencias negativas de esta imprecisión, puede recurrirse a la cláusula *adverse phisycal conditions*, que prevé una

---

<sup>711</sup> Vid. BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form...*, cit., p. 19.

<sup>712</sup> En este sentido, existe algún intento de doctrina de recopilación de lo que pueden considerarse los usos del comercio internacional en el ámbito de la ingeniería comercial o la construcción. Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: "Gli usi del commercio internazionale relativi al contratto di appalto" en VV.AA.: *Il contratto internazionale di appalto*, Milán, EGEA-ISDACI, 1992, pp. 111-130.

compensación para la empresa ante la concurrencia de circunstancias que fueran imprevisibles. Asimismo, se reconoce con carácter general, en los sistemas de *common law* y la jurisprudencia la obligación que corresponde a la parte más especializada de transmitir toda la información que disponga para la realización de estos estudios<sup>713</sup>.

#### *b.- Los sistemas de fijación del precio*

El sistema de fijación del precio –al que ya se ha hecho referencia– también ha sido considerado como un uso del comercio internacional en el ámbito de la ingeniería o la construcción. Así, en principio, la utilización del método de precio alzado –*lump sum*– con base en la determinación de un precio fijo que incluye todas las prestaciones de la obra se considera como una práctica generalizada. Este sistema admite modificaciones de manera muy limitada, circunstancia que es reconocida por la práctica arbitral como un principio general del comercio internacional<sup>714</sup>.

El problema radica en que, habitualmente, el trabajo sufre modificaciones que acaban repercutiendo en el precio, de ahí que se busque otro método como el sistema del precio unitario –*unit price*–. En este caso, se establece un precio por unidad de producción y el montante global no puede sino concretarse al final<sup>715</sup>. En cualquier caso, lo más importante es que

---

<sup>713</sup> Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: “Gli usi del...”, *cit.*, p. 120.

<sup>714</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3267/1978, publicado en *International Commercial Arbitration*, 1979, pp. 78 y ss.

<sup>715</sup> La unidad de producción es una medida utilizada habitualmente en la instalación de plantas industriales. Por ejemplo, en un supuesto de la jurisprudencia española relativo a un contrato de instalación de una planta industrial, el objeto del contrato se refería, precisamente, a diseñar y construir una planta industrial para recristalizar 1000 Kg./h. De ácido oxálico, con una pureza mínima de 100 partes por 1.000.000 de contenido de azufre. Unidades de producción que no se obtuvieron y que dieron lugar al incumplimiento del contrato. Vid. la Sentencia del TS, de 20 de noviembre de 2001, RJA 2001/9461.

estos métodos satisfagan dos principios o usos establecidos. Por un lado, el de *all inclusive price* y por otro el de *lowest bid*. Se trata, en suma, de establecer métodos de determinación del precio que incluyan todas las circunstancias, y que, además, siga primando la oferta más baja en precio de las concurrentes para la adjudicación de una obra en el procedimiento de licitación, después de excluir, por supuesto, las ofertas temerarias.

Frente a estas prácticas, se propone la inserción de cláusulas de revisión de los precios en los contratos y la utilización de métodos de determinación del precio que respondan efectivamente a los costes reales. Precisamente, el método propuesto es el precio a margen fijo o de costes reembolsables por ajustarse mejor a las necesidades contractuales (contratos complejos, a largo plazo, etc). En este sistema, la determinación del precio se ajusta a los costes reales, a los que se suma una cantidad en virtud de honorarios.

#### *c.- Las garantías de buena ejecución*

Otra de las prácticas del sector que se entiende consolidada como un uso del comercio internacional es la utilización de los llamados *performance bonds* (considerados como garantías de buena ejecución pero *in natura*).

Esta figura suele configurarse como garantías a primera demanda. Así, el contratista puede dirigirse a un banco local para que emita la garantía al banco extranjero del país del cliente como garante (y, así, el banco local actúa de contragarante). La mayor ventaja de estos instrumentos para el cliente –que es, al mismo tiempo, el mayor inconveniente para el contratista- es que pueden ejecutarse a solicitud del cliente y sin necesidad



de la prueba del incumplimiento<sup>716</sup>.

En definitiva, las dificultades que plantea la utilización de una garantía independiente a primera demanda, sobre todo, por lo que implica de la posibilidad de utilización abusiva por parte del cliente, han llevado a proponer su sustitución en los modelos contractuales estándar por otras fórmulas que ponderen los intereses de todas las partes de forma más equilibrada. Equilibrio, que se manifiesta, por ejemplo, limitando la posibilidad de una utilización abusiva por una de las partes introduciendo la necesidad de la prueba del incumplimiento contractual para su ejecución.

#### *d.- Los contratos modelo*

Los modelos contractuales estandarizados se presentan, asimismo, como un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería, pues se trata de uno de los sectores de la industria en el que más se ha desarrollado la elaboración de contratos modelos, que veremos con posterioridad. En este sentido, el contrato estándar más utilizado en el ámbito internacional son las condiciones FIDIC, más conocido como el *libro rojo*. Con todo, se reconoce que en determinados países como Arabia Saudita y Nigeria, el proceso de estandarización se basa más en modelos europeos –fundamentalmente, los del Fondo Europeo de Desarrollo, conocidos por el acrónimo FED- que no son de origen anglosajón.

El problema que plantea la utilización generalizada de las condiciones FIDIC, se centra en determinados recelos que crea la idea de que tales

---

<sup>716</sup> En la jurisprudencia inglesa estas figuras se consideran habituales en el sector de la construcción, si bien también han sido objeto de ciertas críticas en defensa de la posición del contratista. *Vid.* los asuntos *Perar BV v. General Surety Guarantee* (1994) 66 Build LR. Y *Trafalgar House Construction Ltd. V. General Surety and Guarantee Ltd.* (1994) 66 Build LR. y *The House of Lords* (1996) 1 AC 199.

modelos contractuales puedan beneficiar a alguna de las partes. Además, también ocurre en la práctica que se acaban utilizando combinados, en busca de un mayor equilibrio de los intereses involucrados. Estas circunstancias llevan a proponer la elaboración de un contrato tipo, por parte de la FIDIC más flexible, que no necesite el recurso a distintas cláusulas que, en ocasiones pueden resultar, incluso, incompatibles entre sí. En este punto sirva el ejemplo de la combinación de dos técnicas de fijación del precio ya citadas anteriormente: *lump sum* y *unit price*.

#### *e.- Las funciones del ingeniero*

Otro de los usos del comercio consolidados en estos contratos se refiere a las funciones del ingeniero, quien se encarga de realizar los planos del diseño y la concepción de la obra, supervisar la ejecución de los trabajos y controlar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, velando por los intereses del cliente, además de gozar de algunos poderes de certificación de pago y la posibilidad de dar algunas órdenes de modificación de los trabajos. Además, no debe olvidarse la función cuasi arbitral que le otorgó el *libro rojo* de la FIDIC durante mucho tiempo.

La figura del ingeniero ha sido ahora sustituida por la de la sociedad de ingeniería y su función imparcial se reconduce a la de representante de los intereses del cliente, que se recoge en la última reforma de las condiciones FIDIC, a la que ya se ha hecho referencia. Cambio que, por otro lado era de esperar, dado que, en definitiva, el ingeniero y la sociedad de ingeniería son contratados por el cliente y deben, lógicamente, defender los intereses de la parte que le remunera.

No puede olvidarse la función cuasi arbitral que se otorga al ingeniero. Verdaderamente, no tiene ningún sentido que el ingeniero contratado por el

cliente trate de asumir una posición imparcial en medio de una controversia entre el cliente y el contratista. Tanto es así que, como ya hemos apuntado, en la última de las reformas de la FIDIC, se elimina esta posición de imparcialidad del ingeniero, y se hace referencia a la figura de representante del cliente, ya que a fin de cuentas no hace sino representar los intereses de esta parte que es, además, quien le contrata.

*f.- El suministro de sistemas de telecomunicación*

Una práctica habitual reconocida como uso del comercio en el ámbito de los contratos de ingeniería y recogido en los laudos arbitrales<sup>717</sup> es la relativa al suministro de comunicaciones que debe realizar el cliente respecto del contratista. Así, en relación, sobre todo, con los contratos ejecutados en países en vías de desarrollo, el cliente debe conseguir todas las licencias y permisos necesarios de las autoridades locales para la instalación de las comunicaciones de télex, fax y teléfono a favor del contratista.

En este caso, se trata de un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería que tiene carácter local, es decir, que se aplica en los contratos internacionales de ingeniería a ejecutar en países en vías de desarrollo<sup>718</sup>.

*g.- Los liquidated damages*

---

<sup>717</sup> Vid. Asunto CCI núm. 3790/1984.

<sup>718</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 596.

Otra de las prácticas consolidadas en los contratos internacionales de ingeniería es la inclusión de cláusulas relativas a los denominados *liquidated damages*. Se trata de cláusulas penales, habituales en el *common law*, que establecen cuantiosas sumas para los supuestos de retraso en el cumplimiento de los plazos de entrega. Estas cláusulas garantizan el cumplimiento del contratista y su utilización es tan frecuente en los contratos internacionales de ingeniería que la práctica arbitral las califica como usos del comercio<sup>719</sup>. Asimismo, se considera un uso del comercio el pago de intereses cuando se producen retrasos en la entrega de los pagos fraccionados del precio<sup>720</sup>.

La enumeración de los diferentes usos del comercio consolidados en el ámbito de la ingeniería demuestra la importancia creciente de una conducta reiterada en estos contratos. La necesidad de una respuesta adecuada a las particularidades de este sector ha generado un conjunto de usos especializados que se manifiestan como parte integrante del denominado *ius ingeniorum*.

## **2.- Los contratos tipo en el ámbito de la ingeniería**

### **A.- La importancia de los contratos modelo de ingeniería**

Ya hemos apuntado cómo llama la atención el contraste existente entre el espectacular desarrollo del contrato de ingeniería y la ausencia en la

---

<sup>719</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3267/1978 en *International Commercial Arbitration*, 1979, pp. 78 y ss.

<sup>720</sup> Vid. asunto CCI 5277/1987, relativo a un proyecto de construcción a ejecutar en Arabia Saudita, publicado en *Year Book of Commercial Arbitration*, 1988, p. 80.

práctica comercial de regulación positiva alguna del mismo. Esta circunstancia ha dado lugar a la proliferación de contratos modelo elaborados por asociaciones profesionales internacionales, ampliamente utilizados en el comercio internacional<sup>721</sup>. En el sector de la ingeniería, como ocurre en otros como los seguros, el transporte o la venta de vehículos, la proliferación de los contratos modelo ha llevado a afirmar que asistimos a la “*transformation of contracts law by standards forms*”<sup>722</sup>. En este sentido, el derecho privado de la construcción ha sido calificado como “*self created law of the economy*”<sup>723</sup>.

Las necesidades de la práctica no se han colmado a través de un proceso de codificación internacional. De hecho, existen convenios internacionales multilaterales relativos a otros ámbitos, como ocurre, por ejemplo, en los casos de los derechos de propiedad intelectual e industrial – *copyright*, licencia y patentes-, así como los contratos de compraventa internacional o agencia<sup>724</sup>. Sin embargo, en el supuesto del contrato internacional de ingeniería, estas necesidades han tratado de ser colmadas a través de la iniciativa de distintas entidades en la elaboración de contratos tipo<sup>725</sup>.

Actualmente, en el ámbito del comercio internacional se subraya el protagonismo de los modelos contractuales que se han configurado como “*una parte esencial de las transacciones*”<sup>726</sup>. Pese a ello, estos contratos tipo no tienen valor imperativo y su objeto consiste en aconsejar a las partes

---

<sup>721</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: “Moving Toward a...”, *cit.*, p. 55.

<sup>722</sup> Vid. VACCA, C.: “Standardizzazione dei building contracts e nuove esperienze di composizione out of court delle controversie” en VV.AA.: *Il contratto internazionale di appalto*, Milán, EGEA-ISDACI, 1992, pp. 63 y ss.

<sup>723</sup> Vid. LORENZ, C.: *Construction contracts...*, *cit.*, p. 11.

<sup>724</sup> Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 133.

<sup>725</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The Globalisation of...”, *cit.*, p.552.

<sup>726</sup> Vid. BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form of...*, *cit.*, p.8.

involucradas en la relación<sup>727</sup>. En el marco de las actividades relacionadas con la construcción, la elaboración de estos contratos tipo se relaciona con las asociaciones profesionales independientes que trataban de establecer unos criterios uniformes tendentes a la eficacia y a la consecución de un contrato justo<sup>728</sup>.

La tendencia a la especialización en el ámbito de la ingeniería ha favorecido el establecimiento de una serie de normas específicas en cada uno de los distintos sistemas jurídicos y ha desembocado en la creación de diferentes modelos contractuales desde distintos ámbitos<sup>729</sup>. Las organizaciones profesionales de ingenieros han llevado a cabo una tarea, cualitativa y cuantitativamente, muy importante en la elaboración de contratos tipo, tanto en el ámbito internacional, como en el interno. De hecho, el proceso de estandarización ha sido considerado como una característica de la industria de la construcción<sup>730</sup>. Su importancia es tal que la función atribuida a estas entidades se considera que va más allá del diseño de un conjunto de contratos modelo, y alcanza la conformación de lo que se ha dado en denominar como un nuevo “*derecho de la ingeniería*” o *lex ingeniorum*<sup>731</sup>.

Puede parecer sorprendente que tan solo se haya elaborado un único modelo estándar de contrato de ingeniería configurado específicamente para el ámbito internacional -como veremos, el llamado *libro rojo* de la FIDIC- cuando existe un gran número de modelos tipo a nivel nacional<sup>732</sup>. La última edición del *libro rojo* de la FIDIC no contiene referencia alguna a la característica internacional del contrato y propone unos modelos

---

<sup>727</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats..., *cit.*, p. 251.

<sup>728</sup> Vid. BUNNI, N.G.: The FIDIC Form..., *cit.*, p. 3.

<sup>729</sup> Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive..., *cit.*, p. 141.

<sup>730</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction..., *cit.*, p. 670.

<sup>731</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats..., *cit.*, p. 251.

<sup>732</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction..., *cit.*, p. 649.

ambivalentes, tanto para contratos de ingeniería internos como internacionales. Lo cierto es que los modelos nacionales se han utilizado tradicionalmente en el ámbito internacional<sup>733</sup>.

La utilización habitual de los contratos modelo plantea la existencia de unos usos o prácticas que se repiten en todas las condiciones modelo, pues, es cierto que se están utilizando cláusulas contractuales idénticas por la vía de la utilización de modelos estándar, como por ejemplo, las citadas condiciones FIDIC. Por ello, surge la necesidad de establecer una aplicación e interpretación uniforme de las mismas que dote de seguridad a las transacciones jurídicas<sup>734</sup>, a veces dificultada por la utilización de un lenguaje divergente<sup>735</sup>.

En cualquier caso, las ventajas de la utilización de los contratos estándar para los sujetos que intervienen en el contrato son indudables. Para el contratista, por cuanto facilita la valoración de los riesgos y la preparación de las ofertas en las licitaciones. Para el ingeniero, en la medida en que la utilización de estos modelos supone la garantía de fórmulas que resultan beneficiosas para el cliente, para la gestión del proyecto y la cooperación con el contratista. Finalmente para el cliente, supone una delimitación y reparto del riesgo de forma concreta y, así, del precio. En definitiva, se reconoce de forma general los beneficios de los contratos estándar para la administración del contrato y su interpretación<sup>736</sup>.

La elección de uno u otro modelo, o incluso, la elaboración del contrato a partir de varios de ellos, depende, en todo caso, de la negociación de las partes, sobre todo, del poder de negociación del cliente, que suele gozar de una situación privilegiada, de modo que, en ocasiones, es él mismo quien

---

<sup>733</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 563.

<sup>734</sup> MOLINEAUX, Ch.: "Moving Toward a...", *cit.*, p. 63.

<sup>735</sup> Vid. ODAMS DE ZYLVA, M.: "Towards a Common Law: The Difficulty of Harmonising International Construction", *Construction Law Journal*, 1997, pp. 107-117, esp. p. 108.

<sup>736</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 670.

impone el contrato modelo a la ingeniería contratista que no puede sino aceptarlo, si bien, en alguna ocasión, con posibilidades mínimas de negociación<sup>737</sup>. Pero puede ocurrir que el cliente no imponga su modelo contractual y que el contratista tenga la posibilidad de negociar la fórmula contractual. En estos casos, las ingenierías gozan de libertad para basarse en contratos internos o internacionales o bien en los contratos modelo elaborados por las asociaciones profesionales.

## **B.- El proceso de estandarización de los contratos internacionales**

El proceso de elaboración de condiciones generales ha experimentado su propia evolución. En un primer momento, cabe destacar la importancia de la creación de contratos tipo a nivel nacional por las organizaciones de profesionales nacionales. Posteriormente, con el desarrollo experimentado por este sector de la economía, la práctica habitual consistía en la aplicación de los modelos nacionales al ámbito internacional. Sin embargo, los problemas que producía la utilización de un modelo interno para operaciones internacionales llevaron a la necesidad de formular, por parte de las asociaciones profesionales internacionales, un contrato tipo de carácter internacional.

En la realización de los contratos modelos hay un componente fundamental, que es el relativo a la concertación entre los actores involucrados. En el caso de la ingeniería, la concertación afecta a la elaboración de las condiciones generales que exigen un cierto grado de consenso entre las partes que intervienen. En cualquier caso, los contratos modelo elaborados por las asociaciones profesionales no tienen fuerza obligatoria. Tratan, simplemente, de favorecer a las operaciones que cubren,

---

<sup>737</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 270.



creando un lenguaje común que dote de certidumbre a estas relaciones jurídicas. En definitiva, pretenden aunar toda la experiencia adquirida en el sector para la elaboración de un derecho de la ingeniería<sup>738</sup>.

Pero estos instrumentos sí quedan afectados por la influencia decisiva de las normas imperativas en el contrato. Es evidente que las obligaciones impuestas por las denominadas normas de aplicación inmediata o necesaria son ineludibles, y la interacción de estas normas en el ámbito de la ingeniería internacional es especialmente importante. Estas normas pertenecen, en su mayoría, pero no exclusivamente, al país del lugar de ejecución de la obra, puesto que también habrá normas imperativas en el ordenamiento jurídico del contratista y del ingeniero.

Piénsese, sobre todo, en aquellos casos en los que el cliente es una entidad pública y se somete el contrato a las normas administrativas sobre contratación pública. O, también, en lo que se refiere a las normas locales, es decir, las relativas a las licencias de obras o permisos, seguridad, derecho laboral, fiscalidad o determinadas normas sobre inversiones extranjeras. Tanto es así que, normalmente, los contratos modelo suelen incluir una cláusula que hace referencia a estas normas, como ocurre, por ejemplo, con la cláusula 26 de las condiciones FIDIC, que obliga al contratista a respetar las normas de aplicación inmediata o necesaria. Y algo parecido ocurre, si bien con menor incidencia, en el contrato internacional de ingeniería con las normas imperativas que pertenecen al ordenamiento jurídico del ingeniero, por ejemplo, en materia fiscal o de exportación.

Así, la práctica del comercio internacional y el desarrollo de los contratos internacionales de ingeniería han llevado a la exigencia de un proceso de estandarización a nivel nacional e internacional operado por instituciones internacionales. En el sector internacional, a su vez, cabe

---

<sup>738</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 252.

distinguir entre aquélla de carácter regional y la de naturaleza universal<sup>739</sup>. A ellas nos aproximaremos seguidamente.

#### *a.- El proceso de estandarización nacional*

Por lo que al proceso nacional de estandarización se refiere, el orden elegido para la enumeración de los países responde a su repercusión en la práctica. En primer lugar, como veremos a continuación, se opta por analizar en primer lugar las soluciones recogidas en los sistemas de *common law*, que son los pioneros en este sector y, además, son los que más influencia ha ejercido en el marco del mercado internacional de la construcción. Siguiendo este criterio de relevancia, se analiza, seguidamente, Japón y, después, Francia. Posteriormente, se hace mención de los países europeos y, por supuesto, de España.

#### 1.- El Reino Unido

En el Reino Unido, las distintas asociaciones profesionales se han reunido en un comité para la elaboración de modelos contractuales normalizados, denominado *Joint Contracts Tribunal (JCT)*<sup>740</sup>. Establecido en 1931, consiste en la agrupación de varias sociedades de profesionales cuya actividad está relacionada con la construcción y la ingeniería civil. Esta entidad representa a las distintas partes involucradas en el contrato, tanto a

---

<sup>739</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, pp. 649 y ss.

<sup>740</sup> Vid. WALLACE, I. D.: "English Standard Forms: a Consideration of the Main Characteristics" en ODAMS, A.M. (Ed.): *Comparative Studies in Construction Law: the Sweet Lectures*, London, 1995, Construction Law Press, pp. 24-36.

los contratistas y profesionales técnicos, como a las asociaciones que representan los intereses del cliente. Entre los miembros del JCT se encuentran la *Royal Institute of British Architects* (RIBA), que ya desde el siglo XIX cuenta con sus contratos tipo, la *Royal Institution of Chartered surveyors*, la *Association of district Councils* y la *Association of Consulting Engineering* (ACE), que ha publicado las *Standard Forms of Building Contract* en 1980, sometida a posteriores revisiones y que también ha contribuido a la labor de estandarización internacional como veremos<sup>741</sup>. El JCT ha constituido un órgano permanente que es el *ICE Conditions of Contracts Standing Joint Committee* (CCSJC)<sup>742</sup>.

Junto a ellos, aparece también la *Institution of Civil Engineering* (ICE)<sup>743</sup>. Esta institución ha publicado el *New engineering contract* (NEC), en 1991, reeditado en 1995, con el nombre de *Engineering and Construction Contract*.

El NEC es calificado como “único” en comparación con el resto de modelos normalizados, al constituir un grupo intercambiable de fórmulas contractuales diseñadas para ser flexibles y poder ser utilizadas en diferentes contratos<sup>744</sup>. La primera edición de las condiciones generales del ICE data de 1945 y, desde entonces, ha sido modificada en diversas ocasiones. Estos modelos están pensados para los contratos de precio único o medido, y se aplican en la mayor parte de los proyectos de ingeniería civil desarrollados en el Reino Unido. Las condiciones generales del ICE<sup>745</sup> han ejercido una influencia decisiva en el ámbito del proceso de estandarización

---

<sup>741</sup> Publicados por la RIBA, Finsbury Mission, 39 Moreland street, London, EC1V 8BB.

<sup>742</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 257.

<sup>743</sup> Publicado para el ICE por Thomas Telford Services, 1 Heron Quay, London, E14 4JD.

<sup>744</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The globalisation of...”, *cit.*, p. 578.

<sup>745</sup> La séptima edición de las condiciones contractuales del ICE se ha publicado en septiembre de 1999. Esta última edición se basa en el modelo tradicional de ingeniero proyectista y contratista constructor. Trata de incorporar algunas recomendaciones realizadas por los Informes Latham y Egan sobre el sector de la construcción, así como la introducción de algunos cambios legislativos operados en el Reino Unido, sobre todo por la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996. Vid. *ICLR*, abril de 2000, p. 365.

internacional porque, aunque dotados de origen nacional, han inspirado la elaboración de las condiciones generales de la FIDIC<sup>746</sup>. Además, esta iniciativa ha constituido un importante paso en la consecución de un modelo europeo de contrato estándar para el sector de la construcción<sup>747</sup>.

No puede olvidarse, en este sentido, la labor de otras asociaciones profesionales, tales como la Institution of Electrical Engineering, que ha publicado las General Conditions of Government Contracts for Building and Civil Engineering Contracts<sup>748</sup>.

## 2.- Irlanda

En Irlanda, durante mucho tiempo, la práctica en el ámbito de la construcción ha seguido los patrones establecidos en el Reino Unido. Pese a ello, últimamente, la tendencia experimentada presenta una utilización de los modelos establecidos por la actividad norteamericana en este sector. La figura del contratista ha evolucionado hacia el modelo de *construction manager*. Los contratos modelo utilizados son los elaborados por el *Royal Institute of the Architects of Ireland*, entre las que cabe señalar el *Agreement and Schedule of Conditions of Building Contracts*, en su edición de 1988<sup>749</sup>.

## 3.- Estados Unidos de América

---

<sup>746</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, pp. 256-257.

<sup>747</sup> Vid. HELPS, D.D.W.: "Harmonisation of Construction Law and Practice-Part I: the Current Position", *The International Construction Law Review*, 1997, pp. 525-539, p. 537.

<sup>748</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p.442.

<sup>749</sup> Vid. BURR, A.-T., PRITCHARD: "European Construction Contracts: a Comparative Analysis", *Construction Law Journal*, 1995, pp. 419-438, esp. pp. 428-430.

por su parte, en Estados Unidos, la labor de las asociaciones profesionales en la elaboración de contratos tipo ha sido, asimismo, destacada. En el ámbito de obra civil, las asociaciones de ingenieros *National Society of Professional Engineers* (NSPE) y el *American Consulting Engineering Council* (ACEC) se han agrupado para la elaboración de contratos modelo en la *Engineers' Joint Contract Documents Committee* (EJCDC).

Con todo, mucha más difusión han tenido los modelos contractuales elaborados por el *American Institute of Architects* (AIA). La explicación que justifica la utilización de los modelos contractuales de asociaciones de arquitectos<sup>750</sup>, en lugar de los de asociaciones de ingenieros, se basa en el carácter polivalente de aquéllos y en el reconocido prestigio y mayor difusión del AIA<sup>751</sup>. Los principios que concreta el AIA en sus modelos son la flexibilidad, la interpretación uniforme, el equilibrio contractual y justo entre los intereses de las partes. Y debe subrayarse que, en materia de reparto de riesgos, localiza los mismos, bien en la parte que mejor los pueda controlar, bien en la que mejor se proteja contra los riesgos imprevisibles o, sin más, en el cliente, cuando ninguna de las partes pudiera controlar o prevenir los riesgos. Tanto es así que los contratos modelo del AIA han sido calificados como más importantes que las leyes *-statutes-* y los casos prácticos *-cases-*, alcanzando un cierto estatus de fuente oficiosa del Derecho norteamericano de la construcción<sup>752</sup>.

La serie más importante de contratos modelo del AIA en materia de construcción es la serie A relativa a los servicios de construcción. En ella, los modelos contractuales más utilizados son los A101 -el denominado *form*

---

<sup>750</sup> Su "redacción eficaz, contenido adecuado y presentación clara" se ha calificado como "the best thinking of leaders in the construction industry. Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", cit., p. 258.

<sup>751</sup> Vid. SWEET, J.: "Standard Construction Contracts: a View from the other Side of the Atlantic" en ODAMS, A.M. (Ed.): *Comparative studies in construction law: the Sweet lectures*, London, 1995, Construction Law Press, pp.1-21, esp. p. 20.

<sup>752</sup> Vid. SWEET, J.: "Standard Construction Contracts...", cit., p.1.

*of agreement-* y el A201 -las condiciones generales-. Además estos modelos, que habitual pero no necesariamente se utilizan conjuntamente, suelen, a su vez, complementarse con el A401 relativo a la subcontratación. Asimismo, existe la serie B que se refiere a los servicios de diseño -*design*- y la serie C, relativa a los servicios de consultoría. En cualquier caso, se trata de un sistema integrado, ideado para utilizarse conjuntamente, al mismo tiempo. Además, también ha publicado una serie G relativa a la documentación, fundamentalmente, órdenes de modificaciones y certificaciones de pago.

De todos estos modelos contractuales del AIA, el dirigido al ámbito internacional, es el A201, relativo a las condiciones generales, tal y como ocurre con los modelos similares del JCT y el ICE<sup>753</sup>.

Con todo, en el ámbito de la ingeniería, existen otras asociaciones profesionales como la *United States Army of Engineers System*, cuyos tipos contractuales han sido adoptados por un número importante de contratistas y utilizados en la construcción de obras en Oriente Medio. El rasgo más interesante que presentan estas condiciones es que, contrariamente al resto, no se inspiran en los principios del *common law*, sino que adoptan los principios de los países de tradición civilista<sup>754</sup>.

#### 4.- Canadá

En Canadá, el *Comité canadien des documents de construction* o *Canadian construction documents committee* (CCDC), representa a las asociaciones profesionales del sector de la construcción<sup>755</sup>. Entre sus miembros se encuentran la *Association of Consulting Engineers of Canada*,

---

<sup>753</sup> Vid. SWEET, J.: "Standard Construction Contracts...", *cit.*, p. 11.

<sup>754</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 259.

<sup>755</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 261.

la *Construction Association of Canada*, el *Engineers Committee of Canada*, el *Royal Architectural Institute of Canada* y el *Construction Specifications Canada*. Este comité publica los contratos estándar más utilizados en Canadá en el ámbito de la construcción. Entre todos ellos, el que goza de mayor difusión es el *CCDC 2-1994 Stipulated Price Contract*<sup>756</sup>. Se trata de un modelo contractual menos extenso que los del ICE, JCT o la FIDIC. Su extensión es parecida a los modelos del AIA y que no presenta una estructura demasiado compleja. Circunstancia ésta que, por un lado, presenta la ventaja de facilitar su uso y, por otro, el inconveniente de resultar algo ambiguo con respecto a algunos términos<sup>757</sup>.

Los modelos contractuales canadienses están inspirados en los contratos estándar del AIA estadounidense, hasta el punto que algunas de las cláusulas de estos modelos canadienses son reproducciones literales de aquéllos<sup>758</sup>.

## 5.- Japón

En Japón, la *Engineering Advancement Association of Japan*, conocida como ENAA<sup>759</sup>, ha publicado una serie de contratos modelo de gran influencia en el mercado internacional. En este caso, el gobierno japonés no ha intervenido en la elaboración y, aunque han sido concertadas por las partes involucradas en estos contratos, esta circunstancia ha favorecido su

---

<sup>756</sup> Vid. KNUTSON, R.: "Standard Canadian Construction Contracts" en ODAMS, A.M. (Ed.): *Comparative studies in construction law: the Sweet lectures*, London, 1995, Construction Law Press, pp. 37-47, esp. p. 38.

<sup>757</sup> Vid. KNUTSON, R.: "Standard Canadian Construction...", *cit.*, p.47.

<sup>758</sup> Vid. SWEET, J.: "Standard Construction Contracts...", *cit.*, p. 1.

<sup>759</sup> ENAA (Engineering Advancement Association of Japan), Toranomom Takagi Building 7-2, Nishi-Simbashi t-chome Minato-ku, Tokyo 105, (Japon).

utilización por las empresas japonesas en el extranjero<sup>760</sup>.

## 6.- Francia

La situación existente en Francia pone de manifiesto que la institución encargada de la elaboración de los contratos tipos es la *Association Française de Normalisation* (AFNOR). Su importancia en el ámbito del Derecho interno, consiste en que estos modelos contractuales resultan obligatorios para los contratos públicos, en aquellos casos en los que se hace referencia a obras públicas o en los que intervenga el Estado. Se trata de formas contractuales convenidas entre el Estado y las asociaciones profesionales y denominadas *Cahiers des Clausules Administratives Générales* (CCAG)<sup>761</sup>.

Asimismo, son de interés los *Cahiers des Clausules Administratives Particulières* (CCAP), para el sector privado<sup>762</sup>. Estas condiciones son utilizadas por otros países como Luxemburgo. Existen otras instituciones como La *Syntec-ingénierie*<sup>763</sup>, la *Fédération Nationale des travaux Publics* y la *Fédération National Bâtiment*. Estas condiciones generales son utilizadas ampliamente en la práctica internacional, no sólo de las empresas francesas<sup>764</sup>.

## 7.- Bélgica

---

<sup>760</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 262.

<sup>761</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 259

<sup>762</sup> Vid. BURR, A.-T., PRITCHARD: "European Construction Contracts...", *cit.*, pp. 424-425.

<sup>763</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: "La normalisation des contrats...", *cit.*, p. 269.

<sup>764</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 11



En Bélgica, bajo una fuerte influencia del sistema francés<sup>765</sup>, las condiciones generales de contratación son elaboradas por la *Fédération Royale de Sociétés d'Architects de Belgique* en común con la *Belgian National Building Confederation*, una asociación vinculada a la ingeniería civil. Destacan los *Cahiers Générales des Charges*. Además, existen otras organizaciones profesionales como *ORGALIME*.

#### 8.- Holanda

En Holanda, los contratos modelos utilizados son los *Uniforme Administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV)*, las Condiciones Administrativas Uniformes para la ejecución de obras en edición de 1989. No son, desde luego, las únicas condiciones utilizadas, pero sí las más habituales.

#### 9.- Alemania

Dos son, fundamentalmente, los modelos contractuales utilizados en Alemania para los sectores público y privado. En primer lugar, el *BGB-Vertrag (Baugesetzbuch contract)*, de carácter obligatorio y basado en el Código Civil alemán. Y en segundo lugar, el *Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)*, que no tiene carácter obligatorio, pero su importancia radica en el alto índice de cooperación entre las partes involucradas en este tipo de contratos para su elaboración, denominadas, también, *DIN*

---

<sup>765</sup> Vid. BURR, A.-T., PRITCHARD: "European Construction Contracts...", *cit.*, p. 421.

*standards*<sup>766</sup>.

#### 10.- Italia

En Italia, no existe un modelo contractual uniforme de uso generalizado, pero sí puede resaltarse la importancia de algunas condiciones generales como el *Capitolato speciale di appalto per lavori privati*<sup>767</sup>.

#### 11.- España

La situación en España, en el ámbito de la construcción privada, pone de manifiesto que no existe una regulación de los procedimientos, así como, tampoco, modelos contractuales inspirados en la práctica anglosajona, lo que sorprende en un país en el que durante la última década, la industria de la construcción ha experimentado un crecimiento medio anual del 10%.

La Confederación Nacional de la Construcción (CNC) ha publicado algunas cláusulas administrativas *pro forma* para los contratos públicos referidas a los procedimientos de licitación, la oferta, las variaciones del contrato, los seguros o las garantías pensadas para ser utilizadas por organismos o empresas públicas. Asimismo, esta institución ha publicado, en el ámbito de los contratos privados, el denominado *Contrato privado de ejecución de obra con suministro*. En este contrato se hace referencia a los plazos, el sistema de fijación del precio, la subcontratación, la modificación, la fuerza mayor, la responsabilidad extracontractual, los seguros y la

---

<sup>766</sup> Vid. BURR, A.-T., PRITCHARD: "European Construction Contracts...", *cit.*, pp.425-427.

<sup>767</sup> Vid. BURR, A.-T., PRITCHARD: "European Construction Contracts...", *cit.*, pp.430-431.

resolución de controversias.

La valoración del proceso de estandarización a nivel nacional manifiesta la imposición de los criterios del sistema anglosajón, lo que permite adivinar ciertos problemas en los sistemas de derecho civil. Además, las condiciones de origen anglosajón son, como veremos, las utilizadas también en el plano internacional. Asimismo, la diversidad de condiciones existentes plantea dificultades para pensar, por ejemplo, en un modelo europeo de estandarización, que tendría que establecer principios idénticos para sistemas bien diferentes. Así, se observa que los sistemas nacionales, en su mayoría, no prevén un modelo específico para las situaciones internacionales, de modo que éstas se ven en la necesidad de acudir a otras fórmulas institucionales o de adaptar los modelos nacionales existentes a las necesidades de una relación jurídica del tráfico externo.

Todas estas circunstancias coadyuvan al recurso generalizado en los contratos internacionales de ingeniería a modelos específicamente internacionales, como son las *condiciones civiles* de la asociación internacional profesional FIDIC y los *Cahiers* del FED (Fondo Europeo para el Desarrollo). Por esta razón, conviene hacer referencia a continuación a estos últimos.

*b.- El proceso de estandarización institucional europea (con especial referencia al FED -Fondo Europeo para el Desarrollo-)*

Hablar de un proceso de estandarización en el marco de los países de la Unión Europea plantea la cuestión en el plano europeo del marco del proceso de integración regional en el que estamos inmersos. En materia de construcción también ha tenido lugar un proceso que se ha llegado a

denominar como “*Europeanisation process*”<sup>768</sup>, esto es estandarización institucional o internacional regional, desde el punto de vista de la Unión Europea.

De modo general, la evolución de la armonización del sector de la construcción a nivel europeo se ha manifestado en campos de acción muy amplios. En este sentido, las aportaciones comunitarias en el sector de la construcción han sido canalizadas por dos vías. En primer lugar, se ha tratado de liberalizar el mercado de las obras públicas en el espacio comunitario. Y en segundo término, se ha avanzado en el mutuo reconocimiento de títulos, fundamentalmente de ingenieros y arquitectos entre los distintos países comunitarios<sup>769</sup>.

No obstante, cuando se refiere al marco en el que se desarrolla el contrato, sí puede hacerse referencia a un proceso europeo de estandarización en materia de Derecho de la construcción o de la ingeniería-construcción. No se trata de una armonización, en sentido legislativo, pero lo cierto es que la doctrina, al referirse a la estandarización de los contratos internacionales de construcción, en el ámbito europeo, lo hace destacando la existencia de un proceso de armonización parcial o incompleto. Este carácter incompleto se refiere a que mientras no se produzca la armonización legislativa, el hecho de elaborar contratos modelo no supone sino una acción parcial.

Resulta, pues, inevitable referirse al proceso de armonización normativa europea relativo al ámbito de la ingeniería. Y lo cierto es que la Comisión de la Unión Europea ha tenido una iniciativa de armonización en el sector de la construcción que la doctrina no ha dejado de calificar de fracaso<sup>770</sup>. Así, a finales de la década de 1970 y, sobre todo, durante la década de 1980,

---

<sup>768</sup> Vid. HELPS, D.D.W.: “Harmonisation of Construction...”, *cit.*, p. 527.

<sup>769</sup> SARAVALLE, A.: “Conflitti di...”, *cit.*, p. 895.

<sup>770</sup> Vid. HELPS, D.D.W.: “Harmonisation of Construction...”, *cit.*, pp. 529, 530 y 538.

desde el punto de vista institucional, varios han sido los intentos de la Comisión Europea en busca de la vía de unificación de la práctica y las leyes de la construcción en el mercado europeo. Hasta el punto que, a principios de 1980, se afirmaba que “*la Comisión europea está actualmente presionando para una radical estandarización paneuropea de la documentación de la construcción*”<sup>771</sup>.

La idea de armonización en el sector europeo de la construcción se remonta en sus orígenes a 1985, cuando la Comisión europea presentó al Consejo el denominado *White paper* para la consecución de un mercado interior europeo. Es la primera vez que, explícitamente, se hacía referencia a la industria de la construcción europea bajo la idea de la posibilidad de la armonización. No sólo se mencionaba este sector, en relación con los contratos públicos, sino que, además, se establecían una serie de propuestas, a modo de anexo, con respecto a la construcción, que serían tomadas en consideración, progresivamente, a través de las iniciativas comunitarias posteriores que abarcaremos posteriormente<sup>772</sup>.

Ya se ha hecho referencia a las numerosas Directivas comunitarias que afectan al sector de la construcción desde muy diversas perspectivas: la financiación, los mercados públicos o la situación del intermediario en materia de diseño. Asimismo, el Parlamento Europeo, adoptó en 1988 una resolución a favor de la adopción de estrategias para la unificación del mercado de la construcción, que recogía algunas de las medidas propuestas desde 1985 en el citado *white paper*<sup>773</sup>.

En cualquier caso, aunque el futuro de estas iniciativas se considera “dudoso”, convendría mantener e impulsar el proceso de estandarización en

---

<sup>771</sup> Vid. WISHART, I.: “Building the European Communities”, *Construction Law Journal*, 1990, pp. 3-6, esp. p. 3.

<sup>772</sup> Vid. JANSEN, C.E.C.: Towards a European..., cit., p. 40.

<sup>773</sup> Vid. UFF, J.-N., JEFFORD: “European Harmonisation in the Field of Construction”, *The International Construction Law Review*, 1993, pp. 122-134, esp. p. 122.

el ámbito europeo, aun a pesar de las dificultades que entraña y sabiendo que, a lo mejor, hay que resignarse a una armonización basada en los contratos modelo y no en la elaboración de una legislación común. Quizás, conscientes de las dificultades existentes, se ha propuesto un proceso de unificación sectorializado referido a concretos aspectos del contrato de construcción, como por ejemplo, en materia de responsabilidad o de resolución de controversias<sup>774</sup>.

Precisamente, en relación con la responsabilidad, la Comisión Europea encargó en 1987 el denominado Informe a MATHURIN, con el objeto de realizar propuestas y estudiar, bajo el método de derecho comparado, los distintos sistemas de responsabilidad en materia de construcción en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Este Informe recomendaba el establecimiento de un sistema de responsabilidad básico en materia de construcción, dadas las diferencias de la regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos. Además, señalaba una serie de aspectos a los que se debía prestar una especial atención, a saber, el idioma, el proceso de construcción, las funciones principales, la función del cliente, la inspección externa de los consultores, el arbitraje permanente, la aceptación, las responsabilidades específicas, las garantías, los seguros de la obra, del proyecto y de responsabilidad profesional, la cualificación de los contratistas y la subcontratación<sup>775</sup>.

De estos elementos la Comisión Europea seleccionó algunos para incluirlos en la investigación del Grupo de Reflexión, Información y Gestión, denominado GRIM, en el que intervenían de forma independiente sectores implicados en la industria de la construcción. El trabajo del grupo se centraba en los aspectos seleccionados, a saber, la aceptación, la responsabilidad después de la aceptación, las garantías legales y la cobertura financiera de las garantías legales. A tales efectos, a partir de

---

<sup>774</sup> Vid. UFF, J.-N., JEFFORD: "European Harmonisation in...", *cit.*, p. 125.

<sup>775</sup> Vid. JANSEN, C.E.C.: Towards a European..., *cit.*, p. 76.

1991 se reunieron grupos de trabajo denominados GAIPEC –que responde a las siglas Grupo de Asociaciones interprofesionales Europeas de la Construcción- y que elaboró en 1992 un Informe relativo al *Study of responsibilities, Guaranties and Insurance within the Construction Industry*- que establecían unas recomendaciones con respecto a los aspectos que habían sido seleccionados.

El trabajo de investigación se completó mediante una serie de cuestionarios que fueron remitidos a las Asociaciones profesionales a través del GAIPEC y los resultados se concretaron en un Informe que la Comisión Europea elaboró en 1993 sobre la conveniencia de un proceso de estandarización de las leyes nacionales europeas en materia de responsabilidad en el campo de la construcción. Informe que analizó el sector de la industria de la construcción europea desde el punto de vista económico y se planteó las ventajas y dificultades del proceso de unificación de las distintas legislaciones<sup>776</sup>.

Estas iniciativas desembocarían, en enero de 1994, en un documento de la Comisión generalmente conocido como el *reflection document*, sobre el sector, basado, a su vez, en otro documento denominado “Estrategias para el sector europeo de la construcción”<sup>777</sup>.

El resultado de estos trabajos señalaba las dificultades de llegar a un punto de encuentro común de las legislaciones comunitarias en este campo, dadas las diferencias legislativas existentes entre ellas, que se presentan como un fuerte obstáculo para la consecución de un verdadero espacio de libertad de circulación de mercancías y de servicios en la Unión Europea<sup>778</sup>.

---

<sup>776</sup> Vid. El Informe de 29 de junio de 1993, elaborado por la Dirección General III de la Comisión Europea bajo el título “The Commission Staff Discussion Paper Concerning Possible Community Action with Regard to Liabilities and Guaranties in the Construction Sector”.

<sup>777</sup> Vid. El Documento número CO-83-94-264-EN-C, elaborado por la Comisión Europea por W. S. Atkins International y conocido abreviadamente como el “documento del sector”.

<sup>778</sup> Vid. UFF, J.-N., JEFFORD: “European Harmonisation in...”, *cit.*, p. 123.

En fin, existe, asimismo, una comunicación de la Comisión de 1997 relativa a la competencia en la industria de la construcción<sup>779</sup>.

Con todo, a pesar de las iniciativas y los trabajos realizados a lo largo de más de diez años, lo cierto es que se apunta que todavía queda una parte muy importante del trabajo por realizar<sup>780</sup>. De tal modo que llega a afirmarse que la consecución de un verdadero libre mercado europeo en el ámbito de la construcción no es posible sin tomar alguna medida dirigida a la aproximación o la reducción de las diferencias entre las diferentes legislaciones<sup>781</sup>, evidenciando las discrepancias en materia de responsabilidad de las legislaciones de los distintos Estados miembros de la Comunidad. En este sentido, se elaboró un extenso cuestionario de cuarenta y cuatro páginas que se distribuyó entre todas las federaciones integrantes del grupo de trabajo y cuyos resultados aún no han sido analizados<sup>782</sup>.

Desde otro punto de vista, las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no impiden el acercamiento entre ellos. Píense, en la distinción entre derecho “público” y “privado” (diferencia desconocida en el Reino Unido, por ejemplo) de la construcción que no debería ser un obstáculo para el proceso de armonización. Con todo, ésta es una diferenciación presente en la mayor parte de los ordenamientos, y que tiene gran importancia, por ejemplo, en el Derecho alemán. Un contrato público de construcción implica una serie de limitaciones para las partes involucradas en el mismo y en ocasiones, su sujeción al Derecho administrativo del país contratante, con una labor notable de armonización relativa a los procedimientos de licitación a la que ya se ha hecho referencia. La escasa trascendencia en la distinción se refiere, pues, a la elaboración, sobre todo, de una serie de principios comunes en lo que se puede

---

<sup>779</sup> Vid. el Documento COM/97/539.

<sup>780</sup> Vid. JANSEN, C.E.C.: *Towards a European...*, cit., p. 76.

<sup>781</sup> Vid. UFF, J.-N., JEFFORD: *“European Harmonisation in...*, cit., p. 133.

<sup>782</sup> Vid. HELPS, D.D.W.: *“Harmonisation of Construction...*, cit., pp. 529-531.



denominar como Derecho europeo de la construcción. En este sentido, no afecta a la consideración de este Derecho europeo de la construcción como un “área funcional del Derecho”, de modo que no debe pensarse en el distinto origen de las normas reguladoras, sino en el fenómeno social que conforma<sup>783</sup>.

En cualquier caso, varias son las dificultades que, desde el punto de vista europeo, presenta la armonización, total o parcial, de la industria de la construcción. (1) Por un lado, se señala que nos encontramos ante legislaciones muy diversas entre sí que no permiten, muy fácilmente, una unificación de conceptos. Piénsese, por ejemplo en la diferencia entre los sistemas de Derecho anglosajón y los continentales. (2) Por otro, el grado de desarrollo de la industria de la construcción en los diferentes Estados miembros es, también, muy distinto. Hay países altamente desarrollados que exportan industria de la construcción, a saber, Reino Unido o Francia, y otros que, fundamentalmente, importan los servicios en este sector, como ocurre en Grecia y Portugal. En cualquier caso, no puede perderse de vista, como se ha comentado, que esta situación variará previsiblemente, dado que últimamente se asiste a la especialización de estos sectores, altamente competitivos, desde países no necesariamente muy desarrollados<sup>784</sup>.

En este sentido, varios son los esfuerzos que se están realizando en el plano europeo para la consecución de un derecho contractual europeo más coherente, donde se mencionan expresamente los contratos de edificación<sup>785</sup>. Además de los proyectos relativos a un código contractual y a

---

<sup>783</sup> Vid. JANSEN, C.E.C.: *Towards a European...*, cit., p. 30.

<sup>784</sup> Vid. HELPS, D.D.W.: “Harmonisation of construction...”, cit., pp. 529, 530 y 538.

<sup>785</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción*, DOUE, de 15 de marzo de 2003, 2003/C63/01, pp. 1-44. También el Dictamen del Comité Económico y social sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, de 17 de julio de 2002, DOCE C 241, de 7 de octubre de 2002, y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 15 de noviembre de 2001, DOCE C 140 E, de 13 de junio de 2002, y el Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, de 16 de noviembre de 2001 (<http://register.consilium.eu.int>). Así como la

los principios generales del Derecho en materia de contratos, como veremos, los esfuerzos se manifiestan en un debate abierto con la participación, además de las instituciones comunitarias, de las empresas, las asociaciones profesionales, de consumidores, el personal académico y los profesionales de la justicia. Entre los participantes intervienen instituciones atinentes al sector de la ingeniería como son las ya citadas Orgalime o el ICE (*Institution of Civil Engineers*). En las medidas que se proponen (reglamentarias y no reglamentarias, así como la elaboración de un instrumento facultativo sobre el derecho contractual europeo) se encuentra la relativa a promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario.

Por lo que se refiere a la elaboración de contratos modelo de ingeniería en el ámbito europeo y, más allá, del proceso de armonización legislativa, la labor más importante ha sido, como veremos a continuación, la realizada por el Fondo Europeo para el Desarrollo (FED). La utilización de sus modelos, denominados *Cahiers*, se ha comparado con la de los contratos de la FIDIC.

## 1.- El FED (Fondo Europeo para el Desarrollo)

### 1.a.- Introducción

La denominación de esta institución europea responde al acrónimo de sus siglas en francés o español –condiciones FED (Fondo Europeo para el Desarrollo)-, o bien en inglés -*EDF conditions (European Development Fund)*-. Esta entidad fue creada por la Comunidad Europea en 1963 por el Convenio de Yaoundé (acuerdo no recíproco de comercio entre la CE y los Estados asociados africanos y Madagascar) con el objeto de desarrollar el

---

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, DOCE, de 13 de septiembre de 2001, 2001/C255/01, pp. 1 y ss.

programa comunitario de ayuda al desarrollo; objetivo que se continuaría y ampliaría, con aquellos países que quedan vinculados a las Comunidades Europeas mediante los Convenios de Lomé<sup>786</sup>, esto es, africanos, caribeños y del pacífico (conocidos, también, como países ACP). Fondo europeo que se nutre de las aportaciones que realizan los Estados miembros de la Unión Europea; y que administra la Comisión europea.

Hasta 1990, el FED utilizaba las condiciones del Convenio de Yaoundé y las condiciones FIDIC. Es en este año cuando, finalmente, publica sus propias condiciones contractuales que serán las que deberán utilizarse en los proyectos financiados por el fondo<sup>787</sup>. Con anterioridad, el Fondo de Desarrollo Europeo, ya había publicado en 1973 las *General Conditions for Public Works and Supply Contracts Financed by the European Development Fund* que estaban concebidas para ser aplicado en los contratos que miembros de la Comunidad celebraran con países firmantes del Convenio Yaoundé de 1969 (fundamentalmente países africanos francófonos)<sup>788</sup>.

Desde un punto de vista jurídico, si bien es cierto que, en el caso de los *cahiers* FED, originariamente se basaban en el Derecho francés, actualmente, los trabajos del Fondo Europeo suponen una síntesis de principios de *common law* y de Derecho continental, frente a las condiciones FIDIC, que hemos visto que responden a una tradición jurídica anglosajona.

La edición de 1990 se inspira parcialmente en las condiciones FIDIC y ha sido elaborada de forma concertada con las asociaciones y las partes involucradas en las operaciones: clientes contratistas e ingenieros, tratando de equiparar la figura de ingeniero FED a la del FIDIC, siendo que, además, en las condiciones FED, también se le atribuye un función preliminar de

---

<sup>786</sup> El cuarto Convenio de Lomé, por ejemplo, preveía un programa de cooperación hasta febrero de 2000.

<sup>787</sup> Esta decisión la toma El Consejo de Ministros CE/ACP, el 29 de marzo de 1990, decisión 3/90, *vid.* DOCE L 382, 33.

<sup>788</sup> *Vid.* SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, pp. 663-664.

resolución de controversias al ingeniero<sup>789</sup>. Adoptan, empero, un “*different approach*”, ya que no se limitan a establecer condiciones que deben seguirse en la redacción de los contratos que financia, sino que también establecen el contenido material o sustantivo de los contratos de obra y suministro<sup>790</sup>.

Una de las razones que ha frenado una mayor difusión de las condiciones FED, más allá de los proyectos financiados por esta institución, es la obligación de incorporar estas condiciones en las legislaciones internas de los países en vías de desarrollo vinculados con la Unión Europea. Y esta circunstancia se justifica en que no se trata únicamente de condiciones generales del contrato, sino que incluye, asimismo, normas imperativas relativas al procedimiento público de licitación. De modo que se configuran como requisitos mucho más formales y que, además, no sólo se refieren a la construcción de obra pública sino también a otras actividades de contratos de suministros o de prestación de determinados servicios<sup>791</sup>.

#### *1.b.- Los contratos modelo del FED*

Esta entidad ha publicado en 1990 las *European Development Fund Contract Forms* (EDF)<sup>792</sup> o también el *Cahier général des charges du fond*, de obligada utilización para los contratos celebrados con algunos de estos países<sup>793</sup>.

Los contratos modelo FED, conocidos bajo el sobrenombre de *cahiers*,

---

<sup>789</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 269.

<sup>790</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 663.

<sup>791</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: “Construction and Management Projects” en HORN, N.-SCHMITTHOFF, C., M.: *The transnational law of international commercial transactions*, London, 1985, Kluwer, pp. 175-198, esp. p. 180.

<sup>792</sup> Vid. DOCE, L-382, 33, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>793</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 263.

se presentan ordenados en varios Anexos, que se configuran como un conjunto general de requisitos contractuales con una estructura de tres partes: Reglas generales, condiciones generales y normas de procedimiento arbitral.

Así, la estructura del modelo contractual consta de cinco partes denominadas anexos. En primer lugar, el Anexo relativo a las *General Regulations for Works, Supply and Service Contracts*, donde se establecen las reglas generales para los contratos de obra, suministro y servicios. En segundo término el Anexo relativo a las *General Conditions for Works Contracts*, que integra las condiciones generales para los contratos de obra. Seguidamente, el Anexo de las *General Conditions for Supply Contracts*, relativo a las condiciones generales para los contratos de suministro. El cuarto Anexo abarca las *General Conditions for Service Contracts*, que establece las condiciones generales para los contratos de servicios. Y, finalmente, el Anexo V, relativo a las *Procedural Rules on Conciliation and Arbitration for Work*<sup>794</sup>, que contiene las normas procedimentales en materia de conciliación y arbitraje.

#### 1.c.- Los cahiers generales

Las normas generales del primer anexo contienen los principios comunes relativos a la participación en el contrato, la oferta o la adjudicación del contrato. Se trata de normas o principios generales que deben ser aplicados de forma común a los distintos contratos. En principio, cualquier persona física o jurídica o entidad pública de la CE o de los países ACP puede participar en los procedimientos de licitación de estos proyectos. Se trata de un procedimiento de licitación internacional que pretende establecer

---

<sup>794</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 578.

la competencia entre los licitadores en términos de igualdad y que exige la publicación de las ofertas de licitación en el DOCE. La oferta publicada deberá especificar todos los requisitos exigidos y el baremo de la valoración, para favorecer la libre competencia.

Las condiciones específicas relativas a cada contrato complementan a las generales. En ocasiones pueden modificarlas, pero, fundamentalmente, lo que hacen es añadir especificaciones técnicas o cláusulas contractuales especiales, a modo de condiciones específicas relativas a la ejecución del contrato en cuestión: obra, servicio o suministro. Así, las Condiciones Generales para los contratos de obra, contienen, a su vez, nueve partes: las condiciones preliminares, las obligaciones de la autoridad contratante, las obligaciones del contratista, las cuestiones relativas al comienzo de la obra y el retraso, los materiales y los aspectos laborales relativos a los trabajadores, el pago, la aceptación y el mantenimiento de la obra, la resolución del contrato y, finalmente, la resolución de controversias

Por último, el Anexo V contiene las normas procedimentales en materia de conciliación y arbitraje, que se basan en las normas de arbitraje de la UNCITRAL de 1976. Además, los contratos financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo están obligado a contener las disposiciones procesales en materia de conciliación y arbitraje del último de los anexos del modelo<sup>795</sup>.

### *c.- El proceso de estandarización internacional*

Si la estandarización nacional de los contratos internacionales de ingeniería se caracteriza por la diversidad de contratos modelo elaborados

---

<sup>795</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 578.

en distintos países, la internacional se concentra, fundamentalmente, en la actividad realizada por las asociaciones profesionales, las instituciones internacionales y los bancos internacionales.

Sin duda, en el sector de la ingeniería, las asociaciones profesionales internacionales son las que han gozado de un mayor protagonismo en la elaboración de contratos modelo. Y no sólo por su elevado grado de difusión en el mercado –son los modelos contractuales más utilizados–, sino porque, además, sus propuestas han inspirado, como veremos, los contratos estándar de las instituciones y las entidades de financiación internacionales.

#### 1.- Las asociaciones profesionales internacionales (con especial referencia a la FIDIC)

En el marco profesional internacional, la FIDIC se erige como la asociación de mayor calado en la elaboración de contratos modelo. No obstante, las aportaciones de las organizaciones profesionales en el ámbito internacional afectan, también, a otras asociaciones profesionales nacionales (a las que ya se ha hecho referencia), que han realizado algunos intentos en la redacción de contratos estándar para operaciones internacionales.

A modo de ejemplos, la citada ENAA (Engineering Advancement Association of Japan)<sup>796</sup>, ha publicado dos contratos tipo de ingeniería: el International Contract for Process Plant Construction<sup>797</sup> y el International Contract for Power Plant Construction<sup>798</sup>, utilizados ampliamente en la

---

<sup>796</sup> ENAA (Engineering Advancement Association of Japan), Toranomom Takagi Building 7-2, Nishi-Simbashi t-chome Minato-ku, Tokyo 105, Japón.

<sup>797</sup> 1ª versión de 1986, revisada en 1992.

<sup>798</sup> Publicado en 1996.

práctica internacional<sup>799</sup>.

Asimismo, la también citada *Association of Consulting Engineering* (ACE) británica, en colaboración con el *Export Group for the Constructional Industries*, ha colaborado en la elaboración de contratos tipo internacionales con la publicación de las *Conditions of Contract Overseas Work Mainly of Civil Engineering Construction*, también conocidas como el *blue book* y que suponen una adaptación de las mencionadas condiciones ICE. Este modelo contractual ha sido utilizado frecuentemente en la práctica de los países de la Commonwealth y en Oriente Medio<sup>800</sup>.

Además de las asociaciones profesionales nacionales que publican contratos modelo para el ámbito internacional, también puede hablarse de la labor codificadora que, desde una perspectiva comunitaria, ha realizado otra asociación profesional de contratistas europea en colaboración con asociaciones de contratistas de terceros Estados. Así, deben señalarse, en materia de subcontratación, los trabajos realizados por el Comité Permanente para el Mercado Común de la Federación Internacional Europea de la Construcción (FIEC). Esta entidad es, actualmente, la Federación Europea de Edificación y Trabajos Públicos, que representa a los contratistas, y en la que también intervienen la *European International Contractors* o la *Associated General Contractors of America*. Su labor en el plano internacional se ha referido a la publicación de unas condiciones generales para los subcontratos. No es el único intento en materia de subcontratación, donde deben destacarse, asimismo, las *General Conditions of Sub-contract for Civil Engineering Works in the Middle East and in the Kingdom of Saudi Arabia*, publicadas por un equipo internacional de ingenieros y juristas<sup>801</sup>.

---

<sup>799</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 577.

<sup>800</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 659.

<sup>801</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: "International Construction...", *cit.*, p. 659. Que BRABANT reproduce en su libro. Vid. BRABANT, A.: *Le contrat international...*, *cit.*



En el ámbito del campo de trabajo de la FIEC, debe señalarse la elaboración de unos principios generales en materia de contratación denominados *European Principles for a Contract with a General Contractor*, que suponen un paso más en el proceso de estandarización europeo de los contratos de construcción, si bien, como se ha visto, persiste la dificultad de llegar a alcanzar una armonización completa, esto es, vía legislativa. Así, la vía real se manifiesta mediante la denominada unificación “contractual”, creando las bases de un denominado “esqueleto” para los contratos de construcción<sup>802</sup>.

#### 1.a.- La FIDIC (*Federación Internacional de Ingenieros Consultores*)

##### 1.a.1.- Introducción

La ya citada *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) es conocida por el acrónimo de sus siglas –FIDIC-. Se trata de la asociación profesional internacional más importante en la elaboración de contratos tipo, en el ámbito privado de la ingeniería y la construcción<sup>803</sup>.

Esta entidad, fundada en 1913 y con sede en Lausanne, está compuesta, fundamentalmente, por sociedades de *engineering consulting* nacionales<sup>804</sup>. Y, además, entre sus miembros afiliados, cuenta con otros operadores interesados en el sector, como abogados y aseguradoras<sup>805</sup>.

---

<sup>802</sup> Vid. HELPS, D.D.W.: “Harmonisation of Construction...”, *cit.*, pp. 535.

<sup>803</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, *cit.*, p. 263.

<sup>804</sup> La representación de las ingenierías consultoras queda limitada a una por país. Vid. BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form...*, *cit.*, p. 8.

<sup>805</sup> Vid. BOWCOCK, J.: “What FIDIC Has to Offer and Plans for the Future” ponencia

Asimismo, esta institución se caracteriza por un alto grado de colaboración entre los distintos sectores implicados<sup>806</sup>. No obstante, prevalecen los intereses de la ingeniería. Los documentos que edita tienen por objeto el diseño y ejecución de proyectos de obra civil e instalación de plantas industriales<sup>807</sup>.

La FIDIC publicó su primer modelo contractual en 1957 y, durante los últimos cuarenta años, ha conseguido la mejor reputación como líder en la elaboración de contratos estándar utilizados en el sector<sup>808</sup>.

Se trata de modelos con base en la práctica más habitual y actualizada, que utilizan lo que se ha dado en denominar el “*engineering common sense*”<sup>809</sup>. En este sentido y, pese al alto grado de participación señalado, los contratos modelo de la FIDIC no se han librado de críticas relativas a su parcialidad, desde el momento en que, contrariamente a la práctica habitual del comercio, son los clientes y los ingenieros –normalmente contratados por ellos- los que imponen los contratos estándar a los contratistas, esto es, al sector de la industria de los constructores<sup>810</sup>.

#### 1.a.1.1.- Los contratos modelo de la FIDIC

La FIDIC ha publicado un número importante de contratos modelo que

---

presentada en el Seminario *Consulting Engineering in Eastern Europe*, Tallin (Estonia), marzo 1997, pág. web de la FIDIC: [www.FIDIC.org](http://www.FIDIC.org).

<sup>806</sup> Tales como ingenierías, clientes, instituciones internacionales de financiación, contratistas, sectores de la industria mecánica y eléctrica y abogados. Vid. WADE, C.: “FIDIC’s Standard Forms of Contract –Principles and Scope of the Four New Books-“, *International Construction Law Review*, enero 2000, pp. 5-23.

<sup>807</sup> Vid. WADE, C.: “FIDIC’s Standard Forms..., *cit.*, p. 6.

<sup>808</sup> Vid. HUSE, J.A.- HOYLE, J.K.: “FIDIC Design-Build, Turnkey and EPC Contracts”, *International Construction Law Review*, 1999, p. 27.

<sup>809</sup> Vid. WADE, C.: “FIDIC’s Standard Forms..., *cit.*, p. 6.

<sup>810</sup> Vid. BUDIN, R. P.: *Guide pratique de...*, *cit.*, p. 28.

comparten unas características comunes entre todos ellos. Estos tipos contractuales se incardinan en el contexto del Derecho inglés, donde, como ya comentamos, existe una tradición jurídica muy importante en el sector de la ingeniería, que ha supuesto la proliferación de asociaciones profesionales en este sector, que comienzan con la elaboración de contratos modelos de ingeniería desde principios del siglo XX, convirtiendo a este país en pionero de esta actividad y, posteriormente, en líder de la misma<sup>811</sup>.

Esta circunstancia explica la importante influencia que ejercerá el sistema anglosajón en el sector, imponiendo en el mercado el idioma inglés y los modelos contractuales. Toda esta influencia se manifiesta en aspectos concretos de los contratos modelo de la FIDIC. Por ejemplo, la función cuasi-arbitral del ingeniero independiente, a pesar de ser designado por el cliente. Pero, no se trata del único elemento de tradición anglosajona, junto a él, nos encontramos con el establecimiento de un sistema de determinación del precio de *bill of quantities*. Sistema que, en realidad, desvirtúa la importancia del precio como suma fija y permite su modificación y adaptación constante al coste real. Asimismo, debe destacarse la particularidad de la designación, por parte del cliente, de los *nominated subcontractors*, en materia de subcontratación. Se trata de subcontratistas a los que el cliente puede pagar directamente, en caso de no hacerlo el contratista, aunque el cliente no resulta responsable por el retraso de los mismos. También conviene señalar el reparto de los riesgos, que normalmente se transfieren al cliente cuando resultan imprevisibles para el contratista, cuando son completamente ajenos a las partes y no susceptibles de ser asegurados<sup>812</sup>.

La elaboración de los modelos contractuales de la FIDIC ha sufrido una evolución a la que debe hacerse referencia, siquiera sea ésta sumaria. En este sentido, cabe distinguir entre lo acontecido en la ingeniería consultora,

---

<sup>811</sup> En el Reino Unido, como se ha comentado en la primera parte de este trabajo, la ingeniería opera un desarrollo considerable, a partir del siglo XIX.

<sup>812</sup> Vid. CORBETT, E., C.: FIDIC 4<sup>th</sup>- A Practical Legal Guide. A Commentary on the International Construction Contract, Londres, 1991, Sweet and Maxwell, pp. 3 y ss.

esto es, la ingeniería de proyección y/o supervisión, denominada *consulting*, y la ingeniería comercial, aquélla que incluye la ejecución de la obra, la llamada *commercial*.

(A) En primer lugar, por lo que se refiere a la ingeniería consultora - *consulting engineering*-, la FIDIC ha editado una serie de modelos que respondían a los distintos servicios que pueden incluirse en esta categoría. Esto es, los estudios de preinversión, el diseño y la supervisión, así como la dirección integrada. Sin embargo, a partir de 1990, ha cambiado de estrategia y ha procedido a la unificación de los tres tipos existentes en un sólo texto<sup>813</sup>. Este contrato modelo único de ingeniería consultora es el denominado *White Book: Client & Consulting Model Services Agreement*<sup>814</sup>. La FIDIC ha publicado la segunda edición en 1991 y la tercera en 1998. No obstante, esta unificación que pretendía una simplificación de la práctica, no se ha salvado de las críticas de la doctrina por el peligro que puede suponer la confusión de distintos servicios<sup>815</sup>.

(B) En segundo lugar, en el ámbito de la ingeniería comercial, la FIDIC ha publicado el -ya citado- *Red Book: Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*. Es el modelo contractual más difundido en la práctica, además de ser el utilizado en el asunto Eurotúnel; razón por la que nos referimos a él, específicamente, con posterioridad.

(C) Asimismo, la labor de la FIDIC afecta a otros ámbitos muy relacionados con este tipo de operaciones de ingeniería, tal y como ocurre con la subcontratación, los procedimientos públicos de licitación o la

---

<sup>813</sup> Estos documentos son los siguientes contratos tipo, ya citados, de la FIDIC: International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Preinvestment Studies (IGRA 1979 PI), International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Design & Supervision (IGRA 1979 DS) y International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Project Management (IGRA 1980 PM).

<sup>814</sup> Client & Consulting Model Services Agreement, 2ª ed., 1991.

<sup>815</sup> Criticado en general, por la doctrina, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, nota 76 *in fine* de la p. 97; GLAVINIS, P.: *Le contrat international de...*, *cit.*, pp. 27 y 28.

creación de consorcios y *joint ventures*. En este sentido, debe destacarse para la subcontratación, las *Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering*, publicadas en 1994, cuyo uso se recomienda de forma conjunta con las *civil conditions*<sup>816</sup>. Y en este punto debe hacerse referencia a otros tres documentos de la FIDIC que, sin configurarse estrictamente como modelos contractuales estándar, resultan de gran utilidad: el *Blue Book* que se refiere al *tendering procedure*<sup>817</sup>, el *Joint-Venture (Consortium)-Agreement* y el *Sub-Consultancy Agreement*. Modelos que suelen utilizarse de forma complementaria a las *civil conditions*.

(D) La FIDIC también ha elaborado el *Yellow Book: Conditions of Contracts for Electrical and Mechanical Works*<sup>818</sup>, conocidas como *condiciones EL/MEC*. La doctrina ha subrayado su semejanza con el *red book*, en cuanto que comparte su misma “filosofía y principios”, con la ventaja consiguiente de facilitar su utilización conjunta sin disfunciones<sup>819</sup>.

(E) Finalmente, la FIDIC ha editado el *Orange Book: Conditions of contract for design-build turnkey*, en 1995<sup>820</sup>. Estas condiciones están previstas para ser utilizadas en el diseño y la construcción de obras diseñadas, habitualmente, por el contratista<sup>821</sup>.

La introducción del *libro naranja* supone un giro copernicano en la política de la FIDIC, en el sentido de que difiere bastante de los principios comunes del *red book* y el *yellow book* y es inspirador de las reformas posteriores.

---

<sup>816</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The Globalisation of...”, *cit.*, p. 576.

<sup>817</sup> Primera edición de 1982 y segunda de 1994.

<sup>818</sup> Su tercera edición, publicada en 1987 –reeditada en 1988 con modificaciones- y su última edición de 1997.

<sup>819</sup> Si bien ambos textos presentan estructuras diferentes. Vid. WADE, C.: “FIDIC’s Standard Forms...”, *cit.*, p. 6.

<sup>820</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, *cit.*, p. 414.

<sup>821</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The Globalisation of...”, *cit.*, p. 576.

De todos los modelos de la FIDIC, el *libro rojo* es, sin duda, el que ha gozado de mayor difusión entre los operadores jurídicos y, que a su vez, a sido adoptado por instituciones como el Banco Mundial. Por ello conviene, a continuación, hacer mención específica a este tipo contractual.

#### 1.a.1.1.1.- El *libro rojo* de la FIDIC

El libro rojo se configura como el modelo estándar más utilizado en el ámbito internacional. Y se subraya que “el objeto de estas condiciones no sólo es servir de modelo estándar aplicable en la mayor parte de los sistemas legales del mundo, sino de forma esperanzadora, llegar a convertirse en ‘derecho internacional’ de la contratación en el sector de la construcción”<sup>822</sup>.

Como ya se ha apuntado, la primera edición del *libro rojo* data de 1957<sup>823</sup>, encontrándose actualmente se encuentra en la cuarta edición, de 1987 (reeditada en 1988), con un suplemento publicado en 1992 y otro en 1996<sup>824</sup>. Sin olvidar, como veremos más adelante, la publicación del *new red book*, en 1999.

Las también denominadas *civil conditions* fueron realizadas, conjuntamente, por la FIDIC y otras instituciones pertenecientes al ámbito de la ingeniería y la construcción<sup>825</sup>. Este conjunto de condiciones contractuales

---

<sup>822</sup> Vid. TIEDER, J.B.: “The Globalisation of...”, *cit.*, p. 575.

<sup>823</sup> Como ya se ha comentado, la primera edición data de 1957, la segunda de 1969 y la tercera de 1977.

<sup>824</sup> No debe perderse de vista, como veremos, que, en 1999, la FIDIC publica un nuevo modelo contractual denominado *new red book*. El hecho de que el nuevo modelo sea continuador del anterior nos lleva a la necesidad de analizar su contenido en un momento posterior.

<sup>825</sup> Entre ellas, la Federación Internacional Europea de la Construcción (FIEC), actualmente, la Federación Europea de Edificación y Trabajos Públicos, que representa a los contratistas, y en la que también intervienen la *European International Contractors* o la *Associated*

se compone de una parte general y un anexo con cláusulas que permiten adaptar el contrato al caso concreto y completarlo. Un análisis de su contenido demuestra que su utilización no implica una imposición unilateral por una de las partes, sino que nos encontramos ante lo que se ha dado en denominar un “*balanced document*”<sup>826</sup>.

El libro rojo de la FIDIC está ideado para los trabajos de construcción de ingeniería civil, se trata de contratos en los que el cliente espera que el contratista, a través de su trabajo y de sus servicios, realice una obra concreta, de aquí que se opine que el contratista, más bien presta servicios que, ciertamente, realiza un resultado. Su referencia a las obras de construcción de ingeniería civil lleva a deducir la exclusión de su utilización para la construcción de obras de edificación y viviendas.

Desde la perspectiva de este modelo contractual, se prevé que se adjunte al contrato toda la documentación relativa al diseño y las especificaciones técnicas de la obra y, además, se preestablece la forma de determinación del precio en *bill of quantities*.

Además, se prevé que el cliente cuente con el asesoramiento de un experto técnico que supervise los trabajos de ejecución del contratista y que realice a éste último los pagos sucesivos pactados, de acuerdo con el trabajo efectivamente realizado y con los costes reales establecidos en cada *bill of quantities*. Esta función de experto técnico está encomendada al ingeniero que se vincula al cliente a través de otro contrato. También se ha criticado el amplio margen de discrecionalidad del ingeniero para decidir libremente sobre los plazos que se impone a sí mismo, con vistas a proveer de planos al contratista e, incluso, para ampliar sus propios plazos de entrega. El ingeniero, además, tiene la obligación de confidencialidad con respecto al cliente.

---

*General Contractors of America*. Asimismo, se señala la participación de Bancos de ayuda al desarrollo. Vid. MOLINEAUX, Ch.: “Moving Toward a...”, *cit.*, p. 60.

En el libro rojo de la FIDIC debe destacarse, asimismo, la cláusula 67, en la que, como veremos, se prevé un procedimiento para la resolución de controversias que exige la participación de un experto y remite al procedimiento arbitral de la CCI. De modo que, en primer lugar, la controversia que haya surgido debe solventarse mediante la intervención de un técnico especializado, en un plazo de 84 días. En caso de desacuerdo, la parte que se oponga a esta decisión puede optar por el arbitraje de la CCI en un plazo de 70 días. Considerando siempre preferente la posibilidad de un acuerdo entre las partes para la solución de la disputa.

Nos encontramos ante una fase prearbitral importante, en la que el ingeniero cumple una función cuasi-arbitral que le exige neutralidad, en aquellos casos en que es contratado por una de las partes. Conscientes de ello, en las últimas ediciones del *librorrojo* se ha eliminado el carácter cuasi-judicial de su intervención, de modo que ya no se exige la concurrencia de un procedimiento previo, ni su decisión vincula obligatoriamente a las partes.

De esta forma, las decisiones del ingeniero en la resolución de controversias de las partes tienen un carácter provisional, que requiere la voluntad de las partes de respetarlas y que exige siempre, para convertirse en definitivas, que sean refrendadas por un laudo arbitral, que es lo que les otorga el carácter de cosa juzgada y que convierte al procedimiento arbitral en una segunda instancia<sup>827</sup>. En este mismo sentido se interpreta por la práctica arbitral. Tanto es así que, incluso en el caso de que el contratista desconozca qué ingeniero es el encargado de realizar esta función, debe dirigirse al cliente para que le proporcione tal información. Sólo cuando esta parte se niegue o no conteste podrá acudir directamente al arbitraje<sup>828</sup>.

Este panorama cambia bastante a partir de la publicación del *Orange*

---

<sup>826</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: "Moving Toward a...", *cit.*, p. 60.

<sup>827</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, *cit.*, pp. 425 y 426

<sup>828</sup> Vid. los asuntos de la CCI núms. 6276/1990 y 6277/1990.



*Book* en 1995. En este modelo estándar, que además es inspirador de toda la reforma de los tipos de la FIDIC en 1998 y 1999, se abandona la figura del ingeniero para referirse a la del representante del cliente o “*employer’s representative*”. A partir de este momento, las controversias entre las partes se dirimen a través de un DAB (*Dispute Adjudication Board*). Se suprime el recurso previo a la decisión del ingeniero y se sustituye, como condición previa para el arbitraje, por el DAB. La inclusión de este sistema supone un cambio en la política de la FIDIC que inspira sus posteriores reformas. Por ejemplo, en los Suplementos de los libros rojo y amarillos publicados en 1996 y 1997, se permite la posibilidad de sustituir la figura del ingeniero prevista por el DAB.

Además, en las nuevas ediciones de la FIDIC, después de la reforma de 1999, todos los modelos estándar incluyen como sistema previo al arbitraje el DAB, si bien es cierto que, concretamente en el *Plant Form*, se permite la participación del ingeniero en el DAB, circunstancia que implica que nos encontramos ante una composición especial de DAB. En este punto resulta necesario distinguir la figura del DAB con la utilizada por el Banco Mundial, el *Dispute Review Board* –DRB-. La diferencia básica entre ambas radica en que la decisión del primero resulta obligatoria entre las partes, incluso en el caso de desacuerdo de una de ellas con la misma. Sin embargo, la conclusión del DRB no es tanto una decisión, como una recomendación, que debe ser aceptada de común acuerdo por ambas partes para poder ser ejecutada.

Una de las características más importantes de las condiciones FIDIC es, precisamente, su ya citada marcada inspiración en el *common law*. En este sentido, se ha afirmado que no satisfacen las necesidades de los sistemas de tradición romano-germánica<sup>829</sup>. Además de denunciar el carácter ambiguo e inapropiado de su redacción que, en el caso del Eurotúnel<sup>830</sup>,

---

<sup>829</sup> Vid. BRABANT, A.: *Les marchés publics...*, cit., tomo II, p. 763.

<sup>830</sup> Ya se ha comentado que este contrato dio lugar a más de tres años de controversias que

calificado como el contrato europeo más importante en el que se ha utilizado el modelo FIDIC, desembocó en tres años de conflictos. En cualquier caso, esta afirmación genérica de falta de aptitud de los contratos modelo de la FIDIC en los sistemas de derecho civil se concretan en varias objeciones:

(a) En primer lugar, el arcaísmo del Derecho inglés que se manifiesta en instituciones como el *nominated subcontractor*, que da lugar a la transmisión de la responsabilidad al cliente contratista y subcontratista, liberando al ingeniero.

(b) Como segunda razón que justifica la inadaptación de las condiciones FIDIC a los sistemas de derecho civil se hace referencia a la ausencia de determinación de las obligaciones del ingeniero. Esta circunstancia da lugar a incertidumbre en la relación contractual, en la que el contratista carece de seguridad jurídica y se tiende a transmitir la responsabilidad al cliente.

(c) En tercer lugar, se critica la determinación del sistema de fijación del precio en el *bill of quantities –unit price–*.

(d) También, se denuncia la falta de protección del cliente. Así como el procedimiento de recepción que se deja en manos del ingeniero, sin tener en cuenta la forma tácita, que suele ser muy habitual. En este mismo sentido se refiere a la pervivencia de instituciones como el *fitness for the purpose* y el *performance certificate* que ignoran el rigor de las obligaciones de resultado en los sistemas de derecho civil.

(e) Finalmente, se denuncia el carácter abierto del sistema de *common law* al que pertenecen originariamente las condiciones FIDIC, por cuanto son completadas por la labor de los tribunales, cubriendo la laguna de su

---

acabaron en una decisión de la *House of Lords* en 1993 (*Channel Tunnel Group Ltd. And another v. Balfour Beatty Construction Ltd and other* (1993) AC 334).

ambigüedad<sup>831</sup>.

(f) A su vez, se muestran dudas para la utilización de estas condiciones en el ámbito internacional de la contratación pública, fundamentalmente de los Estados en vías de desarrollo, ya que el modelo en el que están inspirados, el ICE, estaba elaborado pensando, tan solo, en las transacciones privadas. De hecho, existen otros modelos contractuales utilizados por las instituciones públicas británicas<sup>832</sup>, para los supuestos de contratación pública.

Es interesante comprobar cómo en estos modelos para operaciones públicas, el asesor técnico no es un tercero imparcial sino que sus funciones se orientan exclusivamente a la defensa de los intereses del cliente, en este caso, una institución pública. De algún modo, se ha criticado la posición desfavorable de los contratistas en los modelos contractuales de la FIDIC. Si bien es cierto que tampoco es así del todo, puesto que, debe pensarse que las condiciones FIDIC, se han elaborado en un marco de consenso con el sector de contratistas, y, en otras ocasiones, las responsabilidades se transmiten del contratista al cliente.

En suma, puede concluirse que, aunque las condiciones de la FIDIC gozan de una buena difusión, tampoco es que se pueda afirmar su uso generalizado. La doctrina reconoce que los gobiernos europeos y el norteamericano se resisten a utilizarlos en el ámbito de la contratación pública. Y algo parecido ocurre en los países en vías de desarrollo, como se señala con respecto al caso de Arabia Saudita, que en los supuestos de contratación pública también prefiere utilizar sus propios modelos<sup>833</sup>.

Estas críticas justifican ciertas dudas existentes sobre lo inapropiado de

---

<sup>831</sup> Vid. BRABANT, A.: *Les marchés publics...*, cit., tomo II, pp. 765 y ss.

<sup>832</sup> Estas condiciones son las General Conditions of Government Contracts for Building and Civil Engineering Works, de 1977.

<sup>833</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", cit., p. 178.

elaborar unos usos de la ingeniería, una *Lex Mercatoria aedificandi* o *ius ingeniorum* en la que las condiciones FIDIC fueran una parte sustancial, y ello, entre otros, debido a los problemas que se han comentado en relación con su aplicación en los sistemas de derecho civil<sup>834</sup>.

#### 1.a.1.1.1.1.- La reforma de 1999 de los contratos modelo de la FIDIC

##### 1.a.1.1.1.1.a.- La necesidad de reforma: los nuevos modelos

Las diferentes aportaciones de la FIDIC demuestran que el mundo de la ingeniería está experimentando cambios importantes, sobre todo, en la última década (nuevas ediciones, nuevos modelos tipo). La prueba del aumento de la complejidad de los proyectos de ingeniería llevaron a la FIDIC a publicar en agosto de 1998 las pruebas de los cuatro nuevos modelos contractuales, cuya primera edición veía la luz en 1999. Estos nuevos contratos modelo sustituyen, por un lado, a las antiguas ediciones del *red book*, *yellow book* y *orange book*. Y, por otro, aportan un nuevo modelo contractual, el *silver book*. Asimismo, la reforma introduce una versión abreviada para proyectos de cuantía inferior a medio millón de dólares: el *green book*.

La FIDIC consciente de la complejidad del ámbito de la ingeniería ha tendido a armonizar su labor y a instaurar un lenguaje común. Los principios y el lenguaje consolidados son los que se establecieron en el *Orange Book* en 1995<sup>835</sup>.

La idea básica de la reforma parte de la simplificación del sistema de

---

<sup>834</sup> Vid. BRABANT, A.: *Les marchés publics...*, cit., tomo II, p. 770.

<sup>835</sup> Vid. HUSE, J.A.- HOYLE, J.K.: "FIDIC Design-Build, Turnkey...", cit., p. 27.

contratos modelo de la FIDIC. De modo que se pretende establecer un sistema muy parecido en los distintos contratos, que comparta unas definiciones comunes. En definitiva, que facilite su utilización al usuario<sup>836</sup>. Estos nuevos tipos, como ya se ha comentado, no derogan a los anteriores sino que tienen como objetivo llegar a sustituirlos.

Se adoptan, pues, nuevos criterios comunes para la elección del contrato estándar, que se concretan, fundamentalmente en dos. (a) En primer lugar, la determinación de sobre quién recae la responsabilidad del diseño de la obra. (b) Y, en segundo, el tipo de relación de las partes en el contrato, en el sentido de si se trata de un contrato entre dos partes cliente-contratista o, nos encontramos ante una relación tripartita en la que participa un intermediario entre el cliente y el contratista; el ingeniero o el representante del cliente.

Así, la FIDIC ha publicado cuatro nuevos modelos de condiciones contractuales diferentes a los anteriormente citados:

1.- Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer denominado como el Construction Contract, Construction Book o, incluso, el CONS o el new red book.

2.- Conditions of Contract for Plant and Design-build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor denominado como el Plant and Design-build Contract, o con la abreviatura P & DB, o bajo la denominación new yellow book.

3.- Conditions of contract for EPC<sup>837</sup>/Turnkey Projects conocido como el EPC/Turnkey Contract, EPCT o silver book.

---

<sup>836</sup> Según explica BOWCOCK, el presidente del Comité de Contratos de la FIDIC, se suprimieron los distintos Comités para constituir uno sólo que pudiera coordinar mejor los trabajos para la elaboración de los diferentes contratos modelo. *Vid.* BOWCOCK, J.: "What FIDIC Has...", *cit.*

<sup>837</sup> Engineering, Procurement and Construction.

4.- *Short Form of Contract* denominado como el *short form*, o también denominado *green book*.

En cualquier caso, se reconoce que el sector de la ingeniería está sometido a numerosos cambios que implican una renovación constante en la elaboración de contratos tipo<sup>838</sup>. Así, de entre los principios básicos reconocidos en los grupos de trabajo de la FIDIC, destaca la flexibilidad y el denominado “*user friendliness*”<sup>839</sup>. 1) En primer lugar, la flexibilidad se plasma en la posibilidad de poder utilizar, por ejemplo, el método de precio alzado en la modalidad CONS o en someter lo establecido en las condiciones generales a lo que concreten las condiciones particulares. 2) El principio de “*user friendliness*” se manifiesta en la posibilidad de ampliar las condiciones generales o reducir las condiciones particulares, 3) así como, en el hecho de determinar un lugar como esencial en la fecha clave del contrato<sup>840</sup>.

1.a.1.1.1.b.- Estructura y disposición de los nuevos modelos: los criterios de selección

Los nuevos modelos de contratos comparten una estructura idéntica, continuadoras del formato básico del *orange book*<sup>841</sup>, con cinco partes: unas

---

838 La FIDIC muestra sus reservas para denominar los distintos modelos contractuales según el color de su encuadernación. Por esta razón, los nuevos formatos gozan de tres denominaciones: la oficial, en forma de abreviatura y la del color de la encuadernación. Es evidente, pese a las reticencias de la FIDIC, que la denominación por colores se ha impuesto en la doctrina especializada, de forma comprensible ya que agiliza su tratamiento. Vid. BOOEN, P.: “FIDIC’ s Conditions of...”, cit. Asimismo, vid. WADE, C.: “FIDIC’s Standard Forms...”, cit., p. 6.

839 Vid. BOOEN, P.: “FIDIC’ s Conditions of Contract for the Next Century: 1998 Test Editions”, *ICLR*, 1999, pp. 5- 26.

<sup>840</sup> Vid. BOOEN, P.: “The Three Major New FIDIC Books”, *ICLR*, enero 2000, pp. 24-46, esp. p. 27.

<sup>841</sup> Vid. BOOEN, P.: “FIDIC’ s Conditions of...”, cit., p. 12.

condiciones generales, una guía para la elaboración de condiciones particulares<sup>842</sup> y, finalmente, una carta de oferta (*letter of tender*), un *contract agreement* y acuerdos sobre resolución de controversias.

Salvo el *green book* que cuenta con 15 cláusulas, las condiciones generales constan de veinte cláusulas. Todas ellas dotadas de un contenido muy parecido, con la excepción en lo referente a algunas cuestiones relativas al riesgo y la responsabilidad<sup>843</sup>. a) La primera de las cláusulas de las condiciones generales contiene las definiciones ordenadas alfabéticamente en seis grupos que presentan la ventaja de ser coincidentes en los nuevos contratos modelo de la FIDIC, e inspiradas en el *orange book*. b) En la segunda cláusula se establece la obligación del cliente de permitir el acceso del contratista al lugar de la obra. La subcláusula 2.4 otorga un plazo de cuarenta y dos días al cliente para, bajo la solicitud del contratista, probar las garantías financieras que aseguran el pago de la obra.

La nueva perspectiva que incorporan los nuevos modelos de la FIDIC obliga a plantear cuál será el modelo contractual a elegir para llevar a cabo un proyecto de ingeniería.

#### 1) *Proyectos de cuantía inferior a medio millón de dólares*

En este sentido, el primer criterio de selección se refiere a la dimensión del proyecto; para aquellos proyectos cuya cuantía no supera el medio millón de dólares, los seis meses de duración o se trate de trabajos sencillos o reiterativos, habrá que acudir al *short form*. Se hace referencia a esta publicación, considerada como una al hilo de la tradición FIDIC, como *green*

---

<sup>842</sup> GPPC: Guidance for the Preparation of the Particular Conditions.

<sup>843</sup> También se señalan otras diferencias en las cláusulas 3, 5 y 12; relativas a la construcción y el diseño, las funciones del ingeniero y las pruebas de funcionamiento (*Completion Tests*). Vid. BOOEN, P.: "FIDIC' s Conditions of...", *cit.*, p. 13.

*book*. En estos casos, el contratista construye la obra de acuerdo con el diseño provisto por el cliente o su representante. Con todo, el contratista tendrá que ocuparse íntegramente –diseño y ejecución– de determinados aspectos mecánicos y eléctricos, aunque, en todo caso, cada una de las partes responde de la parte del diseño que ha aportado.

Este modelo abreviado consta de 15 cláusulas en las que se adopta un sistema de riesgos en la línea del libro rojo y el amarillo. Asimismo, se establece el método de precio alzado para estos contratos. Los riesgos del cliente se concretan en la cláusula 6 y siempre cabe la posibilidad de reembolso y aumento de los plazos de entrega ante cualquier circunstancia.

## 2) *Proyectos de cuantía superior a medio millón de dólares*

Si el proyecto a realizar excede de estas dimensiones habrá que optar por los nuevos modelos contractuales integrados en lo que se ha dado en denominar los *major works*. Para ello, habrá que atender al criterio determinante de la responsabilidad<sup>844</sup>. En primer lugar, la responsabilidad relativa a quién realiza el diseño: el cliente o el contratista. Y en segundo, la responsabilidad global de la obra para el contratista<sup>845</sup>.

### a) El modelo CONS o *new red book*

En el supuesto de que sea el cliente el que diseña, se acude al modelo

---

<sup>844</sup> Esta decisión de optar por la responsabilidad del diseño en lugar del tipo de obra a realizar (el antiguo libro rojo se dirigía a la obra civil y el antiguo libro amarillo a la obra eléctrica o mecánica), se ha calificado como una decisión de la FIDIC susceptible de ser sometida a debate. *Vid.* CORBETT, E.: "FIDIC's New Rainbow...", *cit.*, p.39.

<sup>845</sup> *Vid.* WADE, C.: "FIDIC's Standard Forms...", *cit.*, p. 8.



CONS<sup>846</sup>. En estos casos se trata de proyectos de ingeniería de infraestructura en los que la proyección corresponde al cliente o su representante, de modo que el contratista debe ejecutar la obra de acuerdo con las especificaciones dadas por aquél. El ingeniero administra el contrato, supervisa la ejecución de las obras y certifica los pagos al contratista. En cualquier caso, la atribución del diseño de la obra al cliente no se realiza en términos absolutos. El contratista tendrá que realizar los proyectos de algunas prestaciones eléctricas o mecánicas, o relativas a la construcción de la obra.

b) El modelo P&DB o *new yellow book*

Si el contratista es quien realiza el diseño debe optarse por el P & DB. En estos casos, se trata de proyectos de ingeniería de plantas eléctricas o mecánicas o de la modalidad *Design and Build*<sup>847</sup>, es decir, para la elaboración y la ejecución de proyectos de ingeniería<sup>848</sup>. En cualquier caso, aunque se atribuya esta labor al contratista, debe ajustarse a las directivas del cliente para la realización de la obra. En estos supuestos, las funciones del ingeniero se centran en la administración del contrato, la supervisión de la obra y la certificación de los pagos.

Se trata de un modelo contractual que establece el método alzado de

---

<sup>846</sup> Según apunta la doctrina, “actualiza y sustituye” al citado *red book*. Estas condiciones se han diseñado con el objeto de actualizar y, progresivamente, sustituir el *red book*. Por esta razón, también se hace referencia a estas condiciones como *new red book*. La sustitución no está prevista de modo inmediato o automático. Los miembros de los grupos de trabajo explican que la idea es mantener las ediciones “antiguas” según la demanda, pero favoreciendo la utilización de las nuevas ediciones subrayando sus innumerables ventajas y pensando que se acabarán imponiendo en la práctica negocial.

<sup>847</sup> Vid. WADE, C.: “FIDIC’s Standard Forms...”, *cit.*, p. 8.

<sup>848</sup> De modo que este nuevo modelo contractual sustituye, de nuevo, al *yellow book* y al *orange book*. En este caso, se hace referencia a una nueva edición refundida del *yellow book* y el *orange book*, y de hecho, se le denomina *new yellow book*. Algún autor se refiere a esta sustitución como “embraces”. Vid. BOOEN, P.: “The Three Major...”, *cit.*, p. 25.

determinación del precio en el que el contratista se obliga a la consecución de un resultado: según la cláusula 4.1, que la obra realizada sirva para los objetivos establecidos en el contrato<sup>849</sup>.

d) El modelo EPCT o el *silver book*

Finalmente, existe un último criterio (además del relativo a la dimensión del proyecto y al diseño) que se refiere a la transferencia de una responsabilidad global sobre la obra al contratista, por lo que respecta a su proyección y ejecución. Razón por la que, además, el contratista necesita una mayor certeza en la determinación del precio. En estos casos, hay que acudir al EPCT, que cubre los supuestos en los que el cliente requiere, íntegramente, los servicios del contratista para la realización de la obra; algo que, normalmente, implica un coste más elevado. Este modelo contractual se presenta como una novedad y se añade en el denominado “FIDIC rainbow” bajo la denominación de *silver book*.

En este modelo contractual, según la cláusula 4.12, el contratista asume una obligación general en previsión de los costes globales y de las eventuales dificultades que pueda surgir para y a lo largo de la realización de la obra<sup>850</sup>.

En este último caso puede tratarse de proyectos BOT (*build, operate and transfer*), asimismo, puede referirse a proyectos de instalación de planta industrial (planta de procesamiento o de energía eléctrica) o un proyecto de infraestructuras (puentes o carreteras) en los que el cliente traspasa los riesgos (responsabilidad o variación de los precios) al contratista. No

---

<sup>849</sup> Vid. CORBETT, E.: “FIDIC’s New Rainbow...”, *cit.*, p. 43.

<sup>850</sup> De una forma muy gráfica se define esta modalidad como aquella en la que el cliente “se marcha y vuelve” (*goes away and return*) cuando el contratista ha terminado. Vid. CORBETT, E.: “FIDIC’s New Rainbow...”, *cit.*, p. 44.

obstante, en determinadas circunstancias, se aconseja optar por el P&DB antes que por el EPCT, esto es, en caso de no contar con el tiempo o la información necesaria sobre la obra, o el riesgo de circunstancias imprevisibles es excesivamente alto, o cliente quiere hacer un seguimiento de los trabajos del contratista o no se puede determinar el precio de forma definitiva<sup>851</sup>.

#### 1.a.1.1.1.1.c.- La impronta de los nuevos modelos: su aportación

La publicación de los nuevos modelos contractuales ha gozado de una buena acogida en la doctrina especializada. Como elementos positivos se subrayan las ventajas que incorporan los nuevos contratos estándar, tanto para el cliente, como para el contratista.

1) Las ventajas reportadas al cliente se concretan en el establecimiento de un sistema de garantías independientes o a demanda que se benefician frente al contratista como se comenta a continuación. Se establecen, asimismo, unos informes sobre el progreso de la obra en la cláusula 4.21 y establece un periodo para el pago de 28 días que se somete a la presentación del informe sobre las obras que debe acompañarse de una documentación. Así, el cliente paga en función del trabajo realizado por el contratista y el periodo de notificación de defectos se aumenta, en la cláusula 11.3 hasta dos años.

2) Para los contratistas, las ventajas se centran en el establecimiento de la definición de fuerza mayor en la cláusula 19, que además implica como consecuencia la posibilidad para el contratista de aumentar los plazos de entrega y poder recuperar los costes del trabajo realizado. Además, en la cláusula 2.4 se les reconoce el derecho de solicitar a cliente pruebas sobre

---

<sup>851</sup> Vid. BOOEN, P.: "The Three Major...", *cit.*, p. 25.

su solvencia financiera en aras a garantizar el pago del precio. Asimismo, la posibilidad de suspensión de las obras por retraso en el pago del cliente, por no hablar de la acción por las condiciones del suelo en la cláusula 4.12<sup>852</sup>.

Otra de las aportaciones consideradas como loables en los nuevos contratos tipo de la FIDIC en materia de resolución de controversias se refiere, ya lo apuntamos en su momento, a la sustitución de la decisión imparcial del ingeniero por el *Dispute Adjudication Board* de la cláusula 20, como inicio de un procedimiento de resolución de conflictos.

Lo cierto es que la FIDIC opta en sus nuevas condiciones generales por un DAB *ad hoc*, que se constituye en el momento que las partes lo necesitan, es decir, cuando debe dirimirse la controversia. El hecho de no estar constituida de forma permanente presenta ventajas. Debe considerarse que implica una reducción de costes importantes para las partes. Y, además, debe pensarse en la ventaja de poder seleccionar los especialistas adecuados atendiendo a la concreta materia sobre la que puede surgir la disputa en cada ocasión<sup>853</sup>.

Como ya apuntamos anteriormente, la nueva tendencia de la FIDIC, confirmada en la reforma de 1999, pasa por el abandono de la función cuasi arbitral del ingeniero, que resultaba problemática y se decanta por consolidar el sistema de peritaje internacional institucionalizando en DAB.

El recurso a los sistemas de peritaje técnico internacional, como el citado DAB, tiene su origen en la práctica generalizada en Estados Unidos de recurrir en las disputas de los contratos internacionales de construcción a los denominados mecanismos de *Alternative Dispute Resolution*. Concretamente, estos Comités de Resolución de Litigios –CRL-, entre los que se encuentran los DAB, se basan en acuerdo entre las partes con el

---

<sup>852</sup> Vid. CORBETT, E.: "FIDIC's New Rainbow...", *cit.*, p. 41.

<sup>853</sup> Se insiste en la idea del DAB *ad hoc* y no permanente –*standing*- porque, en un principio, los grupos de trabajo de la FIDIC optaron por el permante, si bien decidieron, a la luz de las ventajas comentadas, incluir en las nuevas ediciones de 1999 el *ad hoc*.

objeto de dirimir sus controversias acudiendo a expertos técnicos en la materia. Si bien los CRL pueden constituirse de forma distinta, existen unos rasgos, comunes a todos ellos, que los caracterizan. Pueden estar formados por uno o tres expertos independientes que son remunerados por el cliente y el contratista.

Se trata de un método complementario al arbitraje, no es un sustitutivo del procedimiento arbitral. Piénsese cómo en el libro naranja de la FIDIC, de 1985, ya anunciaba la tendencia que se consolidaría después en la reforma de 1999: el procedimiento del DAB se introducía como una fase previa a los métodos de conciliación y mediación, que precedían, a su vez, el recurso al arbitraje. Intentando, de este modo, una mayor rapidez en la resolución de disputas y una reducción del coste, sin renunciar al carácter especializado del técnico que debe resolver y a la imparcialidad de la resolución.

Después de eliminar la parcialidad que suponía otorgarle al ingeniero una función cuasi arbitral, en los DAB, se garantiza la imparcialidad e independencia de los miembros que lo componen. De modo que, aunque normalmente sus miembros son elegidos por las partes, en el caso de que sean tres, cada parte elige a uno y el tercero se designa de común acuerdo entre las partes, o también cabe la posibilidad de que sea elegido por los otros dos peritos. Además no debe existir ningún vínculo entre los miembros del DAB y las partes; es más, en caso de haber coincidido profesionalmente con anterioridad, las partes deberán comunicarlo previamente a su composición. En ocasiones se puede prever la participación de un organismo neutral que pueda dirimir un eventual desacuerdo entre las partes, por ejemplo, en la elección de los miembros del DAB. En el caso del libro naranja, éste refiere la solución al presidente de la FIDIC, pero también se puede designar al secretario de la CCI.

Las partes, pues, acudirán a este procedimiento cuando surja alguna controversia. La parte que se considere afectada debe dirigirse por escrito al DAB y remitir una copia de su misiva a la otra parte. Una vez constituido el

comité de resolución contará con un plazo de 56 días para emitir una decisión que ponga fin a la controversia, que se convierte en definitiva después de un periodo de 28 días desde su resolución sin que ninguna de las partes se haya opuesto. Si alguna de las partes se opone y se cumple el plazo de los 56 días desde que se emitió la decisión sin que las partes puedan llegar a acuerdo alguno, entonces se abre la posibilidad de acudir a la vía del arbitraje<sup>854</sup>.

#### 1.a.1.1.1.1.1.- Análisis comparativo entre los contratos modelo FED y FIDIC

La comparación entre ambos modelos es necesaria en la medida en que se trata de los modelos contractuales más utilizados en la práctica y que se inspiran en sistemas jurídicos diferentes. Ya se ha comentado que las condiciones FIDIC tienen su origen en el Derecho anglosajón y los cuadernos FED en el Derecho francés y, por tanto, en el sistema de derecho civil. A partir de aquí, lo cierto es que puede hacerse una relación de cuestiones comunes tratadas en los modelos de la FIDIC y de la FED.

En ambos modelos se regulan conjuntamente materias que afectan al desarrollo de la relación contractual, por ejemplo, la referencia al *defects liability period*. Éste se aborda en la cláusula 49 de las condiciones FIDIC y en los artículos 61 y 62 de las condiciones FED. Asimismo, la reglamentación de los denominados *special risks* o también, fuerza mayor. En las condiciones FIDIC hay que acudir a la cláusula 65 y en las condiciones FED al artículo 66 (cuestión sobre la que se comentará las diferencias entre uno y otro sistema e incluso en relación con la última reforma de la FIDIC). Así como, la resolución de controversias que se regula en la cláusula 67 de las condiciones FIDIC y en el artículo 68 de las

---

<sup>854</sup> Según se establece en la cláusula 20.

condiciones FED, y a las que también se referenciará con posterioridad.

Existen otras cuestiones comunes en los dos modelos como son la responsabilidad por incumplimiento, de modo que la responsabilidad del contratista aparece regulada en la cláusula 63.1 de las condiciones FIDIC y el artículo 64 de las condiciones FED. Así como, el incumplimiento por parte del cliente, que se regula en la cláusula 69 de las condiciones FIDIC y en el artículo 65 de las condiciones FED.

En cualquier caso, resulta interesante escoger entre alguna de estas materias comunes y analizar, como veremos a continuación, las diferencias en su tratamiento. La comparación se centra, fundamentalmente, en el libro rojo de la FIDIC y en el *works contract* del FED, si bien se mencionan otros modelos de la FIDIC, que tratan la misma cuestión<sup>855</sup>.

a.- Las condiciones FED se basan, originariamente, en el sistema de Derecho francés en materia de contratación pública. Por eso están mayoritariamente dirigidas a la realización de obra pública. Y, en este sentido, se diferencian de las condiciones FIDIC, por ejemplo, en las funciones del ingeniero. De modo que, así como en las condiciones FIDIC, como hemos visto, el ingeniero actúa de forma imparcial e independiente, en el caso de las condiciones FED, se prevé que el ingeniero sea contratado por el cliente para controlar al contratista y que sus funciones estén detalladas en el contrato, e, incluso, puede ser que el ingeniero se integre en un servicio público creado por el cliente estatal para realizar esta función.

b.- En las condiciones FIDIC se acotan de forma mucho más específica las obligaciones del contratista y se deja un amplio margen de decisión y, por lo tanto, mayor flexibilidad, a la figura del ingeniero. Mientras que en las

---

<sup>855</sup> El mismo autor al comparar unas y otras condiciones dice, finalmente: “the discussion about them has brought out in a useful way the difficulties involved in marrying the British and the French approaches to construction contracting. I for one remain uncertain as to what the differences are in fact and what prospects there are, if any, in a happy marriage”. Vid. GÖSTA WESTRING: “Construction and Management...”, cit., p. 181.

condiciones FED, se muestra interés en especificar en el contrato las obligaciones del ingeniero, concretando su función y dejando un margen menor a su libertad de decisión<sup>856</sup>.

En este sentido, otra característica de las condiciones FED, donde se ha querido ver cierto paralelismo con la figura del ingeniero FIDIC, se manifiesta en la participación de un representante local del FED para la resolución de controversias entre el cliente y el contratista, algo que se ha valorado, de algún modo, de forma negativa, puesto que se apunta la dificultad de exportar esta fórmula contractual a aquellos proyectos que no son desarrollados por el Fondo Europeo para el Desarrollo<sup>857</sup>.

c.- Por lo que se refiere a las cuestiones relativas a la elección del idioma y el derecho aplicable se regulan, en la cláusula 5.1 de las condiciones FIDIC, y en artículo 2 del *Works Contract* del FED. En la primera se hace referencia a la ley rectora del contrato como requisito que deben especificar las partes, junto al idioma del mismo. Referencia sumaria que, además, deja de lado el problema de la determinación del derecho aplicable en ausencia de elección por las partes.

d.- Otra cuestión es la relativa a la ampliación del plazo para la ejecución, el denominado *extension of time for completion*. Esta materia aparece regulada en la cláusula 44.1 de las condiciones FIDIC y, asimismo, en el artículo 35 del modelo FED. Las condiciones FIDIC en esta cláusula prevén el derecho del contratista a ejecutar la obra con posterioridad a la fecha establecida cuando concurren unas determinadas circunstancias que se concretan en trabajo adicional, condiciones climáticas excepcionalmente adversas, retrasos imputables al cliente y otras circunstancias que puedan acontecer ajenas a la voluntad del contratista. En este caso, es el ingeniero

---

<sup>856</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 180.

<sup>857</sup> Así, se afirma que su contribución a la "armonización y la uniformidad de los contratos internacionales de construcción es relativamente pequeña". Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 181.



quien, tras consultar con las partes y valorar los acontecimientos, decide sobre el plazo de ampliación para el contratista y debe comunicarlo a las dos partes: contratista y cliente.

e.- Asimismo, es cuestión común en los modelos de la FIDIC y del FED la relativa a las cláusulas penales por retraso. Entre estas cláusulas se encuentran las referidas a los *liquidated damages*. En las condiciones FIDIC aparecen reguladas en la cláusula 47 y en el modelo FED en el artículo 36. En las condiciones FIDIC se establece que los *liquidated damages* son una suma que debe pagar el contratista al cliente en caso de retraso. La suma pagadera se establece en el apéndice de la oferta y las condiciones dicen que no es un *penalty*. Lo interesante de los *liquidated damages* es que son un figura propia del derecho anglosajón y en ocasiones han sido calificadas de sumas excesivas.

f.- Asimismo, los dos modelos se refieren a la terminación de la planta industrial, con el certificado final de obra. En las condiciones FIDIC se regula en la cláusula 48 y en las condiciones FED en el artículo 60. En este sentido, las condiciones FIDIC determinan que una vez terminadas las obras y superadas las pruebas de funcionamiento, el contratista debe comunicarlo al ingeniero y también al cliente. A partir de esta comunicación el ingeniero cuenta con un plazo de 21 días para la revisión de los trabajos y la detección de algún defecto en la obra, para terminar con la expedición del certificado final de la obra.

g.- La regulación de las *variations* se aborda en las cláusulas 51 y 52 de las condiciones FIDIC y en las condiciones FED en el artículo 37. Las condiciones FIDIC otorgan una función determinante al ingeniero en lo que se refiere a las modificaciones del trabajo que lógicamente repercutirán en el precio de la obra. En este sentido, el ingeniero, no sólo puede decidir las modificaciones que considere oportunas en la forma, la cantidad y la calidad de los trabajos, sino que además, también decide la cuantía de la modificación del precio.

El análisis comparativo nos lleva a verificar la existencia de diferentes ámbitos de aplicación de los dos modelos contractuales. Se trata, en ambos casos, de contratos estándar dirigidos a operaciones de ingeniería internacionales, si bien los del FED se refieren, más específicamente, a aquéllas obras públicas de infraestructura a ejecutar en países en vías de desarrollo, financiadas por el Fondo. Sin embargo, las condiciones FIDIC se utilizan en las operaciones privadas, si bien su incidencia en el ámbito de las obras públicas se ha acentuado a través de su utilización en las concesiones de financiación privada, tal y como ocurre –por ejemplo- en el asunto Eurotúnel.

## 2.- Las instituciones internacionales

La actividad de las instituciones internacionales en materia de estandarización ha destacado por los esfuerzos realizados en la elaboración de tipos contractuales, guías y leyes modelos, desde distintas organizaciones. Su objetivo se centra en proponer distintos instrumentos para facilitar estas operaciones complejas. Junto a estas organizaciones internacionales (2) destacaremos la actividad de los bancos internacionales (3) que, siendo, asimismo, instituciones internacionales su labor se concreta en la adopción de modelos contractuales ya existentes que impone en los proyectos de ingeniería que financia.

### *a) La Comisión Económica de la ONU para Europa*

En el proceso de estandarización de los contratos internacionales de ingeniería no puede obviarse la referencia al trabajo de organizaciones

internacionales intergubernamentales tales como como la Comisión Económica de la ONU para Europa<sup>858</sup>, cuyas condiciones generales y guías han ejercido una importante influencia en la ingeniería internacional<sup>859</sup>. Y entre las que cabe destacar la *Guide on Drawing up Contracts for Large Industrial Works*<sup>860</sup>, *Guide for Drawing up International Contracts between Parties Associated for the Purpose of Executing a Specified Project*<sup>861</sup>, *Guide for Drawing up International Contracts on Consultancy Engineering Including Some Related Aspects of Technical Assistance*<sup>862</sup> y *Guide for Drawing up International Contracts for Services Related to Maintenance, Repair and Operation and Other Work*<sup>863</sup>.

#### b) La CNUDMI

También cabe destacar la labor de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o UNCITRAL (*United Nations Commission of International Trade Law*) que ha elaborado guías destinadas a “ayudar a las partes en la redacción de sus contratos”<sup>864</sup>. Así como la Ley modelo para el suministro de materiales, construcción y servicios, junto con la guía UNCITRAL *of enactment* en 1993.

Esta Ley modelo pretende servir de guía a los países para la valoración y la modernización de sus leyes y sus prácticas de suministro, y para el establecimiento de una legislación donde no exista actualmente. Los

---

<sup>858</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 34.

<sup>859</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, cit., p. 263.

<sup>860</sup> Vid. Documento E 73 II E.13, Ginebra, 1973.

<sup>861</sup> Vid. Documento E 79 3 II E. 22, Ginebra, 1979.

<sup>862</sup> Vid. Documento E 83 II E. 3, Ginebra, 1983.

<sup>863</sup> Vid. Documento E 87 II E. 2, Ginebra, 1987.

<sup>864</sup> Vid. LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, cit., p. 263.

objetivos de esta Ley modelo de UNCITRAL consisten en maximizar la competitividad y ofrecer un trato equitativo a los suministradores y contratistas que contratan obras públicas. En este sentido, sólo establece cuatro procedimientos a utilizar para la selección de suministradores o contratistas. No se refiere a cuestiones relativas a la ejecución del contrato o la resolución de controversias<sup>865</sup>.

Asimismo, la UNCITRAL, ha publicado, en 1988, la *Guía jurídica para la redacción de Contratos Internacionales de construcción de instalaciones Industriales*<sup>866</sup>, que en el ámbito específico de la construcción, ha sido elaborada con el objetivo de ayudar a los clientes pertenecientes a países en desarrollo a preparar sus contratos para obras industriales. Aunque no establece un contrato modelo concreto, analiza todos los términos del contrato<sup>867</sup>.

#### c) la ONUDI

La Organización de Naciones Unidas para el desarrollo industrial (ONUDI) ha publicado algunos modelos tipo, de entre los que cabe citar el *Model Form of Turn-key Lump Sum for the Construction of a Fertilizer Plant Including Guidelines and Technical Annexures*<sup>868</sup>, así como el *Model Form of Cost Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant Including a Guidelines and Technical Annexures*<sup>869</sup>.

---

<sup>865</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 561.

<sup>866</sup> Vid. Guía jurídica de la CNUDMI..., *cit.*

<sup>867</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, pp. 573-574.

<sup>868</sup> Vid. UNIDO/PC.25/Revision 2, marzo, 1984.

<sup>869</sup> Vid. UNIDO/PC.26/Revision 2, marzo, 1984.

#### *d) Otras instituciones*

Debe señalarse la acción de otras entidades internacionales profesionales o comerciales como UNIDROIT o la ICC, como las Reglas uniformes para las garantías contractuales en 1978<sup>870</sup>, que pueden realizar una importante aportación en la redacción de guías y contratos modelo, a los que ya se ha hecho referencia y que gozan de gran importancia en el sector, pese a su carácter general<sup>871</sup>.

#### 3.- Los bancos internacionales

Este proceso de estandarización internacional o incluso universal, no sólo afecta a instituciones internacionales del comercio internacional en la redacción de condiciones generales del contrato, sino también al ámbito de la financiación, esto es, a las organizaciones internacionales de financiación y ayuda al desarrollo, que establecen sus propias normas. Disposiciones que deberán ser aplicadas no sólo a los contratos internacionales de ingeniería financiados, sino también a los Estados y otras entidades de crédito que participen en la operación.

Debe tenerse en cuenta que la función de las entidades internacionales de financiación tiene una gran importancia en los proyectos internacionales de ingeniería-construcción. Hasta el punto de que, en muchos casos, el fracaso de un proyecto internacional de construcción se debe a la carencia de un buen sistema de financiación<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, pp. 558-561.

<sup>871</sup> Vid. BASEDOW, J.: "Uniform Law Conventions and...", *cit.*, p. 132.

<sup>872</sup> Vid. STOKES, MC.: International Construction Contracts..., *cit.*, pp. 21 y ss.

a) *El Banco Mundial (BM)*

El Banco Mundial ha publicado sus propias condiciones generales que centran su atención en los procesos de precalificación y calificación de las empresas, así como en los procedimientos de adjudicación<sup>873</sup>. En este sentido, ha publicado el *Standard Prequalification Documents* (SPD) y el *Standard Bidding Documents for the Procurement of Works of Civil Engineering Construction* (SBDW), en 1993, además de la guía complementaria *Guidelines for Procurement of Works*.

Así como la *Standard Bidding Document Supply and Instalation of Plant and Equipment*, en 1997, que se basa en el Model Form of International Contract for Process Plant Construction de la citada ENAA<sup>874</sup>. Incluso, se ha editado en 1996 una guía para los contratos regidos por los sistemas de Derecho civil<sup>875</sup>.

De todos ellos, el contrato tipo del BM que ha gozado de mayor difusión es el citado *Standard Bidding Documents for the Procurement of Works of Civil Engineering Construction* (SBDW). Para la elaboración de este modelo contractual, el Banco Mundial ha utilizado como base el *red book* de la FIDIC<sup>876</sup>, en su cuarta edición reeditada en 1992. No sólo como base pues el

---

<sup>873</sup> Vid. [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

<sup>874</sup> Engineering Advancement Association of Japan.

<sup>875</sup> Dossiers types d'Appel d'offres:passation des Marchés de Travaux. Droit civil.

<sup>876</sup> Además, esta es una clara manifestación de la importancia de las condiciones FIDIC en el ámbito internacional, incluso, para la consideración de las condiciones FIDIC como *Lex Mercatoria*, ya que la falta de autoridad para la codificación que puede denunciarse de los comerciantes o de las asociaciones de profesionales no se puede aplicar al Banco Mundial, al que se le reconoce una influencia mucho mayor y, por lo tanto, es un hecho muy significativo su reconocimiento mediante la adopción formal de las mismas en sus modelos contractuales que impone, reiteramos, con carácter obligatorio, a los sujetos implicados en las operaciones que financia.

BM adoptó en 1995 el *libro rojo* de la FIDIC como modelo contractual<sup>877</sup>.

La trascendencia de esta incorporación se manifiesta en que la utilización de estos documentos se presenta como condición en todos los contratos financiados global o parcialmente por el Banco Mundial para las obras de construcción cuyo coste se estime superior a 10 millones de dólares.

La estructura del SBDW consta de nueve secciones. En la primera se establecen las condiciones relativas al procedimiento de licitación, la segunda contiene las condiciones generales y la tercera las condiciones particulares (que son las que incorporan las condiciones FIDIC). Pese a la adopción de las *civil conditions* de la FIDIC, el Banco Mundial permite ciertas modificaciones de las mismas pensando, por ejemplo en el método de fijación del precio (precio unitario en las condiciones FIDIC). Además, esta institución permite la utilización de otros contratos modelo, si así lo pactan las partes, siempre y cuando el modelo FIDIC pueda utilizarse de *standard mínimo* para controlar que el contenido del contrato sea completo.

Asimismo, el SBDW contempla una serie de aspectos que no encuentran tratamiento en las condiciones FIDIC relativos a impuestos, corrupción, resolución del contrato a instancia del *employer*, restricciones en cuanto a la elegibilidad de determinados países como suministradores (listas negras), responsabilidad solidaria y confidencialidad<sup>878</sup>. La cuarta sección contiene las especificaciones técnicas y la quinta los formularios para la oferta, la calificación y las garantías bancarias. La sección sexta contiene, por su parte, el *bill of quantities* y la séptima los anexos del contrato. La octava cuenta con los modelos de garantías de buena ejecución y, en último lugar, la novena se refiere a los planos que acompañan al proyecto.

---

<sup>877</sup> Vid. Standard Bidding Documents for the Procurement of Works- Major Contracts (over US\$10 million), The World Bank, Washington D.C., enero 1995, p. 122.

<sup>878</sup> Vid. BUDIN, R. P.: Guide pratique de..., cit. , p. 55.

c) *El Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BECD)*

El Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, creado en 1990 para favorecer la transición de los países del este y el centro de Europa a la economía de mercado. Esta institución hace referencia en su normativa a la utilización, en los contratos por él financiados, de los modelos tipo en los que se inserten condiciones generales internacionalmente aceptadas<sup>879</sup>.

El European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)<sup>880</sup>, cuenta con más de 60 miembros (entre países y organizaciones internacionales). El EBRD ha publicado, en 1998, las *Procurement Policies and Rules for Projects Financed by the European Bank for Reconstruction and Development*, que aconsejan la utilización en el contrato de cláusulas relativas a las garantías de ejecución, la responsabilidad y los seguros, el pago del precio, los liquidated damages, el cambio de circunstancias, el derecho aplicable y la resolución de controversias.

d) *El Banco Interamericano para el desarrollo (Inter-American Development Bank –IDB-)*

Otras entidades internacionales de financiación han contribuido en este proceso como el *Inter-American Development Bank (IDB)*<sup>881</sup>, fundado en 1959 para colaborar en el desarrollo económico de los países de América Latina y el Caribe y que cuenta con 46 Estados miembros. El IDB financia,

---

<sup>879</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 556.

<sup>880</sup> Vid. [www.ebrd.com](http://www.ebrd.com).

<sup>881</sup> Vid. [www.iadb.org](http://www.iadb.org).



tanto proyectos públicos, como privados y ha publicado el *Basic Procurement Policies and Procedures*, en 1998. Esta guía contiene las condiciones generales de los contratos de ingeniería que financia la institución y aconseja la utilización de un procedimiento internacional de licitación.

e) *El Banco Asiático para el Desarrollo (BAD)*

Del mismo modo, existen bancos regionales para el desarrollo, como por ejemplo, el Banco Asiático para el Desarrollo (BAD)<sup>882</sup> que han contribuido a este proceso de estandarización. Esta entidad se fundó en 1966 y cuenta con 57 Estados miembros con el objetivo de promover el desarrollo económico y social en los países de Asia y la zona del Pacífico. El BAD, no sólo financia los proyectos de ingeniería, sino que, además, ofrece asistencia técnica en su ejecución. Para ello, ha publicado en 1990 la *Guidelines for Procurement of Goods, Works and Services Under Projects Financed By the Asian Development Bank* y, en 1994, la *Guidelines for Procurement Under Asian Development Bank Loans*, muy similar a la utilizada por el Banco Mundial<sup>883</sup>. Estas guías contienen principios generales y condiciones de contratación con cláusulas relativas a la ejecución de las obras, la función del ingeniero, la variación del precio, las garantías de ejecución y los *liquidated damages*.

---

<sup>882</sup> Asian Development Bank (ADB), vid. [www.adb.org](http://www.adb.org)

<sup>883</sup> Vid. TIEDER, J.B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p.555.

f) *El African Development Bank (AFDB)*

Asimismo, el *African Development Bank (AFDB)*<sup>884</sup>, cuenta con más de 75 Estados miembros y una experiencia de 40 años en la financiación de proyectos y programas de desarrollo. El AfDB ha publicado las *Rules of Procedure for Procurement of Goods and Works* en 1996 que contienen cláusulas referidas a las obligaciones de las partes, el sistema de garantías, los *liquidated damages* o el sistema de pago.

g) *Otras entidades internacionales de financiación*

Un referente europeo de gran importancia, como hemos visto <sup>885</sup>, es el Fondo Europeo para el Desarrollo –FED–, que también ostenta bastante protagonismo en materia de estandarización<sup>886</sup>, hasta el punto de integrarlo en el proceso de estandarización regional como exponente más relevante de contrato modelo en el ámbito europeo.

Existen más instituciones que también fomentan este desarrollo, si no de forma directa -mediante la creación de condiciones generales-, sí indirectamente, a través de la recomendación de la utilización de los modelos estándar de la FIDIC. Así, la *United States Agency for International Development (USAID)*<sup>887</sup>, la *United States Overseas Private Investment Corporation*, el *United States Import/Export Bank* en EE.UU., la *United Kingdom Export Credits Guarantee Department (ECGD)*<sup>888</sup> o la *Kreditanstalt*

---

<sup>884</sup> Vid. [www.afdb.org](http://www.afdb.org).

<sup>885</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 176.

<sup>886</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 34.

<sup>887</sup> Vid. [www.info.usaid.gov](http://www.info.usaid.gov).

<sup>888</sup> Vid. [www.open.gov.uk/ecgd/index.htm](http://www.open.gov.uk/ecgd/index.htm).

*für Wiederaufbau*<sup>889</sup>.

En definitiva, el análisis del proceso de estandarización en sus diferentes planos -nacional, institucional e internacional- plasma la creciente actividad en la elaboración de contratos modelo y en su modificación para ajustarse a una realidad cambiante. Lo cierto es que, pese a la existencia de más de treinta modelos estándar de contratos de ingeniería, la contribución de las asociaciones profesionales y las instituciones internacionales es la que ha operado una mayor influencia en las operaciones internacionales. En éstas, las partes no dudan en acudir, por ejemplo, a los contratos modelo de la FIDIC, aprovechando el prestigio de esta entidad y la garantía del buen funcionamiento de sus documentos a lo largo de más de 40 años. De hecho, la incidencia de estos últimos va más allá de su propia utilización, puesto que, además, su repercusión se manifiesta en que inspiran la elaboración de otros contratos modelo de ámbito nacional o internacional.

El recurso generalizado a los contratos estándar parece presentarse como una solución paliativa a la ausencia de regulación normativa de los contratos internacionales de ingeniería. En la práctica está impuesta su utilización y, si bien la valoración de su naturaleza jurídica suscita problemas, lo cierto es que no puede negarse que este sector goza de un amplio desarrollo de uno de los instrumentos del denominado *ius ingeniorum*, que está configurando, en palabras del citado EBDR (*European Bank for Reconstruction and Development*) unas “condiciones generales internacionalmente aceptadas” en este sector<sup>890</sup>.

---

<sup>889</sup> Vid. SCHNEIDER, M.E.: “International Construction...”, *cit.*, p. 669.

<sup>890</sup> Art. 3.4 de las Procurement Policies and Rules for Projects Financed by the European

## IV.- La práctica arbitral

### 1.- Introducción

#### A.- La práctica arbitral en el sector de la ingeniería como fuente del Derecho del comercio internacional

La práctica arbitral podría entenderse como una fuente “de naturaleza constitutiva” que busca la creación de un cuerpo de reglamentación casuístico con un precedente a considerar<sup>891</sup>; reglas arbitrales, no sólo de carácter procesal, sino, asimismo, sustanciales, que tratan de facilitar las transacciones del comercio internacional<sup>892</sup> y que ha experimentado un importante desarrollo en el ámbito internacional de la ingeniería<sup>893</sup>.

La posición del árbitro con respecto a la *Lex Mercatoria* puede limitarse a colmar las lagunas del derecho aplicable o puede realizar una labor de adaptación y decisión *ex aequo et bono*, o, incluso estas funciones se suceden de modo subsidiario<sup>894</sup>.

---

Bank for Reconstruction and Development de 1998.

<sup>891</sup> Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale, *cit.*, p. 26 y CALVO CARAVACA, A. L.-CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Introducción al Derecho...*, *cit.*, p. 103.

<sup>892</sup> Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale, *cit.*, p. 27.

<sup>893</sup> Vid. DERAÏNS, Y.: “Effective Proceedings in Construction Cases” en *ICCA Stockholm Arbitration Congress 1990, 1991*, Kluwer, p. 351.

<sup>894</sup> En este sentido, *vid.* el artículo 42 del Convenio de Nueva York de 1965, relativo al arreglo de diferencias sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

Por lo que se refiere, concretamente, al *ius ingeniorum* o a la *lex constructionis*, se considera que la existencia de un número considerable de decisiones arbitrales en este campo ha facilitado en gran medida su utilización y la uniformidad de su interpretación, configurándose como un precedente en materia de construcción<sup>895</sup>, si bien no deja de ser una cuestión debatida<sup>896</sup>.

La perspectiva que pretende adoptarse en esta parte del trabajo con respecto a los arbitrajes desarrollados en materia de ingeniería es, precisamente, su incidencia en esta materia como fuente del *ius ingeniorum*. En este sentido, se trata de subrayar la labor de las instituciones arbitrales que han desarrollado un mayor número de arbitrajes comerciales internacionales de construcción y cuál es la importancia del arbitraje en las operaciones internacionales de ingeniería. Debe pensarse que el análisis de la práctica arbitral se ha repartido a lo largo de este trabajo, en el que se han integrado, aproximadamente, cien laudos arbitrales en materia de ingeniería y que también se ha incluido un capítulo específico dedicado a la resolución de controversias donde se especifican cuestiones técnicas en materia arbitral.

Los arbitrajes relativos a los contratos internacionales de ingeniería presenta una serie de características que los convierten en únicos. Nos encontramos con unos procedimientos de resolución de controversias que, tradicionalmente, incorporan la acción del ingeniero en la solución de la disputa. Además, dado el carácter altamente técnico de las disputas el árbitro deberá responder a una alta cualificación, debatiéndose entre la opción entre el experto técnico –ingeniero- o jurídico –jurista-<sup>897</sup>. El alto

---

<sup>895</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: "Moving Toward a..., *cit.*, p. 62.

<sup>896</sup> La doctrina se divide entre la consideración de las decisiones arbitrales como un precedente vinculante o como una solución específica al caso concreto o *ad hoc*. Al margen de la discusión doctrinal, es innegable el valor de la jurisprudencia arbitral para la interpretación uniforme de la *Lex Mercatoria*.

<sup>897</sup> Vid. DERAIS, Y.: "Effective Proceedings in..., *cit.*, p. 360.

grado de especialización en estos arbitrajes no ha dificultado, no obstante, el establecimiento de unos procedimientos arbitrales rápidos y efectivos<sup>898</sup>.

Esta denominada efectividad del procedimiento arbitral se presenta en los contratos internacionales de ingeniería bajo una ecuación que busca el equilibrio entre la máxima calidad de la justicia arbitral, su corta duración y el mínimo coste. Además, un aumento de la eficacia puede darse a través del establecimiento de procedimientos prearbitrales, como ocurre en las condiciones FIDIC, como veremos, con las reclamaciones denominadas *claims*, la intervención del ingeniero o de los Comités de resolución de controversias o el *amicable settlement*<sup>899</sup>.

En este sentido, en los procedimientos arbitrales relativos a los contratos internacionales de ingeniería se han establecido medidas que tratan de mejorar los parámetros de calidad y corta duración 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 la FIDIC y la EIC (*European International Constructors*), elaboran unos listados de profesionales propuestos por estas organizaciones para actuar como árbitros en las disputas derivadas de estos contratos. Sin duda, el establecimiento de estas listas, actualizadas y revisadas, supone, por un lado, un ahorro de tiempo muy considerable 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 disputa<sup>900</sup>.

---

<sup>898</sup> Vid. HERRLIN, H.: "Report on Various Types of Construction Contracts: Time Limitation for the Filing of Claims, Arbitration Rules and Applicable Law" en *ICCA Stockholm Arbitration Congress 1990*, 1991, Kluwer, pp. 353 y ss.

<sup>899</sup> Vid. HERRLIN, H.: "Report on Various...", *cit.*, p.354.

<sup>900</sup> Vid. JARVIN, S.: "New Lists to Speed Resolution of Construction Contract Disputes", *Journal of International Arbitration*, núm. 3, 1986, p. 65.

## **2.- La práctica arbitral de la CCI (Cámara de Comercio Internacional de París)**

### **A.- Introducción**

El Tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París se instituyó en 1923 y, desde entonces, ha alcanzado una de las mejores reputaciones como organismo arbitral en el ámbito del comercio internacional<sup>901</sup>.

Esta institución adquiere una importancia determinante en los contratos internacionales de ingeniería debido a que en las condiciones FIDIC, desde su primera edición en 1957, la resolución de controversias se somete, expresamente, a arbitraje bajo las Reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio internacional<sup>902</sup>, salvo que las partes pacten otro sistema. Si, como hemos señalado, los contratos modelo de la FIDIC son los que gozan de una mayor difusión en el ámbito internacional, la Cámara de Comercio Internacional se presenta, paralelamente, como la institución arbitral a la que más se recurre para la resolución de controversias en estos contratos.

Con todo, en términos relativos se señala un ligero descenso de la proliferación de arbitrajes de construcción, comparado con el creciente número de contratos internacionales de ingeniería ejecutados en países en vías de desarrollo, debido, quizás, a la acumulación de una larga experiencia

---

<sup>901</sup> Vid. JARVIN, S.- WESTRING, G.: "The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce –Case notes-", *International Construction Law Review*, núms. 1-2, 1983-85, pp. 371-378.

<sup>902</sup> Si bien en estas condiciones se establece la intervención del ingeniero –sustituida por el DAB en 1999- como una condición previa para poder acudir al arbitraje.

arbitral en el sector que va solucionando los problemas más habituales y por el recurso a los mecanismos alternativos de resolución de controversias. Entre los factores que han influido se señalan la utilización de modelos contractuales inspirados en Derechos nacionales de otros países extranjeros –como ocurre con las condiciones FIDIC, fuertemente inspiradas en el Derecho anglosajón y utilizadas en muchos otros países- o la intervención del Estado o el arbitraje multiparte<sup>903</sup>. Estas circunstancias explican el descenso de las cifras: en 1997, de las solicitudes presentadas ante el Tribunal de la CCI ese año el porcentaje referido al sector de la construcción era de un 14%<sup>904</sup>.

Las Reglas de conciliación y Arbitraje de la CCI han sido reformadas en 1998 con el objeto de dinamizar los procedimientos arbitrales y convertirlo en verdaderas vías expeditivas de resolución de controversias. Una de las características de estas normas es su flexibilidad que permite a las partes introducir algunas modificaciones sobre las reglas existentes. Sin olvidar, como veremos, la publicación, en 2001, de las Reglas de la CCI de ADR que pretenden aplicarse complementariamente al arbitraje en el sector de la ingeniería

La CCI cuenta con una serie de Comités Nacionales de la CCI en los Estados de las partes, que establecen unos listados de árbitros propuestos por la FIDIC y la EIC (*European International Constructors*), para los casos en los que las partes no hayan designado expresamente a los árbitros. En estas listas se combinan ingenieros, arquitectos, abogados y otros técnicos<sup>905</sup>.

En este sentido, las citadas normas, puntualizan que el Tribunal de

---

<sup>903</sup> Vid. DERAIS, Y.: "Effective Proceedings in...", *cit.*, p. 354.

<sup>904</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "International Construction Contract Disputes: Commentary on ICC Awards Dealing with the FIDIC International Conditions of Contract", *International Court of Arbitration Bulletin*, noviembre 1998, p. 112.

<sup>905</sup> Vid. JARVIN, S.: "New Lists to...", *cit.*, p. 67.



arbitraje no es el que resuelve las disputas, sino que su función se concreta en validar el nombramiento de los árbitros, organizar las fases iniciales del procedimiento y controlar que el laudo arbitral cumpla los requisitos de forma exigidos. De modo que corresponde al árbitro, que estará especializado en materia de ingeniería, dictar una resolución sobre el fondo que ponga fin a la controversia<sup>906</sup>.

El Tribunal de arbitraje ejerce una función de supervisión: controla la validez del convenio arbitral, es independiente de los árbitros, si bien confirma su nombramiento<sup>907</sup> y revisa y aprueba la forma del laudo arbitral que finalmente se emite<sup>908</sup>. No actúa como una revisión del fondo, sino que realiza una función consultiva en cuanto a cuestiones relativas al procedimiento y la forma<sup>909</sup>.

## **B.- La práctica relativa a contratos internacionales de ingeniería**

La práctica arbitral de la CCI en el sector de la ingeniería cuenta con un número considerable de laudos arbitrales que han sido publicados y sistematizados por las revistas especializadas. Fundamentalmente, comentados en la *International Construction Law Review* y recopilados en el *International Court of Arbitration Bulletin*<sup>910</sup>. De su estudio puede derivarse el hecho mismo de que los laudos CCI relativos a la utilización de los modelos contractuales de la FIDIC pueden sistematizarse en orden a unas cuestiones

---

<sup>906</sup> Vid. Artículo 2.1 de las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la CCI.

<sup>907</sup> Vid. artículo 9 de la Reglas de la CCI.

<sup>908</sup> Vid. artículo 27 de la Reglas de la CCI.

<sup>909</sup> Vid. GAEDE, A.H.: "International Construction", *Handling Construction Risks*, 1998, Practising Law Institute, p. 26.

<sup>910</sup> Vid. las publicaciones de esta revista que recopila los laudos arbitrales de la CCI relativos a las condiciones FIDIC: *International Court of Arbitration Bulletin*, núm. 2, 1991 y núm. 1, 1998.

comunes<sup>911</sup>.

Entre ellas, en primer lugar, si las condiciones FIDIC y los modelos contractuales de la ENAA se configuran como usos del comercio que puedan aplicarse, incluso si no lo han convenido expresamente las partes. En este sentido, la práctica arbitral considera que aún no gozan de un grado de desarrollo suficiente, fundamentalmente por dos razones, porque estos usos no se utilizan con un elevado grado de uniformidad, y porque no puede probarse la aplicación de estos principios a falta de elección por las partes<sup>912</sup>.

Además, también se centra en otros aspectos como la controvertida cláusula 67 del *libro rojo* de la FIDIC en la que se prevé la función cuasi-arbitral del ingeniero<sup>913</sup>. O, asimismo, en el arbitraje multiparte –cuando aparecen involucrados los subcontratistas en un procedimiento arbitral previsto en el contrato principal<sup>914</sup>. Así como determinadas cláusulas de pago –“pay when paid”- que implican que el contratista sólo realizará el pago a los subcontratistas cuando, a su vez y previamente, el cliente haya pagado al subcontratista<sup>915</sup>. Y cuestiones relativas a la extinción del contrato por incumplimiento (cláusula 63 de las condiciones FIDIC) y los daños indemnizables por retraso en el pago de los anticipos<sup>916</sup>.

---

<sup>911</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: “International Construction Contract...”, *cit.*

<sup>912</sup> Vid. asunto CCI núm. 8873/1997, *Clunet*, 1998, p. 73.

<sup>913</sup> Vid. asuntos CCI núms. 6238/1989, 6230/1990, 6276/1990, 6277/1990, 5948/1991, 6535/1992, 6611/1993, 7423/1995, 7641/1996 y 7910/1996, publicados en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, n.2, fall, 1998, pp. 78 y ss.

<sup>914</sup> Vid. asuntos CCI núms. 5898/1989, 5948/1991 y 5333/1998.

<sup>915</sup> Vid. asunto CCI núm. 6611/1993, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 54 y ss.

<sup>916</sup> Vid. asunto CCI núm. 5948/1991, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.2, fall, 1999, pp. 76 y ss.

### **3.- La práctica arbitral del CIADI (Centro Internacional para el arreglo de diferencias en materia de Inversiones)**

#### **A.- Introducción**

El Centro Internacional para el arreglo de diferencias en materia de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –CIADI (o *International Centre for State investment dispute resolution* –ICSID-) tiene su sede en Washington y su Convenio internacional fundacional data de 1965. Se trata del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, que ha entrado en vigor para 133 Estados y que vincula a nuestro país desde el 17 de septiembre de 1994<sup>917</sup>.

El CIADI cuenta con su propio Reglamento de conciliación y arbitraje – además de las reglas de iniciación- previsto para la resolución de disputas entre los Estados miembros del Convenio de Washington –normalmente, clientes- y las empresas extranjeras que van a trabajar y a invertir en uno de esos Estados –y que suelen actuar como contratistas-. La adopción de este Reglamento, que estaba prevista en el Convenio fundacional, se produjo en 1967 –entrando en vigor en 1968- y se ha reformado en 1984.

La importancia de este Centro para los arbitrajes en materia de ingeniería radica en que, tradicionalmente, los modelos estándar del Banco Mundial han sometido la resolución de sus controversias al arbitraje del CIADI. El procedimiento arbitral de esta institución prevé una cláusula de sumisión al arbitraje específica para los supuestos en los que el Estado es el

---

<sup>917</sup> Los sujetos del arbitraje CIADI son los Estados parte del Convenio y los nacionales de otros Estados miembro –art. 1.2- (luego el Convenio debe estar en vigor en los dos Estados a los que pertenecen las partes). Además, España cuenta con más de 25 Convenios bilaterales en materia de inversiones firmados con otros tantos países.

cliente en la que remite a las reglas establecidas en el Convenio internacional de Washington y el Reglamento de arbitraje del CIADI. Esta precisión es necesaria porque los documentos estándar del Banco Mundial, a partir de 1995 que es cuando se adopta el *libro rojo* de la FIDIC por esta Institución, contienen en la cláusula 67 una remisión general al arbitraje de la CCI. En caso en que el cliente sea una entidad pública distinta al Estado que acoge la inversión el convenio arbitral debe completarse. Así, el Estado debe designar a la entidad como una de sus agencias y aprobar la cláusula arbitral (salvo que se notifique al CIADI que la aprobación es innecesaria)<sup>918</sup>. En los proyectos más importantes se recomienda la inclusión de mecanismos prearbitrales como el *Dispute Review Board* –DRB- que es consecuencia de la incorporación de las condiciones FIDIC.

Una de las características del arbitraje CIADI –señalada, además, como una ventaja para el Estado parte en un contrato internacional de ingeniería- es la renuncia a la protección diplomática del Estado al que pertenece el contratista sobre sus nacionales –art. 27 del Convenio-. Asimismo, en sede de reconocimiento y ejecución de laudos, debe considerarse que una decisión arbitral del CIADI es obligatoria en todos los Estados parte del Convenio –art. 53-, que deberán reconocer y ejecutar igual que una sentencia judicial –art. 54-. En aquellos países que no sean parte puede solicitarse el reconocimiento o ejecución del laudo con base en el Convenio de Nueva York de 1958, con la diferencia de que, bajo el sistema CIADI, no cabe la denegación del reconocimiento o la ejecución por contrariedad con el orden público –art. 54.1-.

---

<sup>918</sup> Vid. BUDIN, R. P.: *Guide pratique de...*, cit., p. 54.

## B.- La práctica arbitral en los contratos internacionales de ingeniería

La práctica arbitral de esta institución afecta directamente al ámbito de la ingeniería internacional por cuanto que, como se ha comentado, en muchas ocasiones los contratos internacionales de ingeniería se refieren a la realización de obras de infraestructura y, por ende, los Estados son parte del mismo y puede tratarse de inversiones de contratistas extranjeros, normalmente en países en vías de desarrollo. En este sentido, de los arbitrajes CIADI concluidos entre 1972 y 1999, aproximadamente un 30% se refiere a contratos internacionales de ingeniería<sup>919</sup>.

La jurisprudencia de la CIADI en relación con los contratos internacionales de ingeniería suele afectar a problemas relativos a la documentación técnica o contractual, la ejecución de la obra, las cláusulas de pago, los plazos de entrega, el incumplimiento del contrato o los actos del Estado en el ejercicio de sus poderes públicos.

1) En ocasiones, la complejidad de la obra a realizar obliga a la creación de un *joint venture* entre entidades extranjeras y locales que puede ser el origen de la controversia, tal y como ocurrió en el asunto HOLIDAYS INNS. En esta ocasión, se trataba de la construcción de cuatro hoteles en Marruecos de la citada cadena hotelera, para ello se creó una *joint venture* entre la misma y una empresa petrolera. La *joint venture* disponía de libertad para contratar con los contratista que ejecutaran la obra<sup>920</sup>.

2) Además, las circunstancias específicas de los contratos CIADI implican que las disputas también puedan referirse al concepto de inversión extranjera y los riesgos que conlleva como operación comercial. En relación

---

<sup>919</sup> Vid. el listado completo de arbitrajes concluidos por la CIADI en la pág. WEB: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>.

<sup>920</sup> Vid. el asunto HOLIDAYS INNS de la CIADI núm. ARB/72/1 (Holidays Inns S.A./Occidental petroleum corporation v. Government of Morocco).

con este punto, puede señalarse el asunto KLOCKNER, en el que se había celebrado un contrato llave en mano para la instalación y construcción de una planta industrial de productos fitosanitarios (fertilizantes) en Camerún por parte de una empresa alemana. Un contrato que comprendía, además, el mantenimiento de la misma y su gestión técnica conjunta, a través de una empresa denominada SOCAME<sup>921</sup>.

3) Asimismo, puede que los problemas se centren en cuestiones fiscales relativas a desacuerdos con respecto a los impuestos y tasas exigidas por el Estado parte. En el asunto ALCOA se había celebrado un contrato entre una empresa estadounidense y el Gobierno de Jamaica para la construcción de una refinería de aluminio y otros recursos de minería, con un contrato de concesión para su explotación durante un plazo de 25 años. Se incluía un acuerdo en materia fiscal con ciertas exenciones, que fue –en última instancia- el que dio lugar a la disputa<sup>922</sup>.

4) También puede ocurrir que sea el Estado parte el que se oponga a la jurisdicción del árbitro de la CIADI, tal y como sucedió en el asunto AMCO. El contrato aquí concluido entre una empresa pública indonesia y una empresa norteamericana se refería a la construcción de un hotel y su explotación, bajo un esquema clásico en este tipo de operaciones que responde a las actuales fórmulas BOT (*build, operate and transfer*)<sup>923</sup>.

La mayoría de los supuestos parte del mismo esquema: un contrato marco entre el Estado y el inversor extranjero y una serie de contratos subsidiarios entre éste último y otros para la ejecución material de la obra de ingeniería. En ocasiones, las disputas pueden referirse a la realización de

---

<sup>921</sup> Vid. el asunto KLOCKNER de la CIADI núm. ARB/81/2 (Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Handelmaatschappij B.V. v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais).

<sup>922</sup> Vid. el asunto ALCOA de la CIADI núm. ARB/74/2 (Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. V. Government of Jamaica).

<sup>923</sup> Vid. el asunto AMCO de la CIADI núm. ARB/81/1 (Amco Asia Corp. And others v. Republic of Indonesia).

obras subsidiarias en relación con una principal, por ejemplo, la construcción de viviendas dependientes de una planta industrial instalada con anterioridad<sup>924</sup>.

En definitiva, la práctica arbitral derivada de los contratos internacionales de ingeniería está resolviendo los problemas que plantean estas relaciones jurídicas en el plano internacional. No puede obviarse que la mayor parte de estos contratos contienen una cláusula de sumisión al arbitraje y que, en muchas ocasiones, las partes pretenden evitar la vía jurisdiccional. No obstante, la proliferación de los mecanismos alternativos de resolución de controversias han reducido el número de procedimientos arbitrales.

La evolución experimentada por este sector de la industria, a la que se ha hecho referencia en el primer capítulo de este trabajo, ha incidido en la resolución de controversias mediante el arbitraje. De esta suerte, el aumento de la complejidad técnica de las operaciones revierte, asimismo, en el aumento de la responsabilidad del contratista, que pasa de la ejecución propiamente dicha de la obra a la gestión de la misma. Del mismo modo, contratistas y subcontratistas tienden crecientemente a la creación de *joint ventures* para poder ofrecer un mayor número de servicios y, a su vez, compartir riesgos y beneficios. Además las disputas afectan a las partes principales del contrato, cliente y contratista, pero también al contratista y los subcontratistas.

En este sentido, el Informe Final sobre arbitrajes relativos a la industria de la construcción publicado por la CCI en 2001<sup>925</sup> señala la incidencia en los arbitrajes de construcción de los mecanismos alternativos de resolución de

---

<sup>924</sup> Vid. el asunto SOABI de la CIADI núm. ARB/82/2 (Société Ouest africaine des betons industriels -SOABI- v. State of Senegal).

<sup>925</sup> Vid. AA.VV.: "Final Report on Construction Industry Arbitrations", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n.2, fall 2001, pp. 8-41, esp. p. .

controversias. De este modo, las partes acuden a ellos en busca de procedimientos resolutorios más rápidos y menos costosos económicamente. Así, asistimos a la reducción del número de procedimientos arbitrales por el efecto del filtro que producen estos mecanismos. Las disputas que llegan al arbitraje son, pues, más graves –no susceptibles de solución, sino a través de una decisión vinculante para las partes-.

Estas circunstancias han llevado a la propuesta de una serie de recomendaciones específicas dirigidas a los árbitros que dirimen disputas en materia de construcción relativas a la necesaria especialización de los mismos, la simplificación de trámites procedimentales y de documentación.



## **CAPÍTULO III: LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA**

### **I.- Introducción**

#### ***1.- La problemática relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería***

##### **A.- Aspectos generales: el estado de la cuestión**

La determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería se presenta como una cuestión especialmente interesante desde el punto de vista del D.i.pr., no sólo por enfrentarnos a una importante diversidad legislativa estatal en la materia, sino, sobre todo, por las circunstancias en las que, en la práctica, se plantea esta cuestión<sup>926</sup>. Ello aconseja, antes de entrar en lo que es propiamente la problemática atinente a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, la exposición de los términos en los que un operador jurídico, normalmente, un Tribunal ordinario o arbitral, se encuentra con la necesidad de determinar la ley estatal reguladora del fondo del contrato.

Hasta ahora hemos visto los términos en los que se diseña el *ius ingeniorum* en el régimen aplicable a los contratos internacionales de ingeniería. Ello repercute directamente en la cuestión que ahora nos ocupa. Es un hecho que, en un número importante de ocasiones, las partes seleccionan la *lex ingeniorum* como normativa reguladora de su contrato de ingeniería en ejercicio de su autonomía de voluntad material. Esto significa que una gran parte de la problemática que surge del incumplimiento o del

---

<sup>926</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 133.

cumplimiento defectuoso de las obligaciones de las partes contratantes, con carácter general, cliente y empresa constructora contratista, será resuelta en la práctica en los términos del contenido de lo que se ha descrito en los epígrafes anteriores como *lex ingeniorum*. Que ello sea así, es decir, que los eventuales conflictos surgidos al hilo de las relaciones entre cliente y contratista se solucionen dentro de los márgenes de la *lex ingeniorum*, convierte en no habitual el problema de la determinación de la ley estatal aplicable al contrato internacional de ingeniería<sup>927</sup>.

Tal es lo que parece derivarse de la constatación de los escasos supuestos en los que un operador jurídico, juez o árbitro, se ha visto en la necesidad de seleccionar la ley estatal aplicable a un contrato internacional de ingeniería: la proyección del *ius ingeniorum* sobre este tipo de contratos hace que, de hecho, esta cuestión no se haya planteado con la misma frecuencia que se suscita en relación con otro tipo de contratos, por ejemplo, respecto de los de compraventa, consumo o trabajo<sup>928</sup>.

En efecto, en relación con los contratos internacionales de ingeniería, sorprende una ausencia de jurisprudencia nacional e, incluso, de práctica arbitral en este ámbito, en contraste espectacular con el desarrollo que ha experimentado como actividad económica en el mercado internacional en los últimos años<sup>929</sup>. Además, la escasa jurisprudencia existente únicamente se

---

<sup>927</sup> Por ejemplo, vid. el Report of United Nations Commission on International Economic Order, 18 de junio de 1981, A/CN.9/WG. V/WP.4/Add. 7 of April 1981, p. 16, y la referencia al parágrafo 45 de la E.C.E. Guide, en relación a la recomendación que se hace a los contratantes para que "...draw up contracts in a sufficiently specific and detailed manner so that, if a dispute arise, recourse to a national law would be necessary only in exceptional cases".

<sup>928</sup> Por ejemplo, respecto de los contratos internacionales de construcción, la práctica derivada de la aplicación del *Convenio de Roma de 19 de junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* no es muy abundante. Vid., en este sentido, como muestras, la Sentencia BGH alemán de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457), la Sentencia BGH alemán de 14 de enero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1999, pp. 537-538), o la Sentencia BGH alemán de 7 de diciembre de 2000 (*NJW - Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 1936-1937).

<sup>929</sup> La doctrina afirma que la sumisión de controversias a un Derecho estatal constituye, en estos contratos, una *rareza*, razón que justifica la ausencia de jurisprudencia y de normativa estatal sobre la materia. Vid. FALLON, M.: "Rapport belge" en *La responsabilité des*

refiere de manera marginal a la cuestión de cuál será el ordenamiento jurídico aplicable por el Tribunal jurisdiccional o arbitral, especialmente significativa en ausencia de elección expresa de ley estatal por las partes<sup>930</sup>.

Las razones que pueden justificar esta ausencia de tratamiento doctrinal y jurisprudencial desde el punto de vista conflictual son variadas<sup>931</sup>.

a) Por una parte, cabe destacar la complejidad de los contratos internacionales de ingeniería, unida a la ausencia de normas materiales estatales que regulen este tipo de contratos, otorgan un gran protagonismo a los procesos de autorregulación de conductas. Tal es así, como hemos visto, respecto de la actividad de instituciones como la FIDIC, en orden a perfilar formalmente, identificándolas y codificándolas, una serie de reglas. Se trata de criterios convenidos entre los distintos participantes en el tráfico comercial y referidos a los contratos internacionales de ingeniería, reflejo de las pautas de comportamiento asentadas hasta el momento en el sector y que se consideran mayoritariamente como parte de la *lex mercatoria*<sup>932</sup>. De ahí que resulte muy habitual, como se ha indicado, la remisión a las condiciones generales de los contratos internacionales de ingeniería, *lex ingeniorum*, frente a la remisión a una ley estatal.

b) Por otra, los procesos de autorregulación de conductas, así como la

---

*constructeurs*, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, p. 233. En el mismo sentido, *vid.* GOLDSTEIN, G.: "Rapport québécois" en *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, p. 255. Asimismo, puede resultar significativo que en el *Rapport final sur l'arbitrage dans le domaine de la construction*, publicado en *ICC Int. Court of Arb. Bull.*, vol. 12-II, 2001, pp. 8-44, no se haga mención a los aspectos de ley aplicable.

<sup>930</sup> *Vid.* WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, esp. p. 133.

<sup>931</sup> *Vid.* SARAVALLE, A.: "Rapport italien" en *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, pp. 321 y ss.

<sup>932</sup> Ya se ha indicado que, además de la labor de la FIDIC, tanto desde una óptica global como más específica (recordemos la actividad desarrollada en la elaboración de, por ejemplo, las *FIDIC Conditions of contracts for works of civil engineering construction*, 4ª ed., 1987; o las *FIDIC Conditions of contracts for electrical and mechanical works*, 3ª ed., 1987), los trabajos del *American Institute of Architects*, de la *Institution of Civil Engineers*, o de la *Association française de normalisation (AFNOR)*.

proliferación de contratos modelo atinentes a las diferentes modalidades de ingeniería<sup>933</sup>, son factores que contribuyen a desviar la problemática relativa a los contratos internacionales de ingeniería<sup>934</sup>, de las jurisdicciones nacionales a los Tribunales arbitrales. En consecuencia, los contratos internacionales de ingeniería sometidos a los Tribunales ordinarios constituyen un porcentaje muy bajo en comparación con los sometidos a Tribunales arbitrales<sup>935</sup>. Ello explicaría la escasa práctica judicial relativa a la aplicación del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* respecto de los contratos de ingeniería, especialmente relevante desde la óptica del ordenamiento jurídico español al ser éste el instrumento normativo actualmente vigente en nuestro país<sup>936</sup>.

Todo ello no ayuda a clarificar el problema de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería<sup>937</sup>. La escasez, tanto de práctica jurisprudencial o arbitral, como legislativa al respecto, no sólo

---

<sup>933</sup> Respecto de la elaboración de contratos-modelo en materia de construcción, es importante la labor de organismos vinculados a las Naciones Unidas, como el UNIDO: por ejemplo, UNIDO *model form of tur-key lump sum contract for the construction of a fertilizer plant including guidelines and technical annexures* (UNIDO/PC 25/Revision 2, march 1, 1984); UNIDO *model form of cost reimbursable contract for the construction of a fertilizer plant including guidelines and technical annexures* (UNIDO/PC 26/Revision 2, march 1, 1984). O la labor de la UNCITRAL, como, por ejemplo, *Legal guide of drawing up international contracts of construction of industrial works*, New York, 1988. O de la Comisión Económica para Europa, como, por ejemplo, *Guide of drawing up contracts for large industrial works*, Génève, 1973; *Guide for drawing up international contracts between parties associated for the purpose of executing a specified project*, Génève, 1979; *Guide for drawing up international contracts on consultancy engineering including some related aspects of technical assistance*, Génève, 1983; o *Guide on drawing up international contracts for services related to maintenance and operation of industrial and other works*, Génève, 1987.

<sup>934</sup> En lo que ahora interesa, la relativa a la determinación de la ley estatal aplicable.

<sup>935</sup> Vid. FOUCARD, P.: "Rapport français" en *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, pp. 293 y ss., esp. p. 316.

<sup>936</sup> Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE de 19 de julio de 1993). Este último Convenio vincula a España desde el 1 de septiembre de 1993, tal y como fue modificado por el Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 (DOCE L 333, de 18 de noviembre de 1992, y BOE de 19 de julio de 1993, corrección de errores en BOE, de 9 de agosto de 1993). Informe oficial del Convenio, elaborado por JENARD, P. y GIULIANO, M., en DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992.

<sup>937</sup> Por eso, de modo general, se ha calificado el tratamiento del régimen aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, tanto de "confuso", como de "turbio". Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, esp. p. 136.

dificulta la identificación de las diferentes soluciones conflictuales, sino también, una vez identificadas, exige un mayor esfuerzo de argumentación a la hora de decantarse por una u otra alternativa<sup>938</sup>. Así es, por ejemplo, a la hora de determinar cuál es el Derecho aplicable en defecto de elección de ley estatal por parte de cliente y contratista, respecto de la que parece ser una clara tendencia a la utilización del criterio del lugar de ejecución de la obra<sup>939</sup>.

En cualquier caso, no puede decirse que la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería sea un problema menor, ya que se trata de una cuestión que, debido a una alta tendencia a la conflictividad en este tipo de contratos, puede presentarse en la realidad como una auténtica *choice of weapons* (elección de armas)<sup>940</sup>. Y, fundamentalmente, porque el ejercicio de la autonomía de la voluntad dirigido a la elección del *ius ingeniorum* como el régimen jurídico aplicable no ofrece una solución completa. De esta suerte, difícilmente cubre la totalidad de los aspectos constitutivos de las relaciones jurídicas nacidas al hilo del contrato internacional de ingeniería.

En este sentido, lo cierto es que, pese al amplio desarrollo de la autonomía privada, resulta inevitable recurrir, en mayor o menor medida, a un Derecho estatal para completar o complementar la regulación de determinados aspectos contractuales que suelen permanecer al margen de las especificaciones de las partes (por ejemplo, en la duración de los plazos de prescripción o en la ejecutoriedad de las cláusulas penales)<sup>941</sup>.

En fin, la importancia económica de los contratos internacionales de

---

<sup>938</sup> Vid. FALLON, M.: "Rapport belge...", *cit.*, p. 233 y ss.

<sup>939</sup> Vid. BALLARINO, T.: "Rapport général" en *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, pp. 215 y ss.

<sup>940</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, esp. p. 134.

<sup>941</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 901 y LEW, J.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 6.

ingeniería contrasta, pues, con la ausencia de dedicación al problema del Derecho aplicable relativo a este tipo de contratos. Carencia que se manifiesta, no sólo en la jurisprudencia nacional y la práctica arbitral, sino también en la doctrina internacional privatista, los ordenamientos jurídicos autónomos y los modelos contractuales más utilizados en la práctica<sup>942</sup>.

## **B.- Planteamiento de la problemática de la determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería: esquema de análisis**

El análisis de la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería seguirá el esquema que se expone a continuación. Éste atenderá preferentemente, además de a la no demasiado abundante práctica existente, tanto arbitral como jurisprudencial, a la aplicación de soluciones generales contenidas en instrumentos de regulación del arbitraje y de la actividad jurisdiccional. Entre éstos se hará referencia al Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, como normativa que vincula a las autoridades españolas en materia de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería<sup>943</sup>.

---

<sup>942</sup> Aparte de la escasa práctica relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, la doctrina tampoco se ha prodigado respecto de esta concreta cuestión. De los trabajos más significativos, entre otros, *vid.*, WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, COUNTER, J.: "The Law Applicable to International Construction Contracts", *Int. Constr. Law Review*, 1984, p. 308, RÉMERY, P.: "Remarques sur le conflit de lois applicables au contrat international de construction d'immeuble", *Rec. Dalloz Sirey*, 1985, p. 255, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.* Sí ha dedicado una mayor atención a los contratos internacionales de ingeniería desde la óptica del Derecho del comercio internacional; por ejemplo, en este sentido, *vid.*, LORENZ, C.: "Contracts for work on good and building contracts", *Int. Enc. Com. Law*, vol. III, Chap. VIII, 1980 y BRABANT, A.: *Le contrat international de...*, *cit.*

<sup>943</sup> El análisis de la problemática de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería lo haremos, como se verá, desde una doble óptica: arbitral y jurisdiccional. Atender al punto de vista arbitral nos parece atractivo aun cuando, como veremos en el capítulo siguiente de este trabajo, relativo a la solución de controversias, el

(1) Así pues, en primer lugar, abordaremos la problemática del ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto de los contratos internacionales de ingeniería. Se hará referencia en este punto a la selección por parte de cliente y contratista de un Derecho estatal como régimen regulador del fondo de sus relaciones jurídicas. Cuestión especialmente interesante en un contrato complejo como éste, propicio a la fragmentación, y a los problemas que surgen derivados de aquellas circunstancias que provocan, aconsejan o condicionan la elección de ley estatal realizada por cliente y contratista.

(2) En segundo término, trataremos de determinar cuál es Derecho estatal aplicable en aquellos supuestos en los que cliente y contratista deciden no hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual. En este sentido, analizaremos las diferentes soluciones aportadas por la doctrina y la práctica jurisprudencial y arbitral, de acuerdo con lo establecido en las diferentes normativas y Reglamentos a los que se someten los Tribunales arbitrales, así como a aquellos instrumentos que vinculan a los Tribunales ordinarios.

(3) Finalmente, nos referiremos a la incidencia de las normas materiales imperativas en el régimen regulador de los contratos internacionales de ingeniería. Se trata de normas muy habituales en este tipo de contratos muy vinculados a normativas de carácter público, de naturaleza laboral, urbanística o administrativa.

Con todo, antes de abordar la problemática relativa a la determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, creemos necesario examinar previamente una doble cuestión.

---

arbitraje se combina con otros medios de solución, como la mediación o la conciliación, especialmente significativos en el ámbito de la construcción internacional. Y ello porque las soluciones de ley aplicable que demos en relación con la ingeniería y el arbitraje podrían ser trasladables para los mediadores o conciliadores. Sobre la función del arbitraje en construcción, WALLACE, A.C.: "Deficiencies in current international arbitration practice in construction cases", *Arb. Int.*, 1991, p. 149; MYERS, J.: "Could arbitration be made a more effective method of resolution of construction disputes?", *Int. Business Lawyer*, 1991, p. 313.



(1) La primera tiene que ver con las relaciones entre la *lex ingeniorum* y la ley estatal aplicable al contrato. Debe tenerse en cuenta que la posible limitación de la operatividad de la *lex ingeniorum* como régimen regulador del contrato, esto es, que la *lex ingeniorum* resulte directa y definitivamente aplicable a las relaciones jurídicas entre cliente y contratista. En este sentido, su virtualidad puede estar condicionada, como cualquier pacto contractual material entre las partes, por lo establecido en el Derecho aplicable al contrato. Concretamente, referido al hecho de que la *lex causae* (estatal) reguladora del contrato permita o no la elección directa de la *lex mercatoria* (*lex ingeniorum* en nuestro caso), como normativa reguladora de las relaciones jurídicas entre contratista y cliente<sup>944</sup>.

(2) La segunda cuestión hace referencia a la intervención estatal en este tipo de contratos. En efecto, muchas veces es el Estado quien encarga la realización de una obra a un contratista. Y lo hace directa o indirectamente. De forma directa cuando el propio Estado, como sujeto de Derecho que es, contrata la proyección y realización de una obra de ingeniería. E indirectamente, a través de sus subdivisiones políticas o administrativas, generalmente, las empresas públicas<sup>945</sup>. Dado que resulta muy frecuente su participación en las relaciones de ingeniería, creemos necesario, antes de entrar plenamente en el desarrollo de los puntos que acabamos de mencionar, referirnos previamente a la función del Estado en

---

<sup>944</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 900. Como veremos más adelante, no existe unanimidad a la hora de decidir si, una vez elegida la *lex mercatoria* como régimen regulador de un contrato, esta elección es definitiva o está condicionada por lo establecido en el Derecho estatal aplicable al contrato. Con carácter general, el Convenio de Roma de 1980 no permite la elección directa de la *lex mercatoria*, con lo que su operatividad y alcance lo determina la ley estatal aplicable al contrato (de ello resultaría que, si la *lex causae* no permite ciertos pactos contractuales materiales, la *lex ingeniorum* no se aplicaría, aunque las partes la hayan elegido como normativa de su contrato). La Convención de México de 1994, en cambio, sí permite la elección directa de la *lex mercatoria*.

<sup>945</sup> Sobre estas cuestiones, en general, *vid.* RIAD, F.A.M.: "L'entreprise publique et semipublique en droit international privé", *Rec. des C.*, vol. 108, 1963-I, pp. 578-597, ESLAVA GALÁN, M.: *Las empresas públicas en el comercio internacional (entre la autonomía y la identificación con el Estado)*, Cáceres, 1992, LEBOULANGER, Ph.: *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, 1985, pp. 42-52 y GOLDSCHMIDT, W.: "Transactions between States and Public Firms and Foreign Public Firms" *Rec. des C.*, 1972, p. 205.



este tipo de contratos. Ello ayudará a situar el problema de la determinación de la ley estatal aplicable a este contrato y a comprobar cómo incide la participación del Estado a la hora de decidir el régimen aplicable a los contratos internacionales de ingeniería.

## **2.- La autonomía material y el papel de la *lex contractus*: el *ius ingeniorum* y la ley estatal**

### **A.- Perspectiva arbitral**

Hemos resaltado ya que lo habitual entre las partes firmantes de un contrato internacional de ingeniería es que, de someter sus relaciones jurídicas a un régimen determinado, lo hagan al *ius ingeniorum*. En lo que ahora interesa, veremos cuál es el alcance de esta elección, que representa el ejercicio material de la autonomía de la voluntad por excelencia. Y ello, en relación con la *lex contractus*, esto es, aquella ley estatal que resulte aplicable al contrato, sea a través del ejercicio de la autonomía conflictual de las partes, sea a través de los mecanismos de selección de ley en defecto de pacto<sup>946</sup>. Ello va a depender del régimen aplicable.

En el arbitraje comercial internacional, si cliente y contratista seleccionan el *ius ingeniorum* para regular su contrato internacional de ingeniería, sus relaciones jurídicas se regirán por estas disposiciones<sup>947</sup>. Ello

---

<sup>946</sup> Hemos considerado las relaciones entre *lex ingeniorum* y ley estatal elegida para tratar la problemática que surge de sus relaciones en caso de que contratista y cliente realicen este doble tipo de elección para regular sus relaciones jurídicas. También lo hemos considerado desde la óptica de las relaciones entre elección de la *lex ingeniorum* y la ley estatal aplicable en defecto de pacto (art. 4 del Convenio de Roma, como regla a aplicar para determinar la ley estatal aplicable en defecto de pacto).

<sup>947</sup> En la práctica arbitral, *vid.* laudos arbitrales de la CCI en el asunto CCI n. 3540/1980

significa que, desde el punto de vista de un árbitro, el *ius ingeniorum* tiene aplicación directa, sin más condiciones que el hecho de que conste clara y expresamente que las partes han realizado esta elección.

Esto es así porque el árbitro no se somete a los límites de un ordenamiento jurídico; no se halla vinculado, por tanto, a las normas de conflicto de un ordenamiento jurídico concreto. Independientemente de que tenga en cuenta las normas materiales imperativas relativas a la construcción del Estado donde ese laudo presumiblemente pretenda ser reconocido<sup>948</sup>. El árbitro se somete a las normas propias de los Reglamentos de Arbitraje, que son muy flexibles, como, por ejemplo, el art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, cuando establece que “las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia; a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las *normas jurídicas* que considere apropiadas”<sup>949</sup>.

La práctica arbitral demuestra que, en ocasiones, son las partes las que combinan en su contrato una cláusula arbitral y otra de sumisión a la *Lex Mercatoria*, a veces, con carácter subsidiario a un Derecho estatal. También es habitual que, en aquellos casos en los que las partes deciden no ejercitar su autonomía de la voluntad material, sean los mismos árbitros los que recurran directamente a la aplicación de la *lex ingeniorum* para establecer el régimen rector de un contrato<sup>950</sup>.

En cualquier caso, la elección de la *lex ingeniorum* por contratista y

---

(*Journ. dr. int.*, 1981, p. 915), respecto de un contrato de construcción de ciertas obras en Rusia y en el asunto CCI núm. 5065/1986 (*Journ. dr. int.*, 1987, p. 1039).

<sup>948</sup> Vid. FOUCHARD, P.: “Rapport français...”, *cit.*, p. 306.

<sup>949</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Arbitraje comercial internacional”, en CALVO CARAVACA, A.L. y OTROS: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 703-769, pp. 737-743.

<sup>950</sup> Vid. los laudos arbitrales de la CCI, en el asunto CCI núm. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 915), sobre la construcción de ciertas obras en la antigua URSS, en el asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037), respecto de un contrato de construcción en el los árbitros recurren a la *lex mercatoria*, y en el asunto CCI núm. 5065/1986 (*Journ. dr. int.*, 1987, p. 1039).

cliente conducirá, como decíamos, a la aplicación de sus disposiciones para regular sus relaciones contractuales. Todo ello sin pasar por el filtro de una ley estatal. La determinación de la *lex contractus* (ley estatal) por parte del Tribunal arbitral será necesaria, solamente, para la regulación de aquellos supuestos no incluidos en el ámbito de aplicación de la *lex ingeniorum*.

## **B.- Perspectiva judicial**

En aquellos supuestos en los que contratista y cliente han seleccionado el *ius ingeniorum* para regular su contrato y es un Tribunal estatal ordinario el que resuelve el litigio planteado, no existe unanimidad a la hora de decidir si el *ius ingeniorum* resulta de aplicación directa o no. El art. 9.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994, parece permitir la aplicación directa de la *lex mercatoria* y, por tanto, del *ius ingeniorum*, una vez elegido por cliente y contratista<sup>951</sup>. En consecuencia, el Tribunal vinculado por este Convenio aplicará directamente el *ius ingeniorum* para resolver cualquier controversia que se origine en el seno de un contrato internacional de ingeniería.

En cambio, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales condiciona la aplicación de la *lex mercatoria* a lo establecido en la ley estatal que actúe como *lex contractus*<sup>952</sup>. La elección del *ius ingeniorum* como normativa rectora de los

---

<sup>951</sup> Vid. JUENGER, F.K.: "The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts: some Highlights and Comparisons", *Am. J. Comp. Law*, 1994-II, p. 394. Vid., también, FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1995, pp. 178-186, p. 182.

<sup>952</sup> Vid. Virgós Soriano, M.: "Obligaciones contractuales", en González Campos, J.D., Fernández Rozas, J.C., Calvo Caravaca, A.L., Virgós Soriano, M., Amores Conradi, M.A., Domínguez Lozano, P.: *Derecho internacional privado, cit.*, pp. 150-151.

derechos y obligaciones surgidos del contrato internacional de ingeniería no significa, pues, que, en todo caso, sea éste el régimen regulador del contrato a la hora de proceder a la resolución de una controversia. La *lex ingeniorum* sólo se aplicará de estar permitida por la ley estatal aplicable al contrato, ya sea ésta elegida vía art. 3 del Convenio (autonomía conflictual), ya a través del art. 4, esto es, determinación de la ley aplicable a falta de elección<sup>953</sup>.

La admisión del principio de la autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma no equivale a su reconocimiento con carácter absoluto. Cliente y contratista pueden seleccionar la ley que deseen como régimen rector de su contrato, aunque sea un Derecho que no esté directamente vinculado con el contrato y las partes acudan a él como alternativa adecuada precisamente por su carácter neutro<sup>954</sup>. No obstante, y como hemos adelantado, debe tratarse de una ley estatal, de modo que la elección como régimen rector de un contrato de un sistema anacional como el *ius ingeniorum* no garantiza en todo caso su aplicación. Ésta se halla condicionada por lo determinado en la *lex contractus*. Que su operatividad deba ajustarse a los límites de la ley estatal reguladora del contrato significa que, de ser así, el juez o Tribunal ordinario vinculado por el Convenio de Roma procederá a la aplicación de la *lex ingeniorum*. Sin embargo, en el supuesto contrario, resultará inaplicable, obligando al juez o Tribunal a proceder conforme a lo dispuesto en la *lex contractus* (ley estatal).

En fin, la diferencia entre la aplicación directa o indirecta del *ius ingeniorum* está en que, en el primero de los casos, la ley estatal que actúa como *lex contractus* complementa las disposiciones del *ius ingeniorum*, y en el segundo caso, la ley estatal no sólo sirve de complemento, sino que, además, se exige que el *ius ingeniorum* no se oponga a las normas

---

<sup>953</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.-CALVO CARAVACA, A.L.: *Derecho mercantil internacional*, cit., p. 535.

<sup>954</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 903.

imperativas de esta ley estatal que opera a título de *lex contractus*<sup>955</sup>.

### **3.- La intervención del Estado como parte en el contrato internacional de ingeniería**

#### **A.- Las formas de participación del Estado: los contratos administrativos, los contratos privados y los contratos de Estado en sentido estricto**

Las fórmulas de participación del Estado en un contrato internacional de ingeniería son variadas y, en ocasiones, dotadas de cierta ambigüedad. Póngase por caso el supuesto práctico que nos ocupa: el asunto Eurotúnel. Nos encontramos ante un contrato de ingeniería internacional que tiene su origen en un Tratado internacional entre Francia y Reino Unido, en el marco internacional para la realización de una obra de infraestructura entre dos países distintos, así como la celebración de un contrato de concesión, un contrato de Estado y, finalmente, los contratos celebrados entre las entidades concesionarias y otros participantes<sup>956</sup>. Además, el contrato de ingeniería contenía una cláusula de Derecho aplicable (cláusula 68), donde se establecía, como ya hemos enunciado, una fórmula híbrida entre el Derecho francés y el inglés y, subsidiariamente, el *ius ingeniorum* y una cláusula arbitral (cláusula 67) de sumisión al arbitraje de la CCI.

No obstante lo expuesto, podría distinguirse una serie de supuestos en

---

<sup>955</sup> Vid., sobre estas cuestiones, ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional*, cit., p. 133 y CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, cit., pp. 102-105.

<sup>956</sup> Por esta razón, ha llegado a afirmarse que la obra del Eurotúnel se presenta como un caso muy raro de concesión internacional privada establecida por un contrato de Estado y sometida a un régimen de Derecho internacional. Vid. MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous...*, cit.

atención a la participación del Estado en la contratación internacional. Con carácter general, podrían incluirse dentro de la categoría contratos de Estado todos aquellos contratos concluidos entre el Estado y una persona privada extranjera<sup>957</sup>. En cambio, parece más correcto distinguir entre categorías contractuales en función del carácter público o privado de la participación del Estado, haciendo especial mención, dentro de éstas, a los contratos de Estado en sentido estricto<sup>958</sup>.

A) Por una parte, existen cierto tipo de relaciones que concluye un Estado con empresas extranjeras de acuerdo con el régimen jurídico de este Estado. Este tipo de acuerdos se denominan contratos administrativos. Habitualmente, se hallan sometidos al ordenamiento jurídico del Estado que actúa como parte, así como al régimen jurisdiccional de sus Tribunales, salvo cláusula de sumisión a arbitraje<sup>959</sup>. Tal es el caso, en el ordenamiento jurídico español, de la citada Ley de contratación de las Administraciones Públicas, que reconoce explícitamente como contratos administrativos aquéllos relativos a la realización de obras, gestión de servicios públicos, realización de suministros, los contratos de consultoría y asistencia o de servicios (arts. 5-9). Esta normativa somete los contratos administrativos celebrados con empresas extranjeras al Derecho y a la jurisdicción española (art. 5 y 7). Y, pese a ello, permite la posibilidad de insertar una cláusula de sumisión al arbitraje en estos contratos cuando se celebren con entidades extranjeras y deban ejecutarse en el extranjero, en cuyo caso requerirán la

---

<sup>957</sup> Vid. AUDIT, B. *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, Dordrecht, 1988, p. 27, DELAUME, G.R.: "State Contracts and Transnational Arbitration", *AJCL*, 1981, p. 785 y WENGLER, W.: "Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?", *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1972, pp. 314-316.

<sup>958</sup> Vid. AUDIT, B.: *L'arbitrage transnational et...*, *cit.*, p. 27. DELAUME, G.R.: "State Contracts and...", *cit.*, p. 785. El Estado puede participar en el contrato a través de cualquiera de sus subdivisiones políticas o entidades públicas que dependan del mismo, como lo reconoce, por ejemplo, el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 para el arreglo de diferencias sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

<sup>959</sup> Vid. PAASIVIRTA, E.: *Participation of States in international contracts and arbitral settlement of disputes*, Helsinki, 1990, p. 31, ESLAVA GALÁN, M.: "Contratos públicos", en CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, p. 1385.

autorización del Consejo de Ministros (art. 117.3).

B) Por otro lado, el Estado puede actuar en el tráfico comercial internacional a título privado (*iure gestionis*): son los contratos privados. Desde esta óptica, su participación no difiere, en términos jurídicos, de la correspondiente a otros sujetos de Derecho privado. En estos casos, nada impide que, a efectos de resolución de controversias, exista una cláusula de sumisión a arbitraje, ni que, en materia de selección de ley aplicable, se inserten cláusulas de remisión a un concreto ordenamiento jurídico<sup>960</sup>. Consecuentemente, resultan trasladables a esta relación contractual en la que el Estado no participa en calidad de soberano o *iure imperii* los epígrafes que se dedican a la determinación de la ley estatal rectora del fondo del contrato internacional de ingeniería<sup>961</sup>.

Finalmente y dentro de los tipos expuestos, merece especial mención aquella categoría que engloba los contratos de Estado en sentido estricto. Serían aquellos contratos, en nuestro caso, de construcción, concluidos entre un Estado que actúa como un particular en el comercio exterior y una empresa extranjera con el objeto de búsqueda y explotación de recursos naturales, la construcción de plantas industriales o cualquier inversión técnica o de financiera vinculada a la economía de un Estado concreto<sup>962</sup>.

---

<sup>960</sup> La jurisprudencia ha descartado que, en este tipo de supuestos, exista una presunción de aplicación de la ley del Estado participante en el contrato en aquellos casos en los que las partes no han designado ley aplicable a sus relaciones jurídicas. Así se estima, por ejemplo, en la Sent. Trib. de París, de 18 de febrero de 1968, (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1969, p. 257).

<sup>961</sup> Constituye un principio aceptado de forma general que, cuando un Estado es parte de un contrato, puede actuar como entidad pública, esto es, en ejercicio de sus poderes públicos, o puede hacerlo a modo de entidad privada. La distinción es relevante a efectos de determinación del Derecho aplicable, ya que cuando el Estado se obliga como entidad pública se rige por el Derecho de su propio ordenamiento, en cuanto Derecho público, dotado de un marcado carácter territorial, mientras que si lo hace como entidad privada, se rige por el Derecho privado y, en su caso, la determinación del Derecho aplicable al mismo se regulará por sus normas de Derecho internacional privado. *Vid.*, por todos, DELAUME, G.R.: "State Contracts and...", *cit.*, p. 785.

<sup>962</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 362 y p. 433 y LALIVE, P.: "L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés étrangères", en *New Directions in International Trade Law, Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law held by the International Institute for*

## **B.- El régimen de ley aplicable a los *contratos de Estado stricto sensu***

*a.- Opciones: La aplicación de un ordenamiento jurídico estatal, la presunción a favor del Derecho del Estado contratante; la teoría de la internacionalización de los contratos stricto sensu*

Ausente un acuerdo respecto del régimen rector de los contratos de Estado en sentido estricto, a la hora de su determinación, debe tenerse en cuenta la confrontación de intereses latente. Por un lado, el interés del Estado parte, que, aunque pretenda fomentar las inversiones extranjeras, tratará de imponer su ordenamiento jurídico. Y, por otro, el de la empresa extranjera, que deberá asegurarse un régimen flexible y limitar el poder del Estado parte dentro de los contornos del contrato<sup>963</sup>.

---

*the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 9-15 September 1976*, vol. I, New York, 1977, p. 317.

<sup>963</sup> *Vid.* LEBOULANGER, Ph.: *Les contrats entre...*, *cit.*, p. 78. La relevancia del Estado dentro del contrato cuando es una de las partes puede observarse, por ejemplo, en el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, para el arreglo de diferencias sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Las particularidades de este sistema arbitral se centran en el establecimiento de un mecanismo especial para la identificación de la ley rectora del contrato de inversión y la reducción de la protección diplomática del Estado parte garantizando la ejecución de los laudos arbitrales dictados por el CIADI (arts. 27 y 54). En materia de régimen rector, la posición tradicional ha sostenido la aplicación del Derecho del Estado parte, con las desventajas que puede acarrear para el inversor privado el hecho de que el Estado pueda modificar su propia legislación alterando el régimen de derechos y obligaciones de las partes en el contrato. Este Convenio, en su artículo 25, impone a los árbitros la necesidad de acudir al sistema conflictual del Estado parte para la determinación del Derecho aplicable. Asimismo, en el artículo 42 se establece que, en caso de elección del Derecho aplicable por las partes, los árbitros quedan obligados a respetar esta elección, sin necesidad de referirse a un Derecho estatal y teniendo en cuenta el posible fraccionamiento del contrato, esto es, la posibilidad de aplicar leyes diferentes a partes separables del contrato. A falta de elección por las partes, el Derecho aplicable se determinará a través de las normas de Derecho internacional privado del Estado parte en el contrato (*vid.* GIARDINA, A.: "The International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)" en , pp. 214 y ss.).



Una primera opción pasa por considerar la aplicación de un ordenamiento jurídico estatal para la regulación de las relaciones contractuales entre un particular y un Estado que actúe como cliente. El ordenamiento jurídico estatal legislativamente competente se identificará a través de las normas de D.i.pr., si bien parece existir una presunción a favor de la aplicación de la ley del Estado contratante, en el supuesto de ausencia de pacto a favor de un determinado Derecho<sup>964</sup>. Se excluye la aplicación del Derecho internacional público, fundamentalmente, por carecer la persona privada de personalidad jurídica internacional y por no constituir este tipo de contratos de Estado un Tratado internacional<sup>965</sup>.

No existe unanimidad respecto del sometimiento de los contratos de Estado a un ordenamiento jurídico nacional. La razón podría ser la inadecuación de las respuestas ofrecidas por un ordenamiento jurídico nacional a una realidad internacional cada vez más compleja, además del riesgo latente de desprotección de la persona privada que contrata con el Estado cuando éste decide unilateralmente modificar el Derecho del foro.

Por ello, se aboga por el sometimiento de los contratos de Estado al Derecho internacional público, en atención a la teoría de la

---

<sup>964</sup> Posición a favor de la aplicación del ordenamiento jurídico al que pertenece el Estado contratante que consolida la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en las Sentencias de 12 de julio de 1929 sobre el pago de empréstitos serbios y brasileños emitidos por Francia (*Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 427; *Clunet*, 1929, p. 977), así como en el asunto *Losinger* (serie c núm. 78). En contra de esta presunción, *vid.*, Sent. Cour Cass. Francesa, de 31 de mayo de 1932, (*Recueil Sirey*, 1933, 1, par. 17). En la práctica arbitral, *vid.*, el laudo arbitral de 23 de agosto de 1958, Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (*I.L.R.*, 1963, p. 117; *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1963, p. 272), en el que se aplicó, como ordenamiento jurídico más vinculado, el Derecho de Arabia Saudita a un contrato de cesión de transporte de petróleo; también, el laudo arbitral, de 12 de abril de 1977, Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (*I.L.M.*, 1981, p. 1).

<sup>965</sup> Sobre esta exclusión, *vid.*, SERENI, A.P.: "International economic institutions and the municipal law of the States", *Rec. des C.*, 1959-I, vol. 96, p. 207. En la Sentencia, de 22 de julio de 1952, en el asunto Anglo Iranian Oil Company (*Rep. CIJ*, 1952, pp. 93 y ss.), se excluyó la aplicación del Derecho internacional público a un contrato entre el Gobierno iraní y la Anglo-Iranian Oil Company, argumentándose que el contrato entre este Estado y la sociedad era de concesión y no tenía por objeto la regulación de las relaciones entre dos Estados.

internacionalización del contrato, a fin de obligar al Estado al cumplimiento de sus obligaciones contractuales<sup>966</sup>.

#### *b.- La solución propuesta*

La aplicación del Derecho internacional público a los contratos de Estado choca con la naturaleza privada de la sociedad extranjera que actúa como contraparte y con el papel del Estado como particular en el comercio exterior<sup>967</sup>. Por ello, no se descarta la posibilidad de ofrecer una solución puramente conflictual en orden a la determinación de la ley aplicable a los contratos de Estado<sup>968</sup>.

En este sentido y, pese al silencio del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, en este punto, debe considerarse su aplicación a los contratos de Estado<sup>969</sup>. En consecuencia, y tal como desarrollaremos en los epígrafes siguientes, la ley aplicable vendrá determinada por la voluntad de las partes

---

<sup>966</sup> Vid., en la doctrina, BETTEMS, D. : *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Lausanne, 1989 y WEIL, P. : "Problèmes réactifs aux contrats passés entre un État et un particulier", *Rec. des C.*, 1969, pp. 95 y ss. Cierta práctica arbitral aboga por la internacionalización del contrato. Es así en los laudos arbitrales, de 27 de noviembre de 1975 y 19 de enero de 1977, *Texaco Overseas Petroleum Company & California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (Journ. dr. int.*, 1977, p. 350; *I.L.M.*, 1978, p. 1), respecto de una serie de concesiones petrolíferas posteriormente nacionalizadas por el Gobierno libio. Vid., asimismo, *Resolución del I.D.I. de 1979 (A.I.D.I.*, 1979-II, p. 192), que permite a las partes seleccionar el Derecho internacional como régimen rector de su contrato de Estado.

<sup>967</sup> Vid. WENGLER, W.: "Les accords entre...", *cit.*, p. 313.

<sup>968</sup> Vid. WENGLER, W.: "Les accords entre...", *cit.*, p. 322 y GIARDINA, A.: "State contracts...", *cit.*, pp. 163-164.

<sup>969</sup> Considerando la aplicación del Convenio de Roma de 1980 a los contratos de Estado, *vid.* RIGAUX, F.: "Examen de quelques questions laisses ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers dr. européen*, 1988, p. 314 y CALVO CARAVACA, A. L.- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.): *Contratos internacionales*, *cit.*, pp. 421-431. En este sentido, conviene recordar que el Convenio de México, de 18 de marzo de 1994, sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales sí prevé, en el artículo 1.3, su aplicación a los contratos de Estado.

y, a falta de elección, deberá identificarse la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. De modo general, esta ley es la de la sede del establecimiento principal del contratista, y, con carácter excepcional, aquella otra derivada del conjunto de circunstancias del contrato, habitualmente, la ley del lugar de ejecución de la obra, muchas veces coincidente con la ley del Estado parte en el contrato<sup>970</sup>.

Haber optado por la aplicación de un sistema conflictual para decidir la normativa aplicable al fondo del contrato de Estado conducirá a la identificación de la ley estatal que opera como *lex contractus*. Y ello, tal como habíamos dicho anteriormente, puede presentar una doble problemática.

Por un lado, habíamos hablado de la cuestión de la posible inadecuación de las respuestas ofrecidas por un ordenamiento jurídico nacional a una realidad internacional cada vez más compleja. Piénsese, por ejemplo, en el número de sujetos involucrados en estas operaciones: sociedad proyectista, empresa constructora, entidad de financiación, subcontratistas, proveedores y la entidad pública. Pues bien, esta inadecuación trata de ser paliada en la práctica a través del sometimiento del contrato a las reglas generales del *ius ingeniorum*, en el caso de los contratos internacionales de ingeniería. *Ius ingeniorum* entendido como un conjunto de reglas que se ajusta a las condiciones especiales de cada tipo contractual, complementada por las disposiciones de la *lex contractus* (ley estatal) en aquellos casos no cubiertos por éstas<sup>971</sup>.

---

<sup>970</sup> En el artículo 42 del Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, se establece que, en defecto de elección por las partes, se aplicará la ley del estado parte en el contrato, incluyendo sus normas de conflicto. Solución que podría llevar a la aplicación del Convenio de Roma, caso de ser aplicable.

<sup>971</sup> Vid. el capítulo III de este trabajo. También, vid. MAYER, P.: *Droit international...*, cit., p. 460; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 396. Por estas razones, la práctica arbitral de la CIADI se ha decantado en algunos casos por la aplicación de un Derecho nacional a los contratos de Estado (como ocurre en el asunto *Aramco- Arabia Saudita c. Arabian American Oil Company*, ILR, 1963- y en el asunto *Liamco -Lybian american oil company c. Government of the Lybian Arab Republic*, ILM, 1981-). Por otro lado, para cierto sector doctrinal, también resulta una buena solución la admisión de los

Asimismo, por otro lado, no debe olvidarse la relación del contrato de Estado con el ordenamiento jurídico del Estado contratante: como hemos referido antes, la ley estatal aplicable al mismo coincide en un gran número de ocasiones con su propia legislación<sup>972</sup>.

Por ello, en los contratos de Estado es habitual la inclusión de cláusulas de sumisión al arbitraje y de ley aplicable. Así, se produce la evasión del régimen rector del Estado parte, bien sometiendo las controversias que puedan surgir del contrato de Estado al arbitraje internacional, obviando la jurisdicción del Estado parte, bien incluyendo una cláusula de Derecho aplicable en la que se determina como tal el ordenamiento jurídico de otro Estado, el Derecho internacional o la *lex mercatoria*<sup>973</sup>.

### **C.- La iniciativa de financiación privada (*Private Finance Initiative* o PFI) de las obras públicas**

La participación del Estado en los contratos internacionales de ingeniería ha experimentado un cambio importante, sobre todo, en materia de financiación y de ejecución. Actualmente, la nueva aproximación que hacen los Estados a la realización y ejecución de las obras públicas es un

---

contratos sin ley para los contratos de Estado, que excluyen la aplicación de los Derechos nacionales y optan por remisiones a los principios generales de la *Lex Mercatoria*. Vid. MAYER, P.: *Droit international...*, cit., p. 460 y la sentencia del TIJ de 22 de julio de 1952 en el asunto *Anglo Iranian Oil Company (ICJ Rep. 1952, pp. 93 y ss.)*.

<sup>972</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 368 y ss.

<sup>973</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.): *Contratos internacionales*, cit., pp. 429-431. Por ejemplo, en lo que se refiere a la resolución de controversias, la *Guía legislativa de la CNUDMI* se muestra favorable al recurso al arbitraje internacional y otras fórmulas resolutorias (prevención de disputas y Comités de resolución de controversias) al margen de la jurisdicción estatal tan ligada a los litigios de carácter administrativo.

fenómeno generalizado en todo el mundo. Así, nos encontramos ante lo que se ha dado en denominar en el Reino Unido, consolidado legislativamente en 1996 de manera pionera, como ya se ha visto en este trabajo, la iniciativa de financiación privada<sup>974</sup>, que se difundirá a partir de ese momento en el ámbito nacional e internacional.

De nuevo el sistema inglés marca la pauta en las tendencias experimentadas en el sector de la ingeniería. Así, desde el siglo XIX, como origen del desarrollo de la actividad de ingeniería, y en el siglo XX como exportador de los modelos contractuales estándar de mayor difusión internacional. Curiosamente, una de las primeras propuestas de los *Private Finance Initiative* del Gobierno del Reino Unido fue el proyecto de construcción de la prisión de *Bridgend*. El éxito de la iniciativa hizo que los términos del contrato de concesión se convirtieran en condiciones estándar para la construcción de, al menos, seis prisiones posteriormente.

Lo más interesante de estos contratos es que se trata de la proyección, construcción y gestión de un proyecto tecnológicamente muy complejo y a largo plazo. La concesión se realizaba por un periodo de 27 años, 2 de construcción y 25 de concesión. El contrato se concluía con una empresa concesionaria formada por las entidades de ingeniería consultora, contratistas y las sociedades de gestión (*operators*) durante los 25 años de concesión. Se erigen como un ejemplo de tráfico jurídico interno, pero que demuestra el desarrollo extraordinario de este modelo de financiación que podría –y con el tiempo, previsiblemente, lo hará– extenderse al tráfico jurídico externo. Quizá, lo más interesante que presentan es su enorme flexibilidad. De hecho, el Informe publicado en el Reino Unido en relación con estas iniciativas subrayaba “la importancia de la flexibilidad en el contrato y en la obra (...) que en estos contratos a largo plazo debe permitir

---

<sup>974</sup> Vid. DAVIS, E.D.: “Dispute Resolution in International Long-term Construction and Infraestructura Projects: the Private Finance Initiative”, *International Business Lawyer*, mayo de 1999, pp. 209 y ss.

establecer cambios en el futuro desarrollo de la obra”<sup>975</sup>.

Esta nueva perspectiva implica que el Estado tiende, crecientemente, a renunciar a una función activa en la realización y financiación de las obras públicas (las denominadas obras civiles: puentes, túneles, carreteras y las plantas industriales). En definitiva, la clave consiste en aprovechar el carácter especializado en materia de financiación y gestión del sector privado, además de evitar costes excesivamente elevados en los presupuestos públicos. De manera que, en estos proyectos que se denominan proyectos PFI, acrónimo de las siglas inglesas *Private Finance Initiative*, el Estado no paga grandes sumas por la construcción de una obra, sino que son financiados por entidades privadas.

En suma, nos encontramos ante la transferencia del diseño, la construcción y los riesgos de la operación al sector privado, aspecto que conforma una de sus características básicas. Así, la parte inversora asume los riesgos en la concepción, construcción y explotación de la obra, estableciendo cláusulas de equilibrio en la relación contractual, como pueden ser las garantías de buena ejecución (*performance bond*)<sup>976</sup>, de rescisión del contrato o los *liquidated damages* (que penalizan a la parte inversora en caso de demora en la entrega de la obra), así como cláusulas de fuerza mayor (*relief events*) o de modificación de las circunstancias (*compensation events*), como de variación del precio o cambios en la legislación interna.

Finalmente, estos contratos suelen incorporar disposiciones relativas a la última fase de la operación: la explotación de la obra. Se trata de las cláusulas de riesgo de valor residual (*residual value risk*) que cubren los

---

<sup>975</sup> Vid. SANDBERG, A.: “Bridgend DCMF Contract-Key Clauses for Flexibility”, *ICLR*, 15-1998, pp. 494 y ss.

<sup>976</sup> La particularidad de estas garantías en los proyectos PFI consiste en la posibilidad del denominado *step in right* para la entidad pública. Éste implica la facultad para la parte pública de subrogarse –ella o un tercero- en lugar de la parte privada sin rescindir el contrato para la terminación de la obra en casos de urgencia.

costes de amortización y mantenimiento de la obra durante dicho periodo. En definitiva, se requiere un equilibrio en la transmisión de riesgos, en aras a que, pese a la financiación privada de la obra, ésta resulte una opción rentable para el inversor privado<sup>977</sup>.

Bajo este nuevo sistema, el Estado asume la obligación de pagar unas cantidades periódicas a las empresas privadas por la utilización de estos servicios públicos durante un prolongado periodo de tiempo, normalmente entre 25 y 35 años, a través de un contrato de concesión a largo plazo. El Estado no es propietario de la obra sino que lo que se hace es contratar cierto tipo de servicios para su utilización, mientras que la sociedad proyectista, por su parte, asume la obligación de su diseño, ejecución, financiación y mantenimiento.

La utilización de la financiación privada en obras de infraestructura no es una novedad. Se realizó en la construcción del Túnel del Canal de la Mancha y es habitual en los denominados proyectos BOT (*Build, Operate and Transfer*) a los que ya se ha hecho referencia anteriormente. No obstante, existen diferencias entre estos sistemas y los proyectos PFI, que se han implantado en la práctica del Reino Unido, cuya deuda bancaria en materia de infraestructura alcanzaba en 1996 el 75% del total de la deuda bancaria europea en materia de infraestructuras<sup>978</sup>. Sin embargo, la modalidad BOT, si bien parte de la base común de la financiación privada, suele utilizarse para la realización de obras de infraestructura en los países en vías de desarrollo, países que no cuentan con los fondos públicos suficientes para su realización<sup>979</sup>.

La difusión de esta iniciativa ha llevado a organizaciones

---

<sup>977</sup> Vid. LONCLE, J.,M.: "Le transfert de risques des projets PFI", *RDAl/IBLJ*, 2000, pp. 143-150.

<sup>978</sup> Vid. DAVIS, E.D.: "Dispute Resolution in...", *cit.*, p. 210.

<sup>979</sup> Vid. GRANGEREAU, P.: "Les projets privés d'infrastructures dans les pays émergents – l'approche des prêteurs-", *RDAl/IBLJ*, 2001, pp. 115-123.

internacionales como la CNUDMI a elaborar, en el año 2000, la ya citada Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada<sup>980</sup>. Se trata de un proceso que se inició a partir del año 1994 con el estudio de los proyectos CET (construcción, explotación y traspaso), más conocidos por el acrónimo de sus siglas en inglés: BOT (*Build, Operate and Transfer*). El objetivo de esta Guía es, precisamente, crear un entorno legislativo favorable para la realización de obras públicas bajo financiación privada, fundamentalmente, en los países en vías de desarrollo, si bien también contiene especificaciones sobre el contenido básico del contrato de concesión o acuerdo marco de la operación.

Su ámbito de aplicación se refiere a los proyectos de infraestructura en los que la parte inversora asume la obligación de cubrir la financiación de la construcción, rehabilitación y/o ampliación de la obra a cambio de un precio que deberá pagar la entidad pública por la utilización de la misma. Así, puede aplicarse, tanto a los denominados proyectos BOT, como a los contratos de concesión de obra pública. Sin embargo, se excluye de su ámbito de aplicación las privatizaciones de las obras públicas, las explotaciones mineras y los contratos de mantenimiento de las obras existentes<sup>981</sup>.

La Guía legislativa incluye toda una serie de recomendaciones (concretamente 71) que pueden incorporar los Estados anfitriones de los países en vías de desarrollo en sus legislaciones internas para favorecer las inversiones privadas extranjeras. Además, trata de introducir la figura de la concesión en relación con los sistemas jurídicos nacionales que la desconocen, dando un tratamiento jurídico diferenciado a estas operaciones en comparación con las ejecutadas en el marco de los mercados públicos. La guía pretende ayudar a los inversores a través del establecimiento de unos mecanismos transparentes que favorezcan la viabilidad a largo plazo

---

<sup>980</sup> Publicación de Naciones Unidas núm. A/CN.9/SER.B/4, Nueva York, 2000.

<sup>981</sup> *Vid.* la Introducción de la Guía de la CNUDMI.



de la operación que se traduce en una mayor seguridad jurídica en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, el poder real de la autoridad pública y garantizar la validez de las cláusulas contractuales frente al ordenamiento jurídico del Estado involucrado. Así como en la inclusión de procedimientos de adjudicación, de valoración de ofertas y diferentes instrumentos como exoneraciones fiscales, préstamos, garantías y subvenciones<sup>982</sup>.

Por su parte, recientemente, en el ordenamiento jurídico español, asistimos a un intento de introducir este sistema de financiación privada en las obras públicas de infraestructura. En este sentido, la última propuesta de modificación, de 2002, de la Ley de Contratación de la Administración Pública (LCAP), pretende incorporar en nuestro sistema la regulación del contrato de concesión de obra pública bajo financiación privada<sup>983</sup>.

En el caso español, el Gobierno trata de atraer el capital privado para la financiación del 20% de sus planes de infraestructuras, pensando, fundamentalmente en la ampliación de la red de carreteras nacional y ferroviaria. La propuesta legislativa propone un sistema basado en el equilibrio presupuestario, de financiación privada mixto que combina aportaciones dinerarias y no dinerarias y algunas contraprestaciones. Así, se prevé la explotación comercial de negocios satélite de la obra, como por ejemplo, un área de servicio anexa a una autopista o un aparcamiento de un aeropuerto o un hotel o zona de ocio de una estación de ferrocarril. Se produciría la cesión de los terrenos necesarios y la explotación podría hacerla el contratista o cederla a un tercero, pero entendida como un pago en especie con respecto a la obra ejecutada.

Además, la propuesta propone flexibilidad en el establecimiento de los peajes que pueden ser ajustados al alza o a la baja según la amortización de

---

<sup>982</sup> Vid. CAZALET, B.-CROTHERS, J.,D.: "Présentation du Guide législatif de la CNUDMI sur les projets d'infrastructure à financement privé", *RDAI/IBLJ*, 2001, pp. 699-710, esp. p. 705.

<sup>983</sup> Se trata de una iniciativa legislativa en vías de tramitación parlamentaria. Vid. DOCCGG, serie A, 21 de junio de 2002, núm. 99, pp. 1 y ss.

la obra, repartiendo el riesgo entre la Administración y la parte contratista. Los peajes aportan, como novedad, el denominado sistema alemán, que implica el pago del precio de la obra después de su realización, y el sistema de peaje en la sombra que supone el pago en función de los usuarios. También se incorporan mecanismos de financiación que pasan por la emisión de obligaciones y títulos por el concesionario, hasta la posibilidad de hipotecar la obra, dejando de lado los incentivos fiscales que no se contemplan en la proposición de ley. Ésta establece un margen de plazos máximos que abarcan, desde 20 años para la explotación de una concesión, pasando por 40 años, cuando se trata también de la ejecución de la obra, hasta 75 años en las obras hidráulicas, como canales o embalses. Finalmente, se establece un régimen de incompatibilidades para evitar la presentación de distintas ofertas por empresas pertenecientes a un mismo grupo<sup>984</sup>.

En la propuesta española se modifica el artículo 7 de la LCAP estableciendo que los contratos administrativos se registrarán por la presente ley en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción; en su defecto, por las normas administrativas y, a falta de éstas, por las normas de Derecho privado. En términos de resolución de controversias, remite al orden contencioso administrativo<sup>985</sup>. Esta iniciativa no parece tener en cuenta las recomendaciones de la citada Guía de la CNUDMI que proponen, para estos proyectos, un sistema flexible en la determinación del Derecho aplicable que permita, con base en la voluntad de las partes, escapar de la aplicación del Derecho del ordenamiento jurídico anfitrión. Y lo mismo en materia de resolución de controversias donde se recomienda la inclusión de mecanismos alternativos a la jurisdicción estatal.

---

<sup>984</sup> *Vid.* Diario El País, 8 de junio de 2002, sección economía, p. 3.

<sup>985</sup> *Vid.* La nueva redacción del art. 7 en el art. 2 de la propuesta legislativa citada.

## II.- La autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de ingeniería

### 1.- Introducción

En el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería se reconoce de manera amplia el recurso a la autonomía de la voluntad<sup>986</sup>. Este principio, como hemos referido a lo largo de este trabajo, presenta dos planos diferenciados, a saber, el material y el conflictual.

En el plano material, ya hemos visto como nos encontramos con contratos muy desarrollados, de inspiración anglosajona, donde las partes proporcionan el contenido (sustancial) a su propio contrato a través de dos vías. La primera, mediante la formulación de una serie de pactos materiales reguladores de sus relaciones jurídicas (contratos tipo) y, la segunda, más habitualmente, por medio de cláusulas de incorporación por referencia (*ius ingeniorum*).

En el plano conflictual, que es lo que ahora interesa, la autonomía de la voluntad ha sido reconocida como criterio de determinación de la ley estatal aplicable en la mayoría de los sistemas legales nacionales de Derecho internacional privado, así como en los distintos instrumentos de arbitraje y Convenios internacionales. Desde una óptica arbitral, a pesar de que instituciones como la FIDIC no son demasiado explícitas a la hora de lidiar con la cuestión de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería<sup>987</sup>, el reconocimiento del juego de la autonomía

---

<sup>986</sup> Vid., entre otros, BRABANT, A.: *Le contrat international de...*, cit., p. 421, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 896 y FALLON, M.: "Rapport belge...", cit., p. 240.

<sup>987</sup> La FIDIC no se ha prodigado en relación con el aspecto concreto de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, lo que se extiende a la autonomía de la voluntad conflictual. Vid., por ejemplo, la cláusula 5.1.b de las FIDIC

de la voluntad conflictual en esta materia se desprende de otros textos. Por ejemplo, de las Recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional, o de ciertas cláusulas FED<sup>988</sup>. Desde una perspectiva jurisdiccional comunitaria, por otro lado, no cabe duda de su reconocimiento en el mismo Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que recoge este criterio como uno de los pilares principales de su estructura normativa (art. 3)<sup>989</sup>.

Todo ello supone que las partes contratantes, cliente y contratista, podrán seleccionar la ley estatal aplicable que regule el fondo del contrato internacional de ingeniería.

Pues bien, en relación con el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual en esta materia, son varias las cuestiones relevantes desde un punto de vista jurídico, que trataremos de acuerdo con el siguiente esquema.

(1) Dedicaremos un primer epígrafe a las cuestiones generales relativas al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, en particular, a cómo se manifiesta cuando se proyecta sobre los contratos internacionales de ingeniería.

(2) Una segunda cuestión se refiere a la fragmentación del régimen regulador del contrato, por el carácter complejo del que se hablaba. (3) Además y finalmente, junto a la incidencia de las normas materiales

---

*Conditions* (C.E.C.) para trabajos de ingeniería civil, en su edición de 1977; o la cláusula 4.2.b de las *FIDIC Conditions* (E.M.W.) para obras eléctricas y mecánicas, en su edición de 1980.

<sup>988</sup> El art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que “las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia...”. *Vid.* Draft Recommendation on the Law Applicable to International Contracts de la Commission on Law and Commercial Practices, 1980. También, art. 2.1 del Cahier FED y art. 14.1 del Reglamento de Arbitraje FED. En el Rapport final sur l’arbitrage dans le domaine de la construction, publicado en *Bull. CCI*, vol. 12-II, 2001, pp. 8-44, esp. p. 10, se habla de la autonomía de la voluntad como piedra angular en esta materia. En la doctrina, *vid.* BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form...*, *cit.*, p. 21 y GRIGERA NAÓN, H.: “Choice of law problems in international commercial arbitration”, *Rec. des C.*, vol. 289, 2001, pp. 9-396, en pp. 213 y ss.

<sup>989</sup> *Vid.*, por todos, VIRGÓS SORIANO, M.: “Obligaciones contractuales”, *cit.*, pp. 151-155.

imperativas, hay otros elementos que pueden influir en el régimen rector del contrato, en el sentido en el que la elección de la ley estatal no implica, obligatoriamente, la aplicación de la misma en términos inamovibles. Debe pensarse en la posibilidad de que las partes inserten en su contrato determinadas cláusulas que puedan modificar algunos aspectos de esta ley<sup>990</sup>. De este modo, la relación contractual queda, asimismo, condicionada por otros elementos que no son, o no dependen, exclusivamente, de la elección por las partes del Derecho aplicable y que deberán analizarse.

Piénsese, por ejemplo, en la modificación del Derecho estatal designado como aplicable o en la aparición de nuevas circunstancias que puedan afectar a la relación jurídica. Para tratar de solventar estos problemas, como veremos, las partes suelen insertar cierto tipo de cláusulas en el contrato. Son, entre otras, las denominadas cláusulas de estabilización y de intangibilidad, que se aplican en los casos en los que un Estado es parte contratante, para evitar, precisamente, la alteración del contenido del Derecho elegido desde una posición de superioridad. Aspectos que requieren de nuestra atención, dada la habitualidad en que un Estado se presenta como cliente en un contrato internacional de ingeniería.

Además de las cláusulas de los contratos de Estado, puede darse la presencia sobrevenida de hechos que modifican el normal desarrollo de la relación contractual. Se trata de situaciones que se dan con cierta frecuencia en las relaciones contractuales internacionales de ingeniería que, como hemos visto, son contratos de larga duración, cuyo desarrollo suele extenderse en el tiempo varios años. Para evitar que la concurrencia de nuevas circunstancias afecte negativamente a la relación contractual se introducen cláusulas como las de fuerza mayor o *hardship*, que tratan de paliar estos efectos<sup>991</sup>.

---

<sup>990</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 528.

<sup>991</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 133.

## **2.- El ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de ingeniería: aspectos generales**

### **A.- La conveniencia de un pacto a favor de ley estatal**

#### *a.- Unificación del régimen rector de los contratos internacionales de ingeniería como contratos complejos*

Hemos visto cómo la norma de conflicto diseñada en el artículo 3 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 integra, como criterio de conexión esencial sobre el que se articula el Convenio, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>992</sup>. Lo mismo sucede respecto de los diferentes Reglamentos reguladores del arbitraje comercial internacional, como el correspondiente a la Cámara de Comercio Internacional<sup>993</sup>, o las cláusulas FED<sup>994</sup>.

En consecuencia, a través del ejercicio de la autonomía conflictual, las partes disponen de la potestad de seleccionar la ley estatal que estimen

---

<sup>992</sup> Vid. FALLON, M.: "Rapport belge...", *cit.*, p. 240.

<sup>993</sup> Vid. *Draft Recommendation on the Law Applicable to International Contracts* de la *Commission on Law and Commercial Practices*, 1980. El art. 13.5 del Reglamento de la CCI dispone que el árbitro tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato a la hora de seleccionar la ley aplicable al mismo.

<sup>994</sup> El art. 2.1 del Cahier FED dispone que la ley aplicable al contrato será la ley del Estado del contratista de la obra, salvo disposiciones diferentes recogidas en las cláusulas del contrato como prescripciones especiales al efecto. Por su parte, el art. 14.1 del Reglamento de Arbitraje FED establece que el Tribunal arbitral aplicará la ley del Estado del maestro de obras, salvo si en el contrato se designa otra ley aplicable.

como normativa rectora del fondo del contrato internacional de ingeniería<sup>995</sup>, con independencia de su vinculación objetiva con el mismo<sup>996</sup>.

La elección por las partes de una ley estatal reguladora de sus relaciones jurídicas les permitirá unificar el régimen aplicable a todos los contratos de ingeniería que firmen, aunque las empresas participantes se hallen establecidas en diferentes Estados. De no haber elección de ley estatal, cada contrato que firme una empresa que encargue la construcción de varias obras en diferentes Estados se tendrá que someter a distintas leyes aplicables, aquéllas que resulten designadas por el sistema aplicable en defecto de pacto (art. 4 del Convenio de Roma, por ejemplo).

Además, debe considerarse que el contrato de ingeniería es un contrato complejo, con lo que resulta habitual la fragmentación no voluntaria de su régimen regulador (permitida por el Convenio de Roma, por ejemplo, así

---

<sup>995</sup> En relación con la práctica arbitral y judicial ordinaria en relación con la elección de ley aplicable al contrato internacional de ingeniería, *vid.*, por ejemplo, asunto CCI núm. 5294/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 137), respecto de un contrato de construcción firmado por un contratista danés y a ejecutar en Egipto, en el que se aplica el Derecho suizo por elección expresa; el asunto CCI núm. 4969 /1989, en el que cliente y contratista seleccionan expresamente como régimen aplicable al fondo de su contrato de construcción el Derecho libio (cláusula 45.7 de su contrato); el asunto CCI núm. 4071/1984, en el que el árbitro aplica el Derecho camerunés por sumisión expresa al contrato de ingeniería entre un contratista francés y un cliente camerunés; el asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037), en el que se elige asimismo el Derecho libio; o el asunto CCI núm. 6320/1992 (*Bull. CCI*, 1995, p. 59), respecto de un contrato de construcción que vinculaba a un contratista americano y un cliente de Brasil, en el que las partes eligen expresamente como *lex contractus* la ley brasileña. El Asunto CCI núm. 8873/1997 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 81), relativo a un contrato de construcción de una carretera en Argelia entre una sociedad francesa y otra española (lugar del arbitraje: Madrid), donde existía una cláusula expresa de elección de ley a favor del Derecho español o el Asunto CCI núm. 9333/1998 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 105), respecto de un contrato de construcción entre un corredor de comercio de Marruecos y una sociedad constructora francesa, en el que eligen expresamente el Derecho suizo. También, Sent. Trib. de Rabat de 17 de mayo de 1930 (*Journ. dr. int.*, 1931, p. 672), respecto de un contrato de construcción de un inmueble en Marruecos, en la que el Tribunal aplicó la ley francesa por sumisión tácita; o la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999, (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457).

<sup>996</sup> Aquí encontramos una de las diferencias con el sistema de Derecho autónomo del ordenamiento jurídico español, el artículo 10.5 del Código civil al que sustituye el Convenio de Roma. En este precepto se exigía expresamente que el contrato presentase algún vínculo con la ley elegida por las partes. Esta circunstancia dota de flexibilidad al sistema del Convenio de Roma, por comparación con el sistema de Derecho autónomo.

como por las diferentes normativas reguladoras del arbitraje). La elección de una única ley por las partes les permitirá, de nuevo, unificar el régimen aplicable y evitar la aplicación de tantas leyes como partes separables – y, por ende, fragmentables- existan en el contrato. Cada parte contractual separable<sup>997</sup> es susceptible de ser regulada por una ley estatal diferente – en definitiva, una pluralidad de normas-, seleccionada de acuerdo con los criterios aplicables en defecto de pacto (art. 4 del Convenio de Roma), de modo que la elección por contratista y cliente de una ley estatal aplicable al todo evitará la dispersión normativa producto de esta pluralidad y el riesgo de inadaptación de soluciones. Se creará de esta manera un clima de seguridad jurídica y de previsibilidad entre las partes.

Éste fue el supuesto del contrato internacional de ingeniería celebrado entre dos empresas alemana y una danesa, en el que participaba la Comisión europea en la concesión de ayudas, en aras a la promoción de tecnologías energéticas. El proyecto se refería a la realización de un edificio de oficinas con instalación de plantas de energía solar. En el mismo contrato de ingeniería se repartían las distintas obligaciones que se concretaban en: *engineering/design* (y, a su vez, *preliminary* y *detailed design*), construcción y *monitoring* o administración. Respecto al Derecho aplicable, en el contrato también había una cláusula en la que las partes estipulaban la aplicación del Derecho alemán, como opción única para todas las prestaciones involucradas<sup>998</sup>.

En fin, las ventajas expuestas no deben ocultar los riesgos existentes de ocupar una de las partes una posición de superioridad en el contrato. Así sucede, precisamente, en los contratos internacionales de ingeniería, dada

---

<sup>997</sup> Sobre partes separables y fragmentación, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El contrato internacional*, cit., pp. 105-122 y 148-149.

<sup>998</sup> Finalmente, se frustró la realización del Proyecto y fue la Comisión europea la que demandó a las empresas alemanas y la danesa ante el TJCE (el Tribunal competente según la cláusula de sumisión del contrato) con el objeto de la devolución de las ayudas prestadas. Vid. la Sentencia del TJCE, de 11 de octubre de 2001, As. C-77/99, en el asunto *Commission des Communautés Européennes c. Oder-Plan Architektur GmbH, NCC Deutsche Bau GmbH*



la habitual participación del Estado que, como cliente, ostenta una cierta posición de fuerza, lo que le permitiría imponer en la elección del Derecho aplicable la ley estatal del lugar de realización de las obras que, normalmente, suele coincidir con su propia ley<sup>999</sup>.

*b.- La elección de ley estatal en combinación con la elección de la lex ingeniorum: carácter complementario de la autonomía conflictual y material*

La elección de una ley estatal a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual para regular los contratos internacionales de ingeniería nos parece conveniente, independientemente de que se haya elegido también el *ius ingeniorum*. Para aquellos casos en los que la aplicación de éste es directa, la ley estatal le servirá de complemento porque los usos y prácticas propios de los contratos de ingeniería no abarcan todos los problemas<sup>1000</sup>. Como ya se ha dicho, es necesario un Derecho estatal

---

y *Esbensen Consulting Engineers* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>999</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Rapport italien...", *cit.*, p. 324

<sup>1000</sup> Vid., por ejemplo, el asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037), en el que se combina la elección de la ley libia y de la *lex mercatoria* respecto de un contrato de construcción. También, en *Petroleum Development LTD v. The Sheikh of Abu Dhabi* (ICLQ, 1952, p. 247), en el que, dada la precariedad del Derecho local para regular la concesión petrolífera, se recurre a los principios generales del Derecho, o en el asunto CCI núm. 4969/1989, en el que el Tribunal arbitral tiene en cuenta, además de la ley libia, los principios generales del Derecho en materia de construcción, o en el asunto CCI núm. 8264/1997 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 63), respecto de un contrato celebrado entre un fabricante americano de equipos de trabajos públicos y una empresa estatal argelina de promoción industrial (lugar del arbitraje: París) para la construcción de una planta industrial, en el que se combina la elección expresa del Derecho argelino con los principios generales del comercio internacional relativos a los contratos. También resulta interesante, en este sentido, el asunto CCI núm. 8873/1997 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 81), sobre un contrato de construcción de una carretera en Argelia entre una sociedad francesa y otra española (lugar del arbitraje: Madrid). Aunque existía una cláusula expresa de elección de ley a favor del Derecho español, el árbitro consideró la aplicación de los usos del comercio internacional. Se basó en el art. 13.5 Reglamento CCI y en el art. VIII del Convenio de Ginebra de 1961, cuando estiman que, "en todo caso, los árbitros tendrán en cuenta los usos del comercio internacional". Con todo, el Tribunal arbitral parece limitar el alcance de los usos del comercio internacional en presencia de elección expresa de ley respecto de las normas dispositivas españolas y no de las imperativas.

para completar la regulación de determinados aspectos contractuales que suelen quedar al margen de las especificaciones de las partes, como, por ejemplo, en la duración de los plazos de prescripción o en la ejecutoriedad de las cláusulas penales<sup>1001</sup>.

Para aquellos otros casos en los que el *ius ingeniorum* no es de aplicación directa, la elección de la ley estatal sigue siendo conveniente porque completará el régimen para aquellos supuestos no previstos en aquél.

En todo caso, creemos que, en vista de lo que sucede en ciertas normativas, la exigencia de obtener la *licencia* de la ley estatal rectora para aplicar directamente el *ius ingeniorum* al contrato de ingeniería puede producir una disfunción en el sistema. En estos casos, el Convenio de Roma, por ejemplo, podría invalidar esta opción reconduciéndola a la determinación del Derecho aplicable a falta de elección, desvirtuando, paradójicamente, la voluntad de las partes, que es el criterio inspirador del sistema. Consecuencia ésta general en toda la contratación internacional y especial en los contratos internacionales de ingeniería, sobre todo, en los denominados contratos de Estado, en los que se suele insertar una cláusula de elección de Derecho que remite a la *lex mercatoria*.

## **B.- La elección de ley estatal y la internacionalidad del contrato de ingeniería: la proyección del art. 3.3 del Convenio de Roma**

Normalmente, nos enfrentamos a supuestos de contratos de ingeniería en los que no se cuestiona su internacionalidad en vista de los elementos objetivos que lo califican: nacionalidades de contratista y cliente y lugar de

---

<sup>1001</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 901.

ejecución de la obras en un tercer Estado.

No obstante, la flexibilidad del Convenio de Roma permite, si bien de forma limitada, que las partes designen una ley estatal extranjera como aplicable a un contrato interno, en nuestro caso, de ingeniería, lo que supondría la internacionalización subjetiva del contrato. Esto significa que las partes contratantes en un contrato de ingeniería pueden, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, determinar como aplicable una ley extranjera cuando se trata de un contrato puramente interno<sup>1002</sup>.

Sin embargo, en virtud de lo establecido en el artículo 3.3 del Convenio de Roma, la internacionalización del contrato a través de la elección de una ley estatal extranjera no permite eludir las normas imperativas del ordenamiento jurídico interno al que pertenece la relación contractual. La remisión, en caso de hacerse, se entiende únicamente en el ámbito de la autonomía de la voluntad material, es decir, por cuanto afecta a la parte dispositiva del Derecho interno de obligaciones y nunca a las normas imperativas internas<sup>1003</sup>.

Esta circunstancia puede darse, con cierta frecuencia y a modo de ejemplo, en los contratos internacionales de ingeniería en los que el contratista extranjero crea una *joint venture* con otras empresas locales en el lugar de ejecución y el contrato se celebra entre partes que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico<sup>1004</sup>.

---

<sup>1002</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: Contratación internacional..., cit., p. 130.

<sup>1003</sup> En este sentido, no deben confundirse las normas materiales imperativas (art. 7 del Convenio de Roma), con las normas imperativas, que son a las que se refiere este art. 3.3 del Convenio de Roma. Sobre ello, *vid.*, VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales, cit., p. 178. En la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, la Sent. Cour Cass. Francesa, de 28 de noviembre de 2000 (*La Sem. jur.-JCP*, éd. gen., 2001, II, 10527), en la que se determina que la Ley francesa de 25 de junio de 1991 (art. L. 134-1 y siguientes de su Code de commerce) conforma una norma imperativa interna y no una norma material imperativa.

<sup>1004</sup> No obstante, podría discutirse que estos supuestos constituyan contratos internos por la misma naturaleza intrínseca internacional de la relación. *Vid.* SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 903.

### **C.- Condiciones del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos internacionales de ingeniería**

El alcance del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en los distintos Reglamentos de arbitraje (FED, CCI) y en el Convenio de Roma es muy amplio. De acuerdo con su redacción, con carácter general, no existe inconveniente para que cliente y contratista seleccionen la ley estatal aplicable a su contrato tanto de forma expresa como tácita (art. 3). Por consiguiente, los contratos internacionales de ingeniería, al igual que sucede con cualquier otro contrato, se regirán por el Derecho elegido expresa o tácitamente por las partes.

La manifestación expresa habitualmente suele plasmarse por escrito y resulta, en este sentido, menos problemática. Más difícil resulta la concreción de la voluntad tácita. Ésta debe deducirse de una serie de circunstancias: el comportamiento de las partes ajustado a los parámetros de instituciones propias de un ordenamiento jurídico concreto, el idioma empleado por contratista y cliente, o la designación de una determinada jurisdicción. Todas estas circunstancias deben ser consideradas en su conjunto para poder derivar el sentido claro de la voluntad de las partes a la hora de decidir que el contrato de ingeniería se regula tácitamente por una determinada ley estatal<sup>1005</sup>.

---

<sup>1005</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STJCE, de 26 de noviembre de 1985, As. C-318/81, *Comisión c. Codemi S.p.A.* (Rec., 1985, p. 3693). En el contrato relativo a la construcción en Italia de dos edificios destinados a la investigación se había previsto la aplicación del Derecho belga. No obstante, la sociedad italiana trató de desviar esta elección para atender al Derecho italiano a modo de sumisión tácita. Argumentó que la ejecución del contrato era en Italia, por lo que debía presumirse la aplicación de este ordenamiento jurídico; y que las partes se habían referido en el contrato a un número importante de disposiciones del Código civil italiano, con lo que, implícitamente, asumían su aplicación. El Tribunal de Justicia no le dio la razón. *Vid.*, asimismo, Sent. Trib. de Rabat, de 17 de mayo de 1930 (*Journ. dr. int.*, 1931, p. 672), respecto de un contrato de construcción de un inmueble en Marruecos, en la que el Tribunal

En este sentido, la práctica arbitral, ha concretado la elección tácita de las partes en el *ius ingeniorum*. Por ejemplo, en el asunto CCI núm. 71110/1999<sup>1006</sup>, en relación con una serie de contratos que vinculaban a un Estado y una empresa privada del Reino Unido (lugar del arbitraje: La Haya) relativos a unas ventas, aprovisionamiento, modificación y mantenimiento de materiales. El árbitro comprobó la ausencia de elección expresa de ley y consideró una elección tácita de los principios generales del Derecho de los contratos. Se basó en el empleo por los contratantes de expresiones como *natural justice*, *laws of natural justice* o *rules of natural justice*, las cuales, desde el punto de vista del árbitro, no se identifican con un Derecho estatal (el Tribunal consideró que no era significativo que los contratos se firmasen en inglés, dado que es un idioma estándar en contratación internacional, y que *natural justice* no se identifica con un ordenamiento jurídico anglosajón).

Muestras del reconocimiento de elección tácita de ley estatal aplicable a un contrato internacional de ingeniería, con base en el artículo 3.1 del Convenio de Roma, lo tenemos, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana. Así ocurre en un supuesto respecto de un contrato de construcción entre una empresa holandesa y otra alemana para la renovación de un hotel en Alemania, en el que las partes no habían pactado expresamente ley estatal aplicable. Parece que, con posterioridad, contratista y cliente estaban de acuerdo en la aplicación de las normas generales alemanas sobre construcción (*German DIN rules*), las normas alemanas sobre construcción derivadas de los *public works contracts* (VOB), así como las normas sobre este contrato del Código civil alemán, lo que constituía una sumisión

---

aplicó la ley francesa como ley de la nacionalidad común entre un maestro de obras francés, y un arquitecto y un contratista también franceses, considerando una posible sumisión tácita a favor de la ley francesa aun cuando el lugar de ejecución del contrato era Marruecos y tanto el arquitecto y el contratista se hallaban domiciliados en este Estado. En la práctica arbitral, el asunto CCI núm. 4975/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 122), respecto de un subcontrato firmado entre un contratista principal americano y un subcontratista alemán para ejecutar una obra en Arabia Saudita, en el que el Tribunal arbitral inglés aplicó el Derecho inglés argumentando que la elección de árbitro de esa nacionalidad conlleva una elección tácita de la ley inglesa.

<sup>1006</sup> *Vid. ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 40.

tácita<sup>1007</sup>.

También puede deducirse la existencia de una voluntad tácita de sumisión a un concreto ordenamiento jurídico en otra sentencia relativa a un contrato de construcción entre una empresa constructora noruega y una empresa alemana para la construcción de viviendas en Alemania, en el que existía, asimismo, un contrato de supervisión de la construcción. En ésta última relación fue donde el Tribunal alemán consideró la existencia de una sumisión tácita<sup>1008</sup>.

Asimismo, la elección podrá ser total o parcial, y podrá ser realizada en el propio contrato de ingeniería o en documento separado. El Convenio de Roma resuelve, además, la cuestión del momento en que las partes deben determinar la ley aplicable al contrato. En este sentido, se permite la posibilidad de que se determine durante la celebración del contrato o con posterioridad a la misma<sup>1009</sup>.

### **3.- La fragmentación voluntaria del contrato internacional de ingeniería**

El contrato internacional de ingeniería, tal y como se ha visto en el comienzo de este trabajo, se presenta como un contrato complejo que reúne una multiplicidad de prestaciones, si bien con una causa única<sup>1010</sup>. Esta

---

<sup>1007</sup> Vid., la Sentencia del BGH alemán de 25 de febrero de 1999 (RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht, 1999, pp. 456-457).

<sup>1008</sup> Vid. la Sentencia del BGH alemán, de 7 de diciembre de 2000, (NJW - Neue Juristische Wochenschrift, 2001, pp. 1936-1937).

<sup>1009</sup> Una elección posterior (tácita, en este caso) al momento de celebración del contrato es la que parece desprenderse de la referida Sentencia BGH alemán, de 25 de febrero de 1999 (RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht, 1999, pp. 456-457).

<sup>1010</sup> Vid. URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1993, pp. 685-686 y CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, pp. 27-29.

perspectiva, que suele ser habitual en los contratos atípicos<sup>1011</sup>, repercute de manera directa en la determinación del Derecho aplicable en general y también en el caso que ahora nos ocupa, que es la fragmentación voluntaria del régimen del fondo del contrato de construcción. Así, como ya se ha comentado, la valoración de ante qué tipo de figura contractual nos hallamos no responde a la reconducción a las figuras contractuales más próximas, sino a la búsqueda de una solución que se ajuste a la naturaleza autónoma de estos contratos<sup>1012</sup>.

Una cuestión a resolver se plantea, pues, en atención a la naturaleza jurídica que se deriva de los contratos internacionales de ingeniería. A este respecto, se considera que el *engineering contract* presenta unas características propias que le confieren una identidad de causa<sup>1013</sup>. En este sentido, debe distinguirse entre las diferentes relaciones jurídicas que confluyen. (a) En primer lugar, la relación jurídica principal del contrato, que es la que une al cliente y al contratista en aras a la proyección y/o (según el caso) la ejecución material de la obra de ingeniería. (b) Y, en segundo lugar, debe hacerse referencia a la determinación de la ley rectora de las relaciones jurídicas accesorias al contrato o secundarias entre las que se encuentran la subcontratación o los acuerdos de colaboración interempresarial. En orden a la concreción del régimen aplicable al contrato se distingue, por tanto, entre el contrato principal y las relaciones

---

<sup>1011</sup> Vid. CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1995, CASSONI, G.: "I contratti collegati nel diritto internazionale privato", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1979, pp. 23-42, BALLADORE PALLIERI, G.: "Diritto internazionale privato" en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1974, pp. 333-336.

<sup>1012</sup> Vid. los capítulos anteriores en los que se describen los contornos de un contrato complejo como es el de ingeniería y su independencia respecto de otras figuras contractuales, aspectos éstos que, como hemos visto, no tan claros en la práctica. Por ejemplo, la Sent. Trib. d'Arrondissement de Luxemburgo de 14 de julio de 1988 (referencia en SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 914), en la que el Tribunal calificó como contrato de venta un contrato llave en mano para la construcción y abastecimiento de las estructuras correspondientes al ensanchamiento de varios campos de tenis en Luxemburgo.

<sup>1013</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 128.

secundarias<sup>1014</sup>.

Los diferentes regímenes rectores de los contratos internacionales de ingeniería reconocen el principio de la autonomía de la voluntad con carácter amplio. Ello facilita la ausencia de obstáculos a la fragmentación voluntaria del contrato de ingeniería, salvado siempre el riesgo de inadaptación de soluciones<sup>1015</sup>.

Tal es así, desde un punto de vista arbitral, por ejemplo, respecto de las condiciones FIDIC, los Reglamentos de la CCI o las cláusulas FED: la libertad que otorgan a contratista y cliente para la determinación del Derecho regulador del contrato internacional de ingeniería posibilita la fragmentación voluntaria de su régimen regulador<sup>1016</sup>.

Por su parte, desde una óptica jurisdiccional, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales reconoce, asimismo, que las partes también pueden designar la ley que rija todo el contrato o a una parte del mismo (art. 3.1 y 3.2 del Convenio). Esto es lo que se denomina como fraccionamiento o *depeçage* del contrato<sup>1017</sup>. La consecuencia última será que un mismo contrato pase a estar regulado por una multiplicidad de leyes.

No obstante, esta posibilidad de fragmentación no debe entenderse en términos absolutos: será necesario que los aspectos sometidos a las diferentes leyes sean independizables, esto es, que presenten una

---

<sup>1014</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 534.

<sup>1015</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 346 y ss., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El contrato internacional*, cit., pp. 257-261 y 296-197, CARRILLO POZO, A.: *El contrato internacional*, cit., p. 78, y GAUDEMET-TALLON, H.: "Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE núm. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 215-285, p. 245.

<sup>1016</sup> Vid., por ejemplo, art. 2.1 del Cahier FED y art. 14.1 del Reglamento de Arbitraje FED; o art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la CCI. En la doctrina, vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", cit., p. 182.

<sup>1017</sup> Vid. LAGARDE, P.: "Le dépeçage dans le droit international privé des contrats", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1975, pp. 649-677.



autonomía entre sí que permita su regulación por ordenamientos diferentes. Y, además, debe pensarse que, en todo caso, serán de aplicación las normas materiales imperativas, de modo que las partes no pueden utilizar el fraccionamiento del contrato como un mecanismo de elusión de la aplicación de estas normas.

El Convenio de Roma permite, pues, determinar la aplicación de leyes diferentes a partes separables de un contrato, como, por ejemplo, obligaciones principales o cláusulas penales o de revisión de precios<sup>1018</sup>. Y esto es bastante habitual en los contratos internacionales de ingeniería en los que, junto a las obligaciones que constituyen el núcleo principal de la ingeniería, existen otras que podrían revestir un carácter preferentemente accesorio, como las derivadas de los contratos de suministro de materiales o de transferencia de tecnología, susceptibles de requerir su propia operación de determinación del Derecho aplicable. Todo ello, exista elección (o no) respecto de las obligaciones principales del contrato de ingeniería: nada impide que las partes únicamente elijan la ley aplicable a las obligaciones accesorias del contrato y descarten esta opción en relación con las principales, cuyo régimen rector será seleccionado a través de aquellas normas aplicables en defecto de pacto (art. 4 del Convenio de Roma)<sup>1019</sup>.

Por consiguiente, las partes pueden seleccionar la ley aplicable a las obligaciones principales entre contratista y cliente, que será la reguladora del contrato internacional de ingeniería. Esta ley elegida reguladora de las obligaciones principales podría ser extendida a aquellas partes del contrato de ingeniería que, aunque separables, presentan una conexión importante con las prestaciones principales, como sucede con los contratos *llave en mano* de contenido amplio o los relativos a las garantías personales,

---

<sup>1018</sup> Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El contrato internacional*, cit., pp. 105-122 y 148-149, LAGARDE, P.: "Le dépeçage dans...", cit., pp. 649-677, p. 653.

<sup>1019</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 405.

atendiendo al principio de que lo accesorio sigue a lo principal<sup>1020</sup>. Con todo, nada impide que, salvando los riesgos de inadaptación, puedan ser reguladas por aquella ley estatal elegida expresamente por las partes, en ejercicio legítimo de su autonomía de la voluntad conflictual (fragmentación)<sup>1021</sup>.

Cuestión que podría ser distinta es aquélla relativa a la determinación del Derecho aplicable a los contratos interrelacionados con el contrato de ingeniería, como los de subcontratación o el de seguros<sup>1022</sup>. En estos supuestos, tal vez la mejor opción sea la determinación de la ley aplicable a cada contrato, en atención al grado de independencia de cada uno de ellos, con lo que, estrictamente, no estaríamos desde un punto de vista técnico ante un supuesto de fragmentación. Por ello, no creemos que la elección de una ley estatal para regular las relaciones principales del contrato de ingeniería deba extenderse necesariamente a las obligaciones secundarias o complementarias. Sería necesario un pacto expreso o tácito entre las partes que permitiese realizar esta extensión respecto de los contratos interrelacionados<sup>1023</sup>.

---

<sup>1020</sup> Vid. FOUCHARD, P.: "Rapport français...", *cit.*, p. 304. La operación de la determinación del Derecho aplicable cuando nos encontramos ante un solo contrato (aún cuando consta de varias prestaciones) es única. Es decir, ante la existencia del denominado equilibrio contractual único sólo se determina un Derecho aplicable al conjunto de la relación contractual (*vid.* CARRILLO POZO, L.F.: *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, 1994, p. 190). Así, la aplicación unitaria parece la solución más correcta atendiendo "...a su elasticidad en la exigencia de asegurar una... disciplina a la actividad privada atípica" (*vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 131), lo que conlleva la circunstancia de facilitar la integración normativa en el Derecho interno de forma "mesurada y prudente", favoreciendo las intrínsecas necesidades de estos contratos de su continua evolución (*vid.* CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, p. 132).

<sup>1021</sup> Sobre ello, en la jurisprudencia, por ejemplo, *Leo Harmonay Inc. v. Binks Mfg. Co* (597 F. Supp. 1014, S.D.N.Y., 1984), respecto de un subcontrato de concesión. Y en la práctica arbitral, el asunto CCI núm. 5294/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 137), respecto de un contrato de construcción firmado por un contratista danés y un subcontratista egipcio para la realización de una obra a ejecutar en Egipto, en el que ambas partes eligieron expresamente el Derecho suizo para regular sus relaciones de subcontratación.

<sup>1022</sup> CASSONI, G.: "I contratti collegati...", *cit.*, pp. 23-42.

<sup>1023</sup> *Vid.*, con carácter general, GIULIANO, M. y JENARD, P.: *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C 327, diciembre de 1992, p. 17. El mismo Convenio de Roma en su art. 3.1 no permite determinar el Derecho aplicable a

En la práctica, se encuentran supuestos que reflejan esta afirmación. Por ejemplo, en el asunto CCI núm. 5835/1996<sup>1024</sup>, respecto de un subcontrato de construcción de obras eléctricas entre una sociedad kuwaití y una sociedad italiana, en el que se había determinado el lugar del arbitraje en la ciudad de Roma. En éste existía una cláusula de elección expresa de ley –que remitía al Derecho de Kuwait-, en relación con el contrato principal de construcción, pero el árbitro consideró que esta elección expresa no se extendía a las relaciones de subcontratación, ya que, a su juicio, las partes deberían haber expresado específicamente esta extensión. Por ello, el árbitro, consecuentemente, determinó la ley aplicable al subcontrato de acuerdo con los cauces de selección de ley en defecto de pacto.

Algo parecido ocurrió, precisamente, en el supuesto concreto de la Sentencia alemana del BGH de 7 de diciembre de 2000, en la que se planteaba la cuestión del fraccionamiento del contrato. Éste se refería a un contrato de construcción entre una empresa constructora noruega y una empresa alemana para la construcción de viviendas en Alemania. Las partes firmaron, asimismo, un contrato de supervisión de la construcción, con lo que hubo que determinar la ley aplicable a cada una de las partes contractuales<sup>1025</sup>.

---

un grupo de contratos, sino que debe hacerse separadamente, uno a uno (*vid.* CARRILLO POZO, L.F.: *El contrato internacional...*, *cit.*, p. 190). Esta idea parece que es apoyada, al menos en parte, cuando se hace referencia a la diversidad de prestaciones que integran estos contratos “en los que diferentes reglas son susceptibles de regir las prestaciones de servicios y el suministro de materiales. En algunos casos, cada contrato está sometido a su propia norma (complejo de contratos), mientras que en otros, el conjunto de los contratos está sometido a las mismas disposiciones (contratos complejos)” (*vid.* LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER: “La normalisation des contrats...”, *cit.* p. 238).

<sup>1024</sup> *Vid.* ICC *Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 34.

<sup>1025</sup> *Vid.*, la Sentencia alemana del BGH, de 7 de diciembre de 2000 (*NJW - Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 1936-1937).

#### **4.- Las cláusulas de modificación del Derecho elegido**

La doble condición del Estado como parte en el contrato y como sujeto con poder soberano es la que plantea, entre otros, el problema de la posible modificación del Derecho nacional a su favor y en perjuicio de la otra parte contratista. Para evitar esta situación existen un conjunto de cláusulas contractuales entre las que destacan las denominadas de estabilización o intangibilidad que garantizan que no se modificará el Derecho del Estado parte.

Se trata de unas cláusulas que han sido muy utilizadas en los contratos internacionales de concesión petrolífera y que, en el ámbito de la ingeniería, se han extendido en los citados contratos BOT (*Build, Operate and Transfer*) para la realización de obras públicas de infraestructura<sup>1026</sup>.

Una cuestión interesante que suscitan los contratos en los que participa un Estado es, precisamente, la que plantea, la posición de superioridad del Estado parte con respecto a la contratante extranjera. Para intentar evitar las desventajas que presenta esta situación, suele ser bastante habitual la inserción de una cláusula denominada de estabilización o de protección, en la que el Estado contratante se compromete a no elaborar cambios legislativos que supusieran determinadas ventajas en su situación contractual.

Estas cláusulas se caracterizan por su heterogeneidad atendiendo al tipo de relación jurídica o negocio al que se refieran. Pese a esta circunstancia, pueden diferenciarse dos clases de cláusulas de estabilización. Por un lado, aquéllas que tratan de paralizar temporalmente el contenido del Derecho elegido, y, por otro, aquellas cláusulas en las que el Estado se compromete a no aplicar la nueva reglamentación al contrato en

---

<sup>1026</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 570.

cuestión, si bien cabe la posibilidad de renegociar esta circunstancia, esto es, la posibilidad de aplicación de la nueva legislación, entre las partes<sup>1027</sup>.

Estas cláusulas de estabilización (también denominadas de *gel*) tienen su origen en el debate a que dio lugar la validez de las llamadas cláusulas oro después de su prohibición en Estados Unidos y Canadá, en 1933 y 1937, respectivamente. Estas cláusulas se caracterizan por “petrificar” el Derecho de la ley aplicable al contrato. No se trata de cláusulas de Derecho aplicable sino de cláusulas contractuales en las que las partes, al amparo de la autonomía de la voluntad material, introducen en su contrato la ley que quieren que se aplique (lo que se denomina como incorporación por referencia). En ocasiones, pueden preverse las consecuencias de la modificación del Derecho elegido de modo diferente: *a posteriori*. Así, pueden incluirse, como veremos, en otras cláusulas del contrato como las de variación o de fuerza mayor y suele ser el cliente el que asume los efectos<sup>1028</sup>.

Además de estas cláusulas específicas, una de las particularidades en los contratos internacionales de ingeniería es la posibilidad de que los cambios legislativos den lugar a una revisión del precio de la obra a modo de compensación para el contratista. Así, los principales modelos estándar contractuales, fundamentalmente de la FIDIC y del FED, recogen otras que, en lugar de evitar la modificación del Derecho local, implican una serie de sanciones para el Estado parte que opte por modificar su propio Derecho.

Estas cláusulas son de revisión de precios, como ocurre con la cláusula 13.7 del nuevo libro rojo, que prevé no sólo la compensación económica, sino la posibilidad de ampliar los plazos de entrega de la obra, al igual que la cláusula 36.1 del *Standard Bidding Documents for the Supply and Installation of Plant and Equipment* o la cláusula, 70.2 de las condiciones FIDIC para

---

<sup>1027</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 134.

<sup>1028</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., pp. 397 y ss.

los supuestos en los que las alteraciones legislativas impliquen un aumento o reducción del coste de ejecución de los trabajos o en la cláusula 47.2 de las condiciones EL/MEC. También es así en la cláusula 48.2 de los cuadernos FED, en los que las soluciones se refieren a la indemnización o la resolución del contrato; la cláusula 60.1 del NEC del ICE, como causa de compensación; o la cláusula 36 del *Power Plant Model Form* de la ENAA, que también establece costes adicionales o ampliación de plazos.

Las cláusulas de estabilización deben distinguirse de otras cláusulas que también suelen insertarse en estos contratos, las denominadas cláusulas de intangibilidad. Estas últimas limitan la potestad del Estado de modificar unilateralmente los términos contractuales. En cualquier caso, la admisibilidad de este tipo de cláusulas crea un debate doctrinal, ya que no en vano estas disposiciones limitan a potestad de un Estado, si bien de modo muy parcial, o, en estos casos, puntual<sup>1029</sup>.

### **III. La ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto entre cliente y contratista**

#### **1.- Introducción**

En ocasiones, las partes firmantes de un contrato internacional de ingeniería no determinan la normativa estatal que desean que rija su relación jurídica. En efecto, con independencia de que hayan considerado el ejercicio de la autonomía de la voluntad material (elección del *ius ingeniorum* a todo o parte/s de su contrato, que, como hemos visto, es la alternativa más

---

<sup>1029</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: Contratación internacional..., cit., p. 134.

frecuente en este tipo de contratos), en ciertos casos, el operador jurídico verifica que los contratantes no han optado por el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, dirigido a la selección de una ley estatal<sup>1030</sup>. Surge así, para el operador jurídico, la tarea de dilucidar cuál será la normativa rectora de las obligaciones y derechos de contratista y cliente a falta de elección de ley estatal por las partes.

Determinar cuál es la ley aplicable a los contratos internacionales ingeniería en defecto de pacto no es tarea fácil. Ello es así, por una parte, desde el momento en que esta cuestión no parece recibir una especial atención en los modelos contractuales habituales. De hecho, muchos de los contratos estándar de las diferentes asociaciones que afectan a la ingeniería o construcción no contemplan una cláusula de Derecho aplicable y, en aquellos casos en los que existe, sus disposiciones se limitan a recomendar a las partes que concreten una elección sin regular la situación de ausencia de la misma.

Además y por otra parte, en los instrumentos de selección de la ley aplicable que vinculan a los operadores jurídicos españoles, como el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, tampoco existe una regla específica relativa a este tipo de contratos, regla que estimamos necesaria si tenemos en cuenta la complejidad de las cuestiones que se plantean respecto de los contratos internacionales de ingeniería<sup>1031</sup>.

---

<sup>1030</sup> Es éste el supuesto del que parte una sentencia alemana relativa un contrato de construcción de un centro comercial en Alemania a cargo de una empresa italiana, en el que las partes no habían elegido ley aplicable. *Vid.* la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457).

<sup>1031</sup> En este sentido y como veremos, el Convenio de Roma de 1980 establece unas normas para la determinación del Derecho aplicable a falta de elección. Este texto establece una solución general que trata de localizar objetivamente el contrato (art. 4). Esta regla se articula a través de un sistema de presunciones en el que se establece una presunción general (art. 4.1), unas presunciones especiales (arts. 4.2 a 4.4) y una cláusula de cierre (art. 4.5). Normas generales aplicables a los contratos internacionales de ingeniería, a falta de regla especial en el Convenio sobre los mismos. Por ejemplo, en la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999, (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457) se aplicaron las reglas generales del art. 4.2 y 4.5 del Convenio).

En los epígrafes que siguen trataremos de establecer aquellos criterios que, desde nuestro punto de vista, son los más apropiados para decidir cuál es el Derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto a favor de la elección de una ley estatal. Y lo haremos diferenciando el plano (1) judicial del (2) arbitral.

(1) Así, por una parte, comenzaremos con el análisis de la cuestión desde una perspectiva jurisdiccional, dedicando especial atención a las soluciones del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, ya que es el instrumento que vincula a los jueces y Tribunales españoles. En este sentido, de las alternativas que se barajan respecto de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto, se examinará especialmente la disyuntiva que puede considerarse ya como clásica en el sector: (a) la opción entre la ley del lugar de ejecución de las obras y (b) la ley de la sede del establecimiento principal del contratista. No obstante, también es cierto que, en ocasiones, la idoneidad de uno u otro criterio dependerá de la modalidad contractual a la que se haga referencia<sup>1032</sup>.

(a) El primero de ellos, la ley del lugar de ejecución de las obras (o *lex rei sitae*, desde el punto de vista de la terminología de los contratos de ingeniería) se presenta como el criterio tradicional reconocido, como veremos, en distintos ordenamientos jurídicos y jurisprudencias nacionales. (b) Y el segundo, la ley del lugar de la sede del establecimiento principal del contratista, que se erige de un tiempo hasta esta parte como una alternativa válida al criterio anterior que se ha incorporado en mecanismos reguladores tan importantes como el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

(2) Por otra, analizaremos la cuestión de la determinación de la ley

---

<sup>1032</sup> Como así se determina en el artículo 6 y 8 de la citada Draft Recommendation of a Commission of the International Chamber in Paris.



aplicable en defecto de pacto desde una perspectiva arbitral. En este caso, únicamente atenderemos a aquellas cuestiones especiales de esta perspectiva y nos remitiremos a lo expuesto en la perspectiva judicial para aquellas cuestiones que son comunes, como, por ejemplo, la alternativa de la aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras contratadas, que es también un criterio empleado en la práctica arbitral en defecto de elección de ley por las partes.

En cualquier caso, nuestro trabajo trata de analizar los dos criterios aludidos –a y b- y proponer una solución que, lejos de resultar excluyente (optando, exclusivamente, por uno u otro), considere un sistema complementario entre las distintas posibilidades y que, precisamente, tiene en el Convenio de Roma de 1980 un exponente claro de esta posibilidad.

## ***2.- Perspectiva judicial. Especial atención al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales***

### **A.- La determinación del centro de gravedad del contrato y su función socio-económica. La disyuntiva clásica: la ley del lugar del establecimiento principal del contratista v. la ley del lugar de ejecución de la obra**

Hemos visto cómo la mayor parte de los sistemas jurídicos permiten que las partes seleccionen la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería. A falta de elección, es tarea de los jueces y Tribunales ordinarios determinar cuál es la ley estatal que presenta una mayor vinculación con el contrato<sup>1033</sup>. Para proceder a su selección, es

---

<sup>1033</sup> Vid. UFF, J.: *Construction Law*, London, Maxwell, 1999, p. 161.

necesario recurrir a una serie de criterios que deriven en la determinación del ordenamiento jurídico más ajustado a las características de la relación jurídica controvertida, esto es, la concreción de aquellos parámetros que permitan la identificación del centro de gravedad del contrato internacional de ingeniería.

Tradicionalmente, se ha considerado el problema de la determinación del Derecho aplicable en los contratos internacionales de ingeniería a falta de elección en dos niveles, a saber, por un lado la opción geográfica y, por otro, el método de determinación. (1) Desde el primero de los puntos de vista, confluye una triple posibilidad: la toma en consideración de la normativa del país exportador, aquélla del país importador, o la coincidente con el lugar de situación de la obra contratada o un tercer país. (2) Y en cuanto al método de determinación, las alternativas se orientan a lo establecido en convenios internacionales, el recurso a las legislaciones de Derecho internacional privado, las reglas clásicas desarrolladas para la determinación de la ley aplicable a los contratos o la referencia a las doctrinas especializadas desarrolladas en D.i.pr. en el ámbito específico de la construcción<sup>1034</sup>.

El Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales aclara sustancialmente el panorama. Este instrumento orienta al operador jurídico en la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales en general y los del ingeniería en particular mediante el establecimiento de una serie de normas generales de selección de ley aplicable en defecto de pacto (art. 4). Y lo hace en atención al criterio de proximidad o de vinculación más estrecha. Por ello, y dado que el Convenio no ofrece, como hemos dicho, una regla normativa específica para los contratos internacionales de ingeniería, será necesario entrar a valorar diferentes tipos de índices que permitan identificar el centro de gravedad de este contrato y, con ello, la ley más estrechamente vinculada.

En general, las circunstancias a valorar para su concreción se refieren al lugar de celebración del contrato, su lugar de perfección, así como el lugar del pago, existencia o ausencia de cláusulas de elección de foro, el mercado afectado, el lugar de la realización del proyecto, el domicilio de las partes, el lugar de elaboración o fabricación de una parte considerable de los materiales o el lugar de financiación del contrato<sup>1035</sup>, sin que ninguno de estos elementos, considerado aisladamente, sea definitivo en el desarrollo de esta tarea. En cualquier caso, desde el punto de vista del Convenio de Roma de 1980, las circunstancias relevantes que conforman los contratos internacionales de ingeniería confluyen en dos puntos principales: el lugar de ejecución de las obras y el lugar de la sede del establecimiento del contratista.

Es cierto que existen más elementos a valorar y que pueden inclinar la balanza hacia la aplicación de otra ley: sería el caso, cada vez más habitual, en el ámbito de la ingeniería, de que una de las partes sea una entidad pública, lo que podría conducir a la aplicación de la ley del Estado al que pertenece esta entidad pública<sup>1036</sup>. No obstante, la disyuntiva habitual se reconduce, como decíamos, a la adopción de dos criterios determinantes, a saber, el criterio tradicional del lugar de realización de la obra (concretado en el lugar de situación de la obra a construir) y el criterio derivado de la localización del contrato del lugar de residencia o establecimiento principal del contratista<sup>1037</sup>. Por ello, analizaremos con mayor atención estos dos

---

<sup>1034</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, esp. pp. 134-135.

<sup>1035</sup> Vid. BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form...*, *cit.*, p. 19 y LANDO, O.: "New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts", *A.J.C.L.*, 1982, vol. I, pp. 19-35.

<sup>1036</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 182.

<sup>1037</sup> Esta es la discusión en la doctrina mayoritaria. Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 906, VILLANI, U.: "Aspetti problematici della...", *cit.*, p. 529. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Contratos internacionales sobre...*, *cit.*, p. 297, SOLTYSINSKI, S.: "Choice of law and choice of forum in transnational transfer of technology transactions", *Rec. des C.*, 1986, vol. I, pp. 239-384, esp. pp. 330-333.. También en la jurisprudencia, *vid.*, la Sentencia del *BGH* alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457), respecto de un contrato de construcción de un centro comercial en Alemania, en la que se cuestionaba la aplicación general de la ley del lugar de ejecución de las obras

criterios, análisis que no se plantea, tal como nos referíamos antes, como opciones excluyentes sino como complementarias.

## **B.- La ley del lugar del establecimiento principal del contratista**

### *a.- Las razones justificativas de su consideración en los contratos internacionales de ingeniería*

Una de las alternativas de ley estatal rectora a considerar en defecto de pacto, que presenta una relación directa con el contrato internacional de ingeniería, se identifica con el Derecho aplicable del Estado en el que se ubica la sede del establecimiento principal del contratista<sup>1038</sup>. Por ejemplo, en los contratos denominados *llave en mano*, en términos de ley reguladora, se ha considerado el protagonismo jurídico de la ley de la sede del establecimiento principal del contratista como *lex contractus*, en función del hecho de que esta parte asume una responsabilidad global sobre la obra proyectada<sup>1039</sup>.

---

(la ley alemana, por tanto).

<sup>1038</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 910. Vid. la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457). También, la Sent. Trib. Apel. de Beirut, de 4 de julio de 1967, (*Journ. dr. int.*, 1972, p. 92), en la que el Tribunal aplica el Derecho libanés respecto de un contrato de arquitectura entre un maestro de obras libanés y un arquitecto italiano para la elaboración de los planos de construcción de un hotel en Arabia Saudita.

<sup>1039</sup> Vid., en este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, pp. 427 y ss. Otro punto de vista, vid. BALLARINO, T.: "Rapport général...", *cit.*, p. 226 y VISCHER: "The principle of the typical performance in international contracts and the draft convention", en LIPSTEIN, K. (ed.): *Harmonisation of private international law by the E.E.C.*, 1978, p. 29, al considerar que los contratos *llave en mano* tienen un tratamiento diverso en sede de ley aplicable que también pasa por la descomposición en varios contratos (ingeniería, asistencia técnica) y su regulación integral por la ley del lugar de realización de la obra.

En efecto, si, tradicionalmente, respecto de los contratos internacionales de ingeniería se ha partido del principio clásico de aplicación de la ley del lugar de ejecución de la obra<sup>1040</sup>, nos encontramos con que, ahora, se tiende a considerar la aplicación de la ley del establecimiento del contratista de acuerdo con la teoría de la aplicación de la ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos, herencia directa de la doctrina anglosajona de la *proper law*<sup>1041</sup>.

Varias son las razones que justifican la toma en consideración de la ley del establecimiento del contratista:

a) Por una parte, deben considerarse las ventajas que presenta esta conexión, en atención al grado de previsibilidad y seguridad jurídica que existe desde el momento en que la parte contratista conoce el Derecho aplicable al contrato en tanto en cuanto es su propio ordenamiento jurídico. En otros casos, es posible que esta parte desconozca el contenido del Derecho aplicable al contrato internacional de ingeniería, como sucedería, por ejemplo, en aplicación de la ley del lugar de ejecución de la obra.

b) Por otra, para el contratista que opera en diversos países resulta más económico, en cuanto a costes de gestión. Y ello porque, al conocer que la ley aplicable a sus diferentes contratos coincide con su propio ordenamiento jurídico, emplea no sólo una normativa conocida, sino también una normativa única para todas sus relaciones contractuales. De esta manera, se evita la dispersión – en el sentido de acumulación y pluralidad-legislativa que se produciría de emplear en todo caso una conexión como el lugar de ejecución de la obra. Conexión ésta que conduciría a la aplicación de tantos ordenamientos jurídicos seleccionados en atención a otros tantos lugares de ejecución, en correspondencia con cada uno de los contratos de

---

<sup>1040</sup> Como así se determina en el artículo 6 de la citada Draft Recommendation of a Commission of the International Chamber in Paris.

<sup>1041</sup> Vid. NORTH, P.H. (ed.): Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Survey, Amsterdam, 1982, pp. 205-219.

ingeniería que firma el contratista: aplicación de diferentes leyes determinadas por los diversos lugares de ejecución de las obras.

c) Además, el hecho de favorecer a una parte del contrato (en el caso, al contratista) no tiene por qué ser considerado necesariamente inapropiado ya que, en ocasiones, puede traer efectos beneficiosos: bien en cuanto puede suponer la aplicación del Derecho de un Estado desarrollado (referido, sobre todo, a las obras que se realizan en países en vías de desarrollo), o bien porque la otra parte, el cliente, presenta una posición reforzada (por ejemplo, se trata de un Estado)<sup>1042</sup>.

d) La aplicación de la ley de la sede del establecimiento del contratista presenta, asimismo, una ventaja añadida: esta conexión se ajusta a la naturaleza especial de los contratos internacionales de ingeniería. Las características propias de esta categoría contractual, a las que ya se ha hecho referencia<sup>1043</sup>, llevan a replantear la viabilidad de aquella posición rígida conducente a la ley del lugar de ejecución como *lex contractus* en favor de la aplicación de la ley del establecimiento del contratista.

En efecto, en un contrato internacional de ingeniería existen una serie de prestaciones que no se realizan en el lugar de ejecución de la obra, sino en el lugar del establecimiento del contratista. Hablamos, por ejemplo, de la proyección y la elaboración de planos, así como la elaboración de elementos técnicos que, por su complejidad, deben montarse en sede del contratista. Piénsese, como muestra, en las modalidades contractuales en las que la parte contratista ostenta una posición muy reforzada, como ocurre en los citados contratos *llave en mano* o *turn-key*. En ellos, el contratista asume, de modo global, la responsabilidad de la obra desde el inicio hasta la entrega de la misma, e incluso, en fases posteriores.

---

<sup>1042</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 909.

<sup>1043</sup> Se trata de contratos a largo plazo, complejos, especulativos, que exigen la cooperación entre las partes, la transferencia de riesgos al contratista, las responsabilidades en materia de supervisión.

Por esta razón, respecto de este tipo concreto de contratos de ingeniería, no resultaría inadecuado considerar la residencia habitual o sede del establecimiento del contratista como criterio rector de la determinación de la ley aplicable a las relaciones jurídicas entre contratista y cliente<sup>1044</sup>.

En suma, cabe atender a la ley del establecimiento del contratista como alternativa válida a la aplicación de la ley del lugar de ejecución de la obra. Más todavía cuando, aun regulándose el contrato de ingeniería por la ley del establecimiento del contratista, en todo caso, no dejarán de proyectarse sobre su régimen las denominadas normas materiales imperativas del lugar de ejecución.

*b.- La relevancia de la ley de la sede del contratista en los distintos instrumentos de determinación de la ley aplicable a los contratos*

A todas estas razones expuestas, debemos añadir el hecho de que los distintos instrumentos de determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales también consideran la posibilidad de aplicación de la ley del establecimiento del contratista, lo que refuerza su consideración como *lex contractus*<sup>1045</sup>. Así se ve en algunas legislaciones nacionales de Derecho internacional privado, que han buscado una alternativa al criterio de la ley del lugar de realización de la obra, y han optado en este sentido por la ley de la residencia o sede del contratista, para la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales de construcción.

Por ejemplo, pensemos que, en Derecho anglosajón, este criterio

---

<sup>1044</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales de..., cit., p. 414.

<sup>1045</sup> Los autores especialistas en la materia de los contratos internacionales de ingeniería consideran también la posibilidad de aplicar la ley de la sede del establecimiento del contratista. Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", cit., FALLON, M.: "Rapport belge...", cit., pp. 233 y ss y SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit.

responde a la aplicación de la doctrina anglosajona del *proper law* y de la *closest and most real connection*<sup>1046</sup>. Y en algunas legislaciones nacionales de Derecho internacional privado, como ocurre en la Ley turca de 1982, la Ley austriaca de 1978, así como en la Ley polaca, de 12 de noviembre de 1965, y la Ley checa, de 4 de diciembre de 1963, que prevén, con carácter general, la aplicación de la ley del establecimiento del empresario respecto de los contratos internacionales de construcción<sup>1047</sup>.

Asimismo, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales reconoce la sede del establecimiento del contratista como la prestación que identifica el auténtico centro de gravedad del contrato<sup>1048</sup>. El Convenio de Roma introduce una serie de normas para la concreción de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes. El sistema previsto se inspira en la citada doctrina anglosajona del *proper law* y la *most real connection*, a través de la que se pretende designar como aplicable la ley con la que el contrato presente una mayor vinculación<sup>1049</sup>. Para ello se establece en el art. 4 del Convenio un entramado de presunciones que combina una regla general con varias especiales y una cláusula final de excepción<sup>1050</sup>.

---

<sup>1046</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 142 y 143.

<sup>1047</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", cit., p. 150, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 909 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 419. El art. 20.2 de la Ley yugoslava, de 15 de julio de 1982, (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1983, p. 353) considera la aplicación de la ley del Estado de la sede del empresario respecto de los contratos internacionales de construcción. Menos explícitas son Ley polaca, de 12 de noviembre de 1965 y la Ley checoeslovaca, de 4 de diciembre de 1963, si bien, no obstante, establecen la aplicación de la ley del establecimiento del empresario para el contrato de arrendamiento de obra (art. 10.2.a de la Ley checa; art. 27.1.2 de la Ley polaca). En la jurisprudencia, considerando la aplicación de la ley del establecimiento del empresario, vid., el laudo arbitral de la Corte de Arbitraje y de la Cámara de Comercio checa, de 3 de enero de 1958 (*Clunet-J.D.I.*, 1962, p. 460).

<sup>1048</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 908.

<sup>1049</sup> Vid. JAFFEY, A.J.E.: "The English Proper Law of Contract and the EEC Convention", *I.C.L.Q.*, vol. 33, 1984, pp. 531-557, ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., p. 143, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 539.

<sup>1050</sup> Vid., sobre el juego de las presunciones, por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P.: "La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980", *La Ley (Suplemento CE)*, 1995, núm. 95, pp. 1-6.



A esta regla general y a sus excepciones acudiremos a la hora de determinar la ley reguladora de los contratos internacionales de ingeniería. Habida cuenta de que el Convenio de Roma no establece una norma especial para este tipo contractual, si bien aparecen mencionados en el Informe GIULIANO-JENARD anexo al mismo. En éste se excluye, respecto de los contratos internacionales de construcción, la aplicación de la presunción especial prevista en el art. 4.3 del Convenio. Esta regla establece la *lex rei sitae* para los contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles y la justificación de la exclusión radica en que, en aquéllos, el objeto del contrato no es el bien inmueble, sino la construcción del mismo<sup>1051</sup>.

Así pues, a falta de regla especial, como decíamos, debemos acudir a los criterios generales del Convenio de Roma<sup>1052</sup>. El art. 4.1 del mismo determina que, a falta de elección de ley aplicable por las partes, “el contrato

---

<sup>1051</sup> En las presunciones especiales para la determinación de la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos para el supuesto de determinados contratos no se incluyen los contratos de ingeniería. El Convenio sólo atiende a los relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 4.3 del Convenio) y los de transporte de mercancías (art. 4.4 del Convenio). Con respecto a los contratos de transporte de mercancías, se exige que la ley de residencia o establecimiento de la parte que debe realizar la prestación característica coincida, en el momento de la celebración del contrato, con el lugar de carga o descarga o del establecimiento principal del expedidor. Este supuesto del art. 4.4 del Convenio excede del objeto de este trabajo, siendo más interesante el art. 4.3 del Convenio porque sí ha sido relacionado con los contratos de ingeniería. En este sentido, el párrafo tercero de este precepto establece que los contratos que tienen por objeto derechos reales sobre bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación de los mismos. Esta presunción especial ha hecho que se plantee la reconducción de la ley aplicable a los contratos de construcción por vía del criterio *lex rei sitae* (ley del lugar de ejecución del contrato de construcción) de este precepto. Pero lo cierto es que el mismo Informe del Convenio rechaza expresamente esta posibilidad, argumentando que en los contratos de construcción el objeto no es el bien inmueble sino la realización de la obra. Esta posición del Informe se utiliza como argumento en contra del criterio *lex rei sitae* para la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería comercial a falta de elección por las partes, puesto que *sensu contrario* podría deducirse su inadecuación. No obstante, lo cierto es que se trata de una previsión para un supuesto específico distinto, los contratos que tienen por objeto un derecho real sobre un bien inmueble. Deducir, a partir de esta previsión, que el Convenio está negando la posibilidad de aplicar este criterio a los contratos internacionales de ingeniería parece excesivo. La doctrina apunta que debe aclararse que la elección del criterio de ley aplicable del lugar de situación de la obra no se obtiene por la vía del artículo 4.3 del Convenio, esto es, cuando se refiere a cuestiones de régimen de bienes inmuebles para el que elige expresamente el criterio del lugar de situación de los bienes inmuebles. Vid. BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato*, 1999, Padova, Cedam, pp. 669 y ss.

<sup>1052</sup> Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 149 y GIULIANO, M. y JENARD, P.: *Informe relativo al Convenio...*, *cit.*, p. 20.

se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

A tal efecto, el Texto convencional orienta al operador jurídico en la selección de esta ley más estrechamente vinculada a través del establecimiento de una serie de presunciones. Los contratos internacionales de ingeniería se ubican en el ámbito de aplicación general del art. 4.2, habida cuenta de que las presunciones especiales relativas al contrato de transporte de mercancías (art. 4.4) y a aquéllos que afectan a bienes inmuebles (art. 4.3) no son operativas en los contratos de construcción. El art. 4.2 del Convenio establece una presunción general en aras a la concreción de la ley del país con el que el contrato presenta sus vínculos más estrechos. En este precepto se considera que esta ley se corresponde con el lugar en el que la parte que realiza la prestación característica tiene, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual y si se trata de una persona jurídica, su administración central<sup>1053</sup>.

La aplicación de este art. 4.2 respecto de los contratos internacionales de ingeniería plantea, genéricamente, una doble problemática. (1) La primera, relativa a la identificación de cuál es la prestación característica del contrato. (2) Y la segunda, una vez identificada esta prestación, debemos decidir cuál es la sede que debe tomarse como referencia en caso de que el contratista opere, no a través de su administración central, sino a través de un establecimiento distinto.

Hemos visto cómo el art. 4.2 del Convenio introduce la noción de *prestación característica* en orden a la determinación del Derecho estatal aplicable<sup>1054</sup>. En principio, todo contrato tiene una prestación característica

---

<sup>1053</sup> Conexiones previsibles, *vid.*, LIPSTEIN, K.: “Characteristic Performance: a New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC”, *Nw. J. Int. L. Bus.*, 1981, pp. 402-414, VIRGÓS SORIANO, M.: “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, en pp. 5295-5296.

<sup>1054</sup> En relación a las ventajas de la prestación característica como criterio de Derecho aplicable, GIULIANO, M. y JENARD, P.: *Informe relativo al Convenio...*, *cit.*, p. 20, VILLANI,

que lo distingue de los demás. En el caso de las obligaciones sinalagmáticas, su determinación resulta escasamente dificultosa cuando una de las partes tiene como obligación el pago de una obligación pecuniaria. Y ello porque se excluye ésta como prestación característica por no constituirse como verdadero elemento diferenciador con respecto a otros contratos (tal es el caso claro del contrato de compraventa, por ejemplo). Pero hay otros contratos en los que la identificación de la prestación característica resulta más dificultosa. Serían todos aquéllos en los que existe una pluralidad de prestaciones entre ambos contratantes fruto de la complejidad del contrato<sup>1055</sup>. En este último grupo se ubicarían los contratos internacionales de ingeniería, como contratos complejos que son.

En este caso, aunque se ha llegado a considerar el sistema fundamentado en la prestación característica como un método poco apropiado para la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería<sup>1056</sup>, lo cierto es que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que la existencia de una prestación individualizadora en este tipo de contratos: ésta sería la proyección, realización y ejecución de la obra<sup>1057</sup>. Esta obligación corresponde a la persona del contratista, de modo que, en el caso de los contratos internacionales de ingeniería, el art. 4.2 del Convenio conduce a la aplicación de la ley de la sede del establecimiento del contratista<sup>1058</sup>.

---

U.: "Aspetti problematici della...", *cit.*, pp. 518-519 y VIRGÓS SORIANO, M.: "Art. 10.5 C.c.", *Comentarios al Código...cit.*, p. 664.

<sup>1055</sup> *Vid.* COLLINS, L.: "Practical implications in England of the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations" en *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a comparative survey*, NORTH, P.H. (ed.), Amsterdam-New York-Oxford, 1982, pp. 205-219, en pp. 208-209, BORGIOLI, A.: "La Convenzione di Roma...", *cit.*, p. 164, VANDER ELST, R.: "L'unification des règles de conflit de lois dans la CEE", *Journ. Trib.*, 1973, pp. 249-254, en p. 251.

<sup>1056</sup> *Vid.* SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 911.

<sup>1057</sup> *Vid.* VILLANI, U.: "Aspetti problematici della...", *cit.*, p. 529 y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Contratos internacionales sobre...*, *cit.*, p. 297.

<sup>1058</sup> *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M.: "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción de basada en la prestación característica del contrato" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas,

Esta circunstancia supone que, a falta de elección de ley en este tipo de contratos, el contratista que realiza la obra en el extranjero y que pertenece a un Estado vinculado por el Convenio de Roma, siempre cuenta en el ámbito de su ordenamiento jurídico con la aplicación de su propio Derecho, salvo que desee evitarlo con una cláusula contractual de elección de ley rectora<sup>1059</sup>.

Ahora bien, una vez identificada la prestación característica, debemos decidir cuál es la sede de referencia en caso de que el contratista no opere a través de su administración principal. Tal y como se puntualiza en el artículo 4.2 *in fine* del Convenio, si “el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que está situado este otro establecimiento”.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, habitualmente, la prestación característica en los contratos internacionales de ingeniería se realiza por sociedades de ingeniería en el ejercicio de su actividad profesional. Si es así, en el caso de que sea una ingeniería con varios establecimientos, no se presume como ley aplicable aquélla del establecimiento principal, sino la ley del establecimiento que realiza la prestación. Esta solución favorece “la *vis atractiva* de la ley de la empresa que despliega una actividad transnacional y se localiza económicamente en un solo Estado (el de la sede) respecto de la pluralidad de contratos por ella

---

Madrid, 1996, pp. 5289-5309, VISCHER, F.: “The principle of typical performance in international contracts and the Draft Convention” en LIPSTEIN, K. (ed.): *The harmonisation of private international law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30. En la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457), el Tribunal alemán consideró la aplicación de la ley del establecimiento del contratista seleccionada a través del art. 4.2 del Convenio (contrato de construcción de un centro comercial en Alemania que debía realizar una empresa italiana).

<sup>1059</sup> *Vid.* FALLON, M.: “Rapport belge...”, *cit.*, p. 241.

celebrados en o con empresas de otros Estados”<sup>1060</sup>.

### **C.- La ley del lugar de ejecución de la obra contratada: el juego del art. 4.5 del Convenio de Roma**

#### *a.- Las razones justificativas de su consideración en los contratos internacionales de ingeniería*

Los contratos internacionales de ingeniería se hallan vinculados, además de con la ley del establecimiento principal del contratista, con la ley del lugar de ejecución de las obras<sup>1061</sup>.

No puede negarse esta realidad: gran parte de las prestaciones a realizar se ejecutan en el lugar de la sede de la construcción,

---

<sup>1060</sup> Vid. VAN HOUTTE, H.: “International subcontracting”, I.C.L.Q., 1991, p. 311 y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.-CALVO CARAVACA, A.L.: *Derecho mercantil internacional*, cit., p. 543 y GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 543.

<sup>1061</sup> La práctica demuestra una clara tendencia por el criterio de la ley del lugar de ejecución de la obra, criterio que se ha llegado a calificar como tradicional en los contratos internacionales de ingeniería comercial. Vid. WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, cit., p. 147. El lugar de ejecución de un contrato es un criterio a tener en cuenta siempre; sobre ello, vid. CARRILLO POZO, L.F.: *El contrato internacional...* cit., p. 153. En cualquier caso, la escasa jurisprudencia relativa al contrato de construcción considera la ley del lugar de ejecución de la obra como una opción importante. Así lo hace la Sent. BGH alemán, de 25 de febrero de 1999, *RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457; o la STJCE, de 26 de noviembre de 1985, As. C-318/81, *Comisión c. Codemi S.p.A.* (Rec., 1985, p. 3693), sobre un contrato de construcción en Italia de dos edificios, en la que el Tribunal ponderó la relevancia del lugar de ejecución a efectos de la aplicación del Derecho italiano. Vid., también, Sent. Trib. de París de 22 de noviembre de 1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 585, con nota de Ph. KAHN), Sent. Cour Cass. francesa, de 26 de noviembre de 1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 355); y Sent. Cour Cass. francesa de 15 de junio de 1982 (*Journ. dr. int.*, 1983, p. 602, con nota de Ph. KAHN; *Bull. civ.*, I, p. 191). En esta última, por ejemplo, se aplica al contrato de arquitectura entre cliente y contratista de nacionalidad diferente la ley del Estado de la ejecución de la obra proyectada.

desvinculándose en cierta medida de la ley del lugar de residencia o establecimiento del constructor. La concreción de estos vínculos ha hecho que, en la práctica, se haya considerado la posibilidad de adoptar la ley del lugar de ejecución de la obra como régimen regulador del contrato en detrimento de la ley donde se ubica la sede del establecimiento de la parte que proyecta la ingeniería<sup>1062</sup>.

Es indudable que la aplicación de la ley del lugar de realización de la obra presenta algunas ventajas.

(1) Por un lado, la ley del lugar de ejecución de las obras presenta un importante grado de conexión con el contrato debido a su relación con aspectos directamente vinculados a la relación contractual, a saber, la subcontratación del personal local, el carácter público del contrato y los procedimientos de licitación, así como a aquellos aspectos ligados directamente al cumplimiento del contrato (art. 10.2 Convenio de Roma, por ejemplo, en su previsión de considerar la aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato a efectos de su cumplimiento), como lugar donde se realizan las obligaciones del contrato, la *lex loci solutionis*<sup>1063</sup>.

(2) Por otro, debe pensarse que, aplicando la ley del lugar de ejecución de las obras, se hace coincidir la ley aplicable al contrato con la del régimen aplicable a los derechos reales sobre el bien inmueble objeto de la construcción<sup>1064</sup>.

(3) Además, se produce una identidad con la ley a la que pertenecen las normas materiales imperativas de la ley del lugar de ejecución de la obra, muchas de ellas de carácter público, unificándose el régimen regulador del contrato de ingeniería al coincidir éstas con la *lex contractus* y disminuyendo

---

<sup>1062</sup> Vid. BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato*, cit., p. 671.

<sup>1063</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 182.

<sup>1064</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 906. Por contra, WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 145.

el riesgo de inseguridad jurídica que produce la posibilidad que ostenta el operador jurídico de tomar en consideración o no este tipo de normas. Los contratos internacionales de ingeniería comercial se hallan condicionados por las normas materiales imperativas del lugar en el que se desarrolla la obra. Como veremos, se trata de normas de Derecho administrativo, urbanístico y de seguridad, o las normas relativas a la responsabilidad del constructor, legislación estatal relativa a los mercados o la contratación pública, así como las disposiciones en materia de seguros<sup>1065</sup>.

Estas circunstancias demuestran la existencia de vínculos innegables con la ley del lugar de ejecución de la obra, coincidente o no con la ley del lugar de celebración del contrato. Tomar en consideración su posible aplicación en los contratos internacionales de ingeniería flexibiliza la labor del operador jurídico. De esta suerte, le permite vincular la relación jurídica con el ordenamiento más conectado con el caso concreto, sea éste el lugar del establecimiento del contratista, sea el lugar de ejecución de las obras.

Flexibilidad que, por otra parte, no choca con la previsibilidad de soluciones en materia de Derecho aplicable a este tipo de contratos, esto es, se ajusta a la idea de seguridad jurídica de contratista y cliente. En este sentido, se les permite adecuar sus comportamientos a aquellas normativas (en el caso, la ley del lugar de ejecución) que se hallan objetivamente vinculadas con el contrato, por tanto, previsibles<sup>1066</sup>.

*b.- La relevancia de la ley del lugar de ejecución de la obra contratada en los distintos instrumentos de determinación de la ley aplicable a los contratos*

---

<sup>1065</sup> Vid. BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato, cit.*, p. 671, GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 18 y SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 906.

<sup>1066</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 906 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 410.



*internacionales de ingeniería. La incidencia del art. 4.5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980*

Al igual que en el caso anterior relativo a la aplicación de la ley del establecimiento del contratista, a las razones expuestas debemos unirle el hecho de que los distintos instrumentos de determinación del Derecho aplicable a los contratos también consideran otra posibilidad. Y ésta consiste en señalar la ley del lugar de ejecución de las obras como normativa rectora del fondo del contrato internacional de ingeniería.

En este sentido, se trata de la opción mayoritaria en la doctrina alemana con anterioridad y posterioridad a la elaboración del Convenio de Roma<sup>1067</sup>, así como en la doctrina y jurisprudencia francesas que optan por el criterio del lugar de ejecución<sup>1068</sup>. Además, esta regla también ha sido adoptada por algunas legislaciones estatales de Derecho internacional privado, como el art. 26.2 de la Ley húngara de 1979, el art. 42 de la Ley austriaca de 1978, el art. 12.c de la Ley alemana de 1975, así como por la sección 196 del *Restatement of Conflict of Laws* americano de 1971<sup>1069</sup>.

Esta posibilidad de aplicación de la ley del lugar de situación de la obra ha sido, asimismo, considerada desde el punto de vista de la reglamentación del Convenio de Roma. Pese a la regla general del Convenio que remite a la

---

<sup>1067</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, pp. 144-145.

<sup>1068</sup> Incluso GLAVINIS, desde la perspectiva del Derecho francés y desde una visión post-Convenio de Roma de 1980, mantiene la posición de la ley del lugar de ejecución. Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 550, FOUCHARD, P.: "Rapport français...", *cit.*, p. 303, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 906 y RÉMERY, J.P.: "Remarques sur le conflit...", *cit.*, p. 258. En la jurisprudencia, *vid.* las Sentencias de la *Cour de Cassation* francesa de 10 de julio de 1990 y de 15 de junio de 1982, y la Sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 22 de noviembre de 1980.

<sup>1069</sup> Vid. SCOLES y HAY: *Conflict of Laws*, St. Paul, Minnesota, 1982, p. 678, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 907 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 411. Por ejemplo, como decíamos, el art. 26.2 de la Ley húngara de 1979 o el art. 42 de la Ley austriaca de 1978 establecen para los contratos de construcción la aplicación de la ley del lugar donde se desarrollen los trabajos.



ley del establecimiento del contratista (art. 4.2), la práctica demuestra que, en aplicación del Convenio, se tiende a valorar la ley del lugar de realización de la obra como posible ley más vinculada al contrato<sup>1070</sup>.

Y es que el objetivo del Convenio es, precisamente, determinar como aplicable la ley con la que el contrato se encuentre más vinculado. Y la presunción general de aplicación de la ley del establecimiento del contratista establecida en el art. 4.2 del Convenio puede conducir a la aplicación de una normativa que, en el caso concreto, no coincida con la ley más estrechamente vinculada. Por ello, el art. 4.5 del Convenio establece la posibilidad de desviarse de la presunción determinada en el art. 4.2 del Convenio a fin de aplicar aquella otra ley con la que el contrato se halle más vinculado. Como una cláusula de excepción del sistema, determina que “no se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando del conjunto de circunstancias resulte que el contrato presenta vínculos más estrechos con la ley de otro país”<sup>1071</sup>.

Se cubren así dos hipótesis: (1) la primera, que consiste en que aplicación de la ley más estrechamente vinculada cuando la prestación característica no pueda ser determinada (casos en los que no existe una

---

<sup>1070</sup> Vid. O'REILLY, M., P.: *Principles of Construction Law*, London, Longman, 1993, p. 290. Considerando la ley del lugar de ejecución de la obra como una opción a valorar a efectos de determinación de la ley rectora del fondo de un contrato internacional de ingeniería, *vid.*, la Sent. BGH alemán, de 25 de febrero de 1999, *RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457, Sent. Cour Cass. francesa, de 26 de noviembre de 1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 355) o la Sent. Trib. de París, de 22 de septiembre de 1980 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1982, p. 743). También, la Sent. Cour Cass. francesa, de 15 de junio de 1982 (*Journ. dr. int.*, 1983, p. 602, con nota de Ph. KAHN), en la que, en ausencia de Derecho elegido por las partes, una sociedad francesa y un arquitecto alemán, se estima la aplicación del Derecho francés como ley del lugar de ejecución de la obra (en vez del Derecho alemán) para regular el contrato de construcción de un inmueble en Córcega.

<sup>1071</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, *cit.*, p. 149, VIRGÓS SORIANO, M.: “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos...”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, *cit.*, pp. 5289-5309, BARATTA: *Il collegamento piú stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991, DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Génève, 1983, p. 46 y FOUCHARD, P.: “La responsabilité des constructeurs en droit international privé”, *Rapport français...*, *cit.*, p. 10.

obligación de pago: permuta, por ejemplo; o en los que ambos contratantes deben realizar un pago: préstamo, por ejemplo). (2) Y la segunda, que es el caso que nos ocupa (habíamos concluido en la existencia de una prestación característica en los contratos de ingeniería), que estima otra posibilidad. Posibilidad consistente en que, aun siendo determinable la prestación característica, si del conjunto de las circunstancias puede deducirse que el contrato presenta sus vínculos más estrechos con otra ley, se aplicará finalmente esta última ley<sup>1072</sup>.

Por lo que a los contratos internacionales de ingeniería se refiere, esta ley más estrechamente vinculada, aplicable tras excluir la presunción, suele coincidir con la ley del lugar de ejecución de las obras. En este sentido se pronuncia P. LAGARDE cuando afirma que “el contrato de construcción queda sometido a la presunción del artículo 4.2, pero podrá regirse, por el juego de la cláusula de excepción del párrafo 5, por la ley del lugar de situación”<sup>1073</sup>. O, dicho de otro modo, se afirma que no siempre en los contratos internacionales de construcción “los vínculos más estrechos se establecen con la ley del lugar en el que reside la parte que realiza la prestación característica, sino con la ley del lugar donde se realiza la prestación característica”<sup>1074</sup>.

En efecto, la aplicación estricta del principio de la presunción del art. 4.2 del Convenio para la determinación del Derecho aplicable ha sido criticada respecto de los contratos de ingeniería porque no siempre es el criterio idóneo para localizar el elemento determinante que designe la ley

---

<sup>1072</sup> Vid. BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato*, cit., p. 670. Existen contratos complejos en los que resulta difícil decidir cuál es la prestación característica. Vid., sobre esto, GAUDEMET-TALLON, H.: “Le nouveau droit international privé...”, cit., p. 249, COLLINS, L.: “Practical implications in...”, cit., pp. 205-219, pp. 208-209.

<sup>1073</sup> Vid. LAGARDE, P.: “Le nouveau droit international...”, cit., p. 312. También, FOUCHARD, P.: “Rapport français...”, cit., p. 25.

<sup>1074</sup> Vid. FOUCHARD, P.: “Rapport français...”, cit., p. 306, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 542 y RÉMERY, J.P.: “Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d’immeuble”, *Dalloz*, 1985, p. 255.

con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos<sup>1075</sup>, lo que alteraría la *ratio* del Convenio<sup>1076</sup>. De ahí que, dado que el carácter de la presunción del art. 4.2 del Convenio sea *iuris tantum*<sup>1077</sup>, se procedería a la aplicación de la ley del lugar de ejecución de la obra como criterio excepcional si del conjunto de circunstancias se deduce que es esta última la ley más estrechamente vinculada con el contrato (art. 4.5)<sup>1078</sup>.

En cualquier caso, como acaba de decirse, la aplicación del art. 4.5 del Convenio y, con ello, de la ley del lugar de ejecución de la obra, es excepcional, lo que significa que aunque siempre exista esta sujeción a las leyes del lugar de ejecución, no debe pensarse que necesariamente y en todo caso debe considerarse esta ley como la *proper law* del contrato.

Así se observa en la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999, respecto de un contrato de construcción de un centro comercial en Alemania a cargo de una empresa italiana, donde se excluye expresamente que la ley del lugar de ejecución de la obra constituya la regla general respecto de los contratos de construcción internacionales<sup>1079</sup>. Refuerza así la consideración excepcional del art. 4.5 del Convenio para aplicar la ley del lugar de ejecución en detrimento de la ley determinada según la regla general del art. 4.2 del Convenio.

En consecuencia, ello obliga a decidir, caso por caso, cuando puede recurrirse a la excepción del art. 4.5 del Convenio para aplicar la ley del lugar de ejecución de las obras en detrimento de la ley de la sede del

---

<sup>1075</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 149.

<sup>1076</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 910.

<sup>1077</sup> Vid. FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale..., *cit.*, p. 30.

<sup>1078</sup> Vid. LAGARDE, P.: "Le nouveau droit...", *cit.*, p. 311, precisamente en relación con los contratos de construcción. Con más dudas, MAGAGNI, M.: *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989, p. 480.

<sup>1079</sup> Vid., la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457).

establecimiento del contratista<sup>1080</sup>.

Tal es así, por ejemplo, en aquellos contratos de ingeniería en los que el cliente se involucra en la ejecución de la obra aportando el personal local o los materiales, el lugar de ejecución o la energía eléctrica<sup>1081</sup>. En este caso, tal vez sería interesante considerar la aplicación de la ley del lugar de ejecución ya que la ley del establecimiento del contratista podría no presentarse como la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

Lo mismo podría suceder en aquellos supuestos en los que el establecimiento del contratista se halle en el lugar de ejecución de la obra (donde coincidirían lugar seleccionado a través de la prestación característica y el lugar de ejecución). Esta posibilidad puede materializarse en la mayor parte de los casos ya que, estadísticamente, es muy habitual que las partes involucradas en la construcción formen una *joint-venture* cuyo establecimiento principal se localice en el lugar de ejecución de la obra, coincidente, asimismo, en muchas ocasiones, con el lugar de la sede del cliente<sup>1082</sup>.

Igual consideración podría deducirse respecto de los contratos de ingeniería consultora y los de ingeniería comercial (esto es, dependiendo de si se incluye la prestación de la construcción de la obra o no). La aplicación

---

<sup>1080</sup> La prestación característica se identifica respecto de los contratos de ingeniería en general, como categoría abstracta, y no sobre cada tipo concreto de contrato. Por ello, el art. 4.5 del Convenio es el artículo apropiado para aplicar el ordenamiento más vinculado cuando efectivamente éste no coincida con la ley del establecimiento del contratista. Sobre la prestación característica tomada sobre el contrato en general, *vid.*, GIULIANO, M. y JENARD, P.: *Informe relativo al Convenio...*, *cit.*, p. 20, VILLANI, U.: "Aspetti problematici...", *cit.*, pp. 518-519 y VIRGÓS SORIANO, M.: "Art. 10.5 C.c.", en *Comentarios al Código...*, *cit.*, p. 664.

<sup>1081</sup> *Vid.* SARAVALLE, A.: "Rapport italien...", *cit.*, p. 330. Así se ha llegado a considerar por cierto sector doctrinal respecto de los contratos de construcción *llave en mano*, dado que el adquirente debe proveer de materia prima al contratista, de fuentes energéticas o de personal trabajador. Sobre ello, *vid.* VISCHER, F.: "The principle of the typical performance in international contracts and the draft convention", en LIPSTEIN, K. (ed.): *Harmonisation of private international law by the E.E.C.*, 1978, p. 29.

<sup>1082</sup> *Vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. .

de los criterios del Convenio de Roma a los contratos de ingeniería comercial, que incluyen la construcción, podrían llevar a la aplicación, a falta de elección, de la ley del lugar de ejecución de la obra. Mientras que para los contratos de ingeniería consultora, la ley aplicable al contrato sería la del lugar donde se sitúe la sede principal de la sociedad de ingeniería. El ingeniero representa al cliente y si bien los trabajos de gestión, administración y supervisión se realizan en la sede de la obra, su trabajo de diseño y concepción de planos se realiza en un lugar diferente al de la obra<sup>1083</sup>.

Esta solución nos lleva a plantearnos qué ocurriría cuando en un mismo contrato se incluyen las prestaciones de consultoría y de ejecución. Una primera opción podría ser regir idénticas prestaciones por leyes diferentes, y a valorar la idoneidad de separar prestaciones, y por ende, contratos, en busca de una solución de Derecho aplicable más conveniente (por ejemplo, si los servicios de consultoría se establecen en un contrato por separado, que se regirían por una ley distinta), aunque también es posible tratar de identificar una única ley aplicable a las distintas prestaciones, a través de art. 4.5 del Convenio y la aplicación de la ley del lugar de ejecución.

En suma, es cierto que el sistema del Convenio de Roma no deja de ser un sistema abierto, es decir, que según el Tribunal que conozca se puede llegar a una solución u otra, con el problema de seguridad jurídica que esta circunstancia puede crear a las partes<sup>1084</sup>. No obstante, es un sistema que se

---

<sup>1083</sup> Vid. TIEDER, J. B.: "The Globalisation of...", *cit.*, p. 574. Suficientemente ilustrativa de esta posibilidad, aunque no en aplicación del Convenio de Roma, sería la Sent. Trib. Apel. de Beirut de 4 de julio de 1967 (*Journ. dr. int.*, 1972, p. 92). En ella, el Tribunal aplica el Derecho libanés respecto de un contrato de arquitectura entre un maestro de obras libanés y un arquitecto italiano para la elaboración de los planos de construcción de un hotel en Arabia Saudita. Como quiera que cliente y arquitecto realizaban las labores propias de sus obligaciones en territorio libanés, el Tribunal consideró la aplicación de este ordenamiento jurídico. Tal vez, de desarrollar el arquitecto italiano la labor de planificación y elaboración de los planos en Arabia Saudita, el Tribunal habría considerado la aplicación del Derecho de este último Estado (al respecto, *vid.*, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, pp. 541-542).

<sup>1084</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, *cit.*, p. 144. En realidad se trata de un sistema flexible que da un margen de discrecionalidad al juez en la

adecua a los intereses y circunstancia de un contrato complejo como es el de ingeniería ya que opta por la flexibilidad frente a la rigidez (principio de proximidad vinculado a la idea de seguridad jurídica y la previsibilidad de soluciones).

Desde luego, la opción de la prestación característica da respuesta a muchas de las necesidades propias del comercio internacional, pero no es una *fórmula mágica* que solucione todos los problemas<sup>1085</sup>. De ahí que la posibilidad de establecer un sistema flexible a partir de las normas del Convenio que combine la ley del establecimiento del contratista, como regla general, con la ley de situación de la obra, como excepción, se presenta como una opción válida acorde con la gran variedad de tipos contractuales con que cuentan los contratos internacionales de ingeniería<sup>1086</sup>.

---

determinación de la ley aplicable al contrato. Si bien esta flexibilidad se combina con una serie de presunciones generales y especiales. Frente al carácter abierto de la solución, debe señalarse el inconveniente de la falta de previsibilidad para las partes del derecho aplicable a su contrato a falta de elección que afecta al principio de seguridad jurídica. Así, ciertos autores, después de valorar las distintas opciones en materia de ley aplicable: la *lex rei sitae*, la ley del exportador-constructor, y su combinación, llegan a la conclusión de que, a falta de elección expresa de las partes, la solución de derecho aplicable es, más bien, "incierto". Vid. ARNOTT, J. M.: "Preparing the construction contract - important contract clauses", *ICLR*, abril 1999, p. 216.

<sup>1085</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 143.

<sup>1086</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 158.

### **3.- Fraccionamiento del régimen regulador del contrato internacional de ingeniería en defecto de ley estatal elegida**

#### **A.- Aspectos generales: la ley aplicable a las obligaciones principales y a las relaciones complementarias (subcontratación y al grupo de empresas)**

En el epígrafe correspondiente a la autonomía de la voluntad, hemos visto cómo era posible que las partes seleccionasen leyes estatales diferentes para regular las distintas partes que componen el contrato internacional de ingeniería. En la parte que ahora nos ocupa, que es la relativa a la determinación de la ley estatal aplicable en defecto de pacto, también puede considerarse la posibilidad de fraccionar judicialmente el régimen aplicable al contrato, avalada, por ejemplo, por el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980<sup>1087</sup>.

La diferencia respecto de lo que llamamos en su momento el fraccionamiento voluntario del contrato radica en que, en este caso, ya no son las partes, contratista y cliente, las que lo deciden, sino que es la autoridad encargada de resolver la controversia quien estima conveniente realizar esta operación<sup>1088</sup>. Al igual que antes, este proceder es habitual en un contrato como el de ingeniería en el que existen partes separables dada la naturaleza compleja de las relaciones que lo componen<sup>1089</sup>.

En este sentido, habíamos distinguido entre las diferentes relaciones jurídicas que confluyen en los contratos internacionales de ingeniería<sup>1090</sup>. Por

---

<sup>1087</sup> *Vid.* el artículo 4.1 del Convenio de Roma que reconoce esta posibilidad con carácter excepcional.

<sup>1088</sup> VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales...", *cit.*, p. 152.

<sup>1089</sup> *Vid.*, en general, CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1995.

<sup>1090</sup> *Vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 534.

un lado, la relación jurídica principal del contrato, que es la que une al cliente y al contratista y que tiene como objetivo la proyección y eventual ejecución de la obra de ingeniería, apoyada en una serie de relaciones jurídicas de carácter accesorio al contrato. Por otro, no debemos olvidar la posibilidad de relaciones secundarias o complementarias entre las que se hallan la subcontratación o los acuerdos de colaboración interempresarial.

### **B.- Obligaciones principales y accesorias en el contrato internacional de ingeniería: posible fraccionamiento judicial**

Habíamos visto cómo el contrato internacional de ingeniería, si bien mantiene una identidad de causa<sup>1091</sup>, conforma un tipo contractual complejo compuesto por un número importante de prestaciones, más o menos separables. Respecto de la totalidad de estas prestaciones complejas que componen el contrato de ingeniería, podría considerarse la presunción a favor de su regulación conjunta. De esta suerte, los contratos accesorios podrían regirse por la misma ley que regula el contrato principal. Y esta ley, como hemos referido en su momento, sería, bien la del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución de la obra, o bien aquélla coincidente con la sede del establecimiento principal del que realiza la obra encargada, a salvo cualquier ley más estrechamente vinculada (art. 4 del Convenio de Roma).

Estamos hablando de los denominados contratos conexos, como, por ejemplo, los contratos *llave en mano* de contenido amplio o los relativos a las garantías personales (salvo las garantías bancarias que no se rigen por la ley del contrato principal sino por la del banco)<sup>1092</sup>. De acuerdo con lo

---

<sup>1091</sup> Vid. CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, cit., p. 128.

<sup>1092</sup> Vid. SALEM, M.-SANSON, T.-HERMITE, M.: *Les contrats cle en main et les contrats produit en main*, Paris, 1979.



expuesto, si la relación principal se rige, por ejemplo, por la ley del lugar de realización o ejecución de las obras, puede resultar conveniente que las relaciones accesorias se regulen por esta misma ley, en virtud de la regla *accessorium sequitur principale*<sup>1093</sup>. Ello supondría que, en materia de garantías, por ejemplo, deje de ser ley rectora del contrato de garantía la coincidente con el lugar de residencia o establecimiento del garante, para ser la ley que regula las obligaciones principales del contrato de ingeniería<sup>1094</sup>.

La aplicación a los contratos conexos de la misma ley que se aplica al contrato principal podría ser una opción conveniente y no descartable, ya que todas estas prestaciones se hallan estrechamente vinculadas<sup>1095</sup>.

No obstante, ello no impide, que es el caso que estamos viendo, que, en virtud de su grado de separabilidad, se regulen por una ley estatal distinta a la del contrato principal (fragmentación). Esta ley vendría también determinada por las soluciones generales antes expuestas. Por ejemplo, art. 4 del Convenio de Roma, de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

El riesgo que existe, más alto en este caso dada la conexión estrecha entre todas estas prestaciones, contrato principal y contratos conexos, es la

---

<sup>1093</sup> Vid. FOUCHARD, P.: "Rapport français...", *cit.*, p. 304. Algunas de las prestaciones accesorias están orientadas hacia la finalidad última del contrato de ingeniería, *vid.*, CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di...*, *cit.*, pp. 78-81, lo que podría reforzar esta postura de aplicación de la misma ley que regula el contrato principal.

<sup>1094</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 182. En la cláusula 20 del modelo de contrato "llave en mano", figuran como accesorios a los contratos de ingeniería firmados para construir plantas industriales las licencias de derechos de propiedad industrial y de *know-how* (*vid.*, E.I.C. *Turnkey Contract Standard Form, Dir. comm. int.*, 1992, pp. 263-285, en pp. 281-282).

<sup>1095</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Contratos internacionales sobre...*, *cit.*, p. 296. Este autor afirma que el contrato de ingeniería, aunque complejo, es único, a pesar de abarcar un número de prestaciones importante, con lo que sugiere la aplicación de una única ley (en relación con las obligaciones sobre propiedad industrial y *know-how* y su carácter accesorio). En la jurisprudencia, por ejemplo, *Leo Harmonay Inc. v. Binks Mfg. Co* (597 F. Supp. 1014, S.D.N.Y., 1984), respecto de una demanda por resarcimiento surgida en el marco de un subcontrato de concesión.

posible inadaptación de soluciones que puede producirse (el riesgo deja de existir, lógicamente, si optamos por aplicar a los contratos conexos la misma ley que se aplica al contrato principal). La posible inadaptación podría resolverse descartando la fragmentación y aplicando una misma ley al conjunto de prestaciones, en atención a que lo accesorio sigue a lo principal, o bien admitiendo que sea la propia autoridad competente la que trate de armonizar las diferentes respuestas de las distintas leyes estatales aplicables<sup>1096</sup>.

### **C.- Obligaciones principales y relaciones secundarias o complementarias respecto del contrato internacional de ingeniería**

#### *a.- El grupo de empresas*

Debe tenerse en cuenta, como hemos visto, que, paralelamente al contrato internacional de ingeniería, pueden desarrollarse otros contratos que lo complementan o secundan. Así es, fundamentalmente, respecto de los contratos de seguros, contratos de venta de materiales y maquinaria, asistencia técnica, formación de personal, contratos de transferencia de derechos de propiedad industrial, los grupos de empresas o la subcontratación<sup>1097</sup>.

Pues bien, se ha considerado que el grado de independencia respecto del contrato internacional de ingeniería de algunos de estos tipos de

---

<sup>1096</sup> CARRILLO POZO, L.F.: *El contrato internacional...*, cit., pp. 171-180.

<sup>1097</sup> *Vid.*, sobre estos tipos de relaciones surgidas al hilo de la complejidad del contrato internacional de ingeniería, GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", cit., p. 182, DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Contratos internacionales sobre...*, cit., p. 296 y LAGARDE, P.: "Le nouveau droit international...", cit., p. 307.

relaciones complementarias es mucho más amplio que en el supuesto de las prestaciones accesorias. A efectos de la determinación de su régimen aplicable, la vinculación con la ley estatal reguladora de la relación principal es menor, de modo que, desde nuestro punto de vista, debería tomarse en cuenta la posibilidad de tratarlas de una manera más independiente<sup>1098</sup>.

Ello supondría, en términos de designación de ley aplicable, que en materia de contratos de seguros, por ejemplo, se considere la remisión a la ley del lugar en el que se encuentra el establecimiento de la entidad aseguradora en detrimento de la ley reguladora del contrato de construcción. También implicaría que, en materia de formación de personal, se considere la aplicación de la ley de la sede del constructor, coincidente en muchos casos con la ley del lugar de ejecución de las obras, en lugar del ordenamiento jurídico donde se halle el establecimiento del contratista<sup>1099</sup>.

Aunque nos hemos referido previamente a una serie de tipos contractuales complementarios de las relaciones de ingeniería, cierta atención merecen los problemas de selección de ley aplicable respecto de los grupos de empresas y la subcontratación. Y ello porque son supuestos habituales que conforman concretas relaciones complementarias al contrato de construcción.

Por lo que respecta al Derecho aplicable al grupo de empresas que lleva a cabo la obra, en estos casos, a falta de elección de ley estatal por las partes, podría ser aplicada la ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos de acuerdo con las circunstancias del caso concreto (lugar de ejecución de la obra proyectada, partes, sede del grupo de empresas)<sup>1100</sup>,

---

<sup>1098</sup> Vid., sobre el grado de dependencia o independencia respecto del contrato internacional de ingeniería, condicionante de las posibilidades de fragmentación en sentido estricto o de tratamiento independiente de cada tipo contractual concreto, DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Contratos internacionales sobre...*, cit., p. 296, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 913 y LAGARDE, P.: "Le nouveau droit international...", cit., p. 307.

<sup>1099</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", cit., p. 182 y BALLARINO, T.: "La responsabilité des constructeurs...", cit., p. 11.

<sup>1100</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., pp. 531-532.

sobre todo cuando la prestación característica no sea determinable (art. 4.5 del Convenio de Roma, por ejemplo). En este sentido, no es descartable que, cuando las partes involucradas en el grupo ostentan la misma nacionalidad, el criterio elegido para la determinación del Derecho aplicable sea el de la ley nacional común<sup>1101</sup>. Con todo, suele ser bastante habitual que las entidades que forman el grupo no disfruten de la misma nacionalidad, con lo que la opción puede inclinarse hacia la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato de colaboración empresarial.

#### *b.- La subcontratación*

Respecto a las cuestiones relativas a la subcontratación, varias son las opciones de ley aplicable, siempre que no consideremos las relaciones de subcontratación como relaciones accesorias de la principal, respecto de las cuales debe considerarse la posibilidad de aplicar la ley de esta última (art. 4 del Convenio de Roma)<sup>1102</sup>.

Dado que el contratista suele subcontratar con partes que pertenecen a su misma nacionalidad, el criterio elegido para la determinación del Derecho aplicable suele ser el de la nacionalidad común del contratista y el subcontratista, ordenamiento jurídico perfectamente previsible para ambas

---

<sup>1101</sup> Vid. la Sent. Trib. de Rabat, de 17 de mayo de 1930 (*Journ. dr. int.*, 1931, p. 672), en la que el Tribunal aplicó el ordenamiento de la nacionalidad común para regular un contrato de construcción de un inmueble en Marruecos entre un maestro de obras francés, y un arquitecto y un contratista también franceses.

<sup>1102</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 920. Una decisión en la que la empresa constructora italiana contratada para la creación de un centro comercial en Alemania parece contratar a su vez con una empresa constructora alemana para ciertos trabajos, es la Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457). Asimismo, un supuesto en el que el Tribunal considera la aplicación al subcontrato de la misma ley reguladora del contrato de construcción, es el caso *Leo Harmonay Inc. v. Binks Mfg. Co* (597 F. Supp. 1014, S.D.N.Y., 1984).

partes contratantes<sup>1103</sup>. No obstante, en aquellos casos en los que las partes no tengan la misma nacionalidad o que el subcontratista pertenezca y realice la prestación en el lugar de ejecución de las obras, la aplicación de la ley local no debe descartarse<sup>1104</sup>.

#### **4.- Perspectiva arbitral respecto de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto**

##### **A.- Aspectos generales: Los criterios de selección del Derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto**

Cuando cliente y contratista no han ejercido su autonomía de la voluntad conflictual a favor de la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico y han sometido las eventuales controversias que puedan surgir de su contrato internacional de ingeniería a un órgano arbitral, habitualmente, a la CCI, corresponde a los referidos Tribunales arbitrales determinar cuál es la

---

<sup>1103</sup> Vid. VAN HOUTTE, H.: "International Subcontractig", *ICLR*, 1991, p. 311. En la jurisprudencia, *vid.*, la Sent. Trib. de Paris, de 22 de septiembre de 1980 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1982, p. 743), que considerará la nacionalidad común de las partes como criterio de vinculación suficiente en este ámbito También, la Sent. Cour Cass. francesa, de 24 de enero de 1984 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1985, p. 89, con nota de P. LAGARDE). En ésta, las sociedades francesas Thinet y Dumez habían constituido un consorcio para realizar un proyecto de construcción en Arabia Saudita. Además, subcontrataron una parte de los trabajos a una sociedad saudita que, a su vez, subcontrató con otra empresa francesa, la sociedad Roque. El Tribunal, con base en la idea de la nacionalidad común de las empresas principales y la finalmente subcontratada, aplicó el Derecho francés.

<sup>1104</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Rapport italien...", *cit.*, p. 331, BISMUTH, J.L.: "Le contrat international de sous-traitance", *Revue des affaires int.*, 1986, p. 575 y LAGARDE, P.: "La sous-traitance en droit international privé", *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 189. En la jurisprudencia, se planteó esta posibilidad en la Sent. Cour Cass. francesa, de 7 de junio de 1977 (*Bull. civ.*, 1978, p. 211). Se consideró la posible aplicación del Derecho francés a un contrato de abastecimiento de materiales celebrado entre una sociedad italiana, suministradora, y una sociedad francesa, contratista, ya que estos materiales deberían ser instalados en Francia.

ley estatal aplicable al fondo de asunto<sup>1105</sup>.

Con carácter general, no existe unanimidad a la hora de decidir cuáles son los cauces adecuados para responder a esta cuestión<sup>1106</sup>. En vista de que los árbitros no están vinculados por ningún ordenamiento jurídico estatal, la alternativa pasaría por recurrir directamente a la técnica de las normas materiales especiales de origen transnacional para regular el fondo de la controversia. En lo que ahora interesa, que son los contratos internacionales de ingeniería, ello supondría que el Tribunal arbitral aplicaría el *ius ingeniorum* a tal efecto y lo haría en todo caso, esto es, aun cuando cliente y contratista no hayan seleccionado la *lex mercatoria* para regular sus relaciones jurídicas.

La razón justificativa de recurrir directamente a las disposiciones del *ius ingeniorum* no sería otra que tratar de responder de manera más satisfactoria a las controversias que surgen de un contrato internacional como éste. De esta suerte, los ordenamientos jurídicos nacionales, al estar orientados hacia los supuestos de tráfico interno, no se ajustarían a la problemática concreta derivada de las relaciones de ingeniería cuando ésta despliega sus efectos en el ámbito internacional, de modo que sería más

---

<sup>1105</sup> Decidir por parte de los Tribunales arbitrales cuál es la ley aplicable al fondo del contrato internacional de ingeniería no sólo sería necesaria en defecto de pacto a favor de ley estatal o en ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad material, sino asimismo necesaria en aquellos casos en los que cliente y contratista decidieron someter sus controversias a la *lex ingeniorum*, ya que existen supuestos no cubiertos por los usos y costumbres de este sector del comercio internacional.

<sup>1106</sup> No entraremos en aquellas cuestiones generales relativas al arbitraje. Se parte, lógicamente, de la existencia de una cláusula de sumisión al arbitraje válida, aspecto éste para el que habrá que tenerse en cuenta la ley que regula la cláusula arbitral. Esta ley rige la validez de la misma cláusula arbitral, la competencia de los árbitros, las disputas sometidas a arbitraje, la validez formal del laudo y la obligación de las partes de someterse a arbitraje. Por otro, deberá tenerse en cuenta la ley que rige el procedimiento arbitral. Por ejemplo, la revocación del árbitro, las normas procedimentales que establecen los plazos, la vista oral y otras circunstancias del procedimiento. Sobre estas cuestiones, por todos, *vid.* DICEY-MORRIS: *The conflicts of laws*, Sweet and Maxwell, London, 2000, p. 575. En relación con los aspectos puramente procedimentales del arbitraje en la materia concreta de los contratos internacionales de construcción, resulta útil el referido *Rapport final sur l'arbitrage dans le domaine de la construction*, publicado en *Bull. CCI*, vol. 12-II, 2001, pp. 8-44.

adecuado atender a una normativa transnacional<sup>1107</sup>.

A ello contribuye la flexibilidad de las normas reguladoras del arbitraje comercial internacional. Así parece desprenderse, con carácter general, de lo dispuesto en el art. VII.1 del Convenio de Ginebra de 1961, cuando, en defecto de pacto, estima que el árbitro deberá tener en cuenta, en cualquier caso, los usos mercantiles internacionales. Asimismo, el art. 13.5 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, cuando establece que el Tribunal arbitral tendrá en cuenta los usos comerciales. Así como el art. 17 del mismo Reglamento (1998), cuando determina que, a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal arbitral aplicará “las *normas jurídicas* que considere apropiadas”<sup>1108</sup>.

Ahora bien, si esta alternativa puede ser saludable dado el carácter

---

<sup>1107</sup> Sobre esta opción, *vid.* los comentarios de GRIGERA NAÓN, H.: “Choice of law..., *cit.*, pp. 191 y 213, SARAVALLE, A.: “Conflitti di leggi..., *cit.*, p. 900, GÉLINAS, F.: “La jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale”, *Gaz. pal.*, 2000, pp. 1-20, JOLIVET, E.: “La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*”, *Gaz. pal.*, 2001, pp. 36-37 y GAILLARD, E.: “Transnational law: a legal system or a method of decision making”, *Arb. int.*, 2001, p. 59. También, *vid.* SCHNEIDER: International construction contracts, *cit.*, p. 278. Debe considerarse, asimismo, en esta búsqueda por parte del árbitro de una normativa reguladora del caso concreto ajustada a la internacionalidad del contrato de construcción, la aplicación de la doctrina del *tronco común*; al respecto, *vid.* RUBINO-SAMMARTANO: “Le tronc commun des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l’arbitre internationale)”, *Rev. arb.*, 1987, p. 133.

<sup>1108</sup> En la práctica arbitral, *vid.*, por ejemplo, el asunto CCI núm. 4023/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 950), que enfrenta a una entidad pública siria y a un contratista europeo. El Tribunal arbitral, en aplicación de art. 13.5 del Reglamento de la CCI, se remite a los principios generales del Derecho y a los usos del comercio internacional para la regulación de este contrato de ingeniería. También, en aplicación del art. VII del Convenio de Ginebra, asunto CCI núm. 1422/1966 (*Collection*, I, 1990, p. 185), o el asunto CCI núm. 8873/1997 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 81), sobre un contrato de construcción de una carretera en Argelia entre una sociedad francesa y otra española. Asimismo, Asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037), respecto de un contrato de construcción en el que, de no probarse el Derecho elegido por las partes, el Tribunal arbitral aplicará directamente la *lex mercatoria*, el asunto CCI núm. 71110/1999 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 40), en relación con una serie de contratos que vinculaban a un Estado y una empresa privada del Reino Unido (lugar del arbitraje: La Haya) relativos a unas ventas, aprovisionamiento, modificación y mantenimiento de materiales, donde el árbitro aplicó los principios generales del Derecho de los contratos argumentando precisamente que los caracteres de un ordenamiento jurídico nacional no se ajustan con precisión a una realidad internacional; o los asuntos CCI núm. 2583/1976 (*Journ. dr. int.*, 1977, p. 950) y el Asunto CCI núm. 3267/1979 (*Journ. dr. int.*, 1980, p. 962). *Vid.*, asimismo, las referencias que se han hecho respecto del asunto Eurotunel.



anacional del arbitraje y ajustado a la internacionalidad de los contratos de ingeniería, también es cierto que no es garantía de suficiencia. De esta suerte, cuenta con el inconveniente de la necesidad de determinar qué ordenamiento jurídico aplicar en aquellos supuestos no cubiertos por el *ius ingeniorum*. Tal como sucedería, por ejemplo, respecto de la ejecutoriedad de las sanciones privadas o la duración de los plazos de prescripción<sup>1109</sup>. Por ello, no debería descartarse la selección de un ordenamiento jurídico estatal para regular total o parcialmente el fondo de la controversia, selección que se realizaría de acuerdo con una norma de conflicto y que, en consecuencia, determinaría la respuesta material final al caso de acuerdo con las concretas disposiciones del ordenamiento jurídico nacional finalmente aplicable<sup>1110</sup>.

Los problemas nacen a la hora de decidir cuál es la norma de conflicto que debe tener en cuenta el Tribunal arbitral. Una primera posibilidad atiende a la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje para determinar la ley estatal aplicable al contrato de ingeniería. La previsibilidad de esta respuesta choca con el hecho cierto de que el árbitro no administra justicia en nombre del Estado donde se ubica su sede, sino en nombre de cliente y contratista, con las dificultades añadidas para identificar la sede del Tribunal en caso de *arbitrajes sin sede*.

No nos parece ajustado acudir a las normas de conflicto del Derecho elegido por las partes para regular el fondo del contrato, no sólo porque presupone la elección de un Derecho estatal aplicable (lo que resolvería la cuestión objeto de este epígrafe en términos de autonomía de la voluntad

---

<sup>1109</sup> Vid. GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law...", *cit.*, pp. 34-37 y p. 191, LEW, J.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 6, SCHNEIDER: "International construction contracts", *cit.*, p. 278 y SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 901. En el párrafo 45 de la E.C.E. *Guide* se recomienda a las partes que diseñen sus contratos lo más exhaustivamente posible a fin de que el recurso a los ordenamientos jurídicos nacionales sea excepcional (*Report of United Nations Commission on International Economic Order, 18 de junio de 1981, A/CN.9/WG. V/WP.4/Add. 7 of April 1981*, p. 16).

<sup>1110</sup> Variedad de respuestas materiales en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales potencialmente aplicables, por ejemplo, en materia de responsabilidad de los constructores. Sobre ello, *vid.* BALLARINO, T.: "La responsabilité des constructeurs en droit international privé. Rapport général", *Travaux Ass. Henri Capitant*, 1991, p. 5.



conflictual), sino también porque la autonomía de la voluntad de cliente y contratista parece dirigida más hacia las normas materiales del ordenamiento jurídico seleccionado como aplicable que a sus normas de D.i.pr.<sup>1111</sup>.

Según lo expuesto, tal vez la mejor opción pase por tener en cuenta las soluciones que los diferentes regímenes aplicables al proceso arbitral. Por ejemplo, el art. VII.1 del Convenio de Ginebra de 1961 establece, a falta de Derecho elegido por las partes, la aplicación por los árbitros de la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que estimaren apropiada para el caso en cuestión.

De acuerdo con ello<sup>1112</sup>, puede que el respeto al principio de previsibilidad aconseje seleccionar esta norma de conflicto, en la línea de los parámetros empleados en aquellos ordenamientos jurídicos estatales más vinculados con el contrato de ingeniería. Ello supondría tener en cuenta criterios de conexión como el lugar de ejecución de las obras, o aquél del establecimiento principal del contratista o cliente, que son los vínculos más utilizados por los diferentes legisladores nacionales y convencionales en materia de construcción. Emplean estos criterios, además del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, por ejemplo, el art. 26.2 de la Ley húngara de 1979, el art. 42 de la Ley austriaca de 1978, o la sección 196 del *Restatement of Conflict of Laws* americano de 1971<sup>1113</sup>.

---

<sup>1111</sup> Sobre estas cuestiones, SARAVALLE, A.: “Conflitti di leggi...”, *cit.*, p. 900, GOLDMAN, B.: “Les conflits...”, *cit.*, p. 367, FOUCHARD, Ph.: *L’arbitrage...*, *cit.*, p. 364 y GRIGERA NAÓN, H.: *Choice of law problems...*, *cit.*, p. 193.

<sup>1112</sup> Si bien nada impide que sea el propio Tribunal arbitral el que elabore una norma de conflicto *ad hoc* para el concreto contrato de ingeniería,

<sup>1113</sup> *Vid.* SARAVALLE, A.: “Conflitti di leggi...”, *cit.*, p. 907 y WIEGAND, CH.: “The Applicable Substantive...”, *cit.*, p. 150. Ya habíamos visto cómo el art. 42 de la Ley austriaca de 1978, por ejemplo, establece la aplicación de la ley del lugar donde se desarrollen los trabajos en relación con los contratos de construcción; o el art. 20.2 de la Ley yugoeslava, de 15 de julio de 1982 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1983, p. 353), cuando considera la aplicación de la ley del Estado de la sede del empresario respecto de los contratos internacionales de construcción. Sobre los criterios del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, *vid.* los epígrafes anteriores.

En este sentido, la práctica arbitral refleja esta posibilidad. Por ejemplo, en el asunto CCI núm. 5835/1996<sup>1114</sup>, respecto de un subcontrato de construcción de obras eléctricas entre una sociedad kuwaití y una sociedad italiana, en el que el árbitro consideró las soluciones de las distintas normas de conflicto de los ordenamientos vinculados con el supuesto a la hora de decidir la ley aplicable en defecto de pacto.

Con todo, el sector de la ingeniería ha experimentado un importante desarrollo a nivel normativo auspiciado por sus participantes en el comercio internacional (cliente, contratista, instituciones que propician la codificación de usos y costumbres propios de la ingeniería). Por ello, tal vez sean los Reglamentos de arbitraje, surgidos al hilo de la práctica relativa a la construcción y a los que las partes someten su arbitraje, los que ofrezcan la respuesta a las diferentes cuestiones de determinación de ley aplicable en defecto de pacto.

Por ello, veremos a continuación en qué términos se desenvuelven, tanto las distintas normativas reguladoras del arbitraje específicas de los contratos de ingeniería, como la práctica arbitral en la búsqueda del ordenamiento jurídico que presenta una vinculación mayor con el contrato<sup>1115</sup>.

## **B.- Ley aplicable a las relaciones principales entre cliente y contratista: normativas sobre arbitraje y práctica arbitral en relación a los contratos internacionales de ingeniería**

---

<sup>1114</sup> Vid. *ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 34.

<sup>1115</sup> Vid. UFF, J.: *Construction law*, London, Maxwell, 1999, p. 161, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 539.

a.- Variedad de soluciones barajadas

Asumidas estas variables, la cuestión que ahora interesa se dirige a determinar qué ley consulta el árbitro para regular el fondo del litigio relativo a un contrato internacional de ingeniería, cuando cliente y contratista no han ejercitado su autonomía de voluntad conflictual. A tal efecto, hablábamos de la aplicación del ordenamiento jurídico más vinculado<sup>1116</sup>. El problema surge de la ausencia de una respuesta clara para resolver la cuestión de la determinación del centro de gravedad de los contratos internacionales de ingeniería<sup>1117</sup>.

Varios son los criterios a tener en cuenta en los contratos internacionales de ingeniería en los que se inserta una cláusula de sumisión al arbitraje, a falta de elección de ley por las partes en el contrato.

A este respecto, recordemos las posibilidades antes barajadas. A saber, la aplicación de las normas de conflicto de la ley del lugar en que se desarrolla el arbitraje; de las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos vinculados; de la norma de conflicto de la ley nacional del árbitro; o la vinculación directa con la *lex mercatoria*<sup>1118</sup>. Junto a ellas, además, se ha considerado determinar como Derecho aplicable al contrato la ley del lugar en el que se desarrolla el arbitraje, dado que la mayoría de los contratos

---

<sup>1116</sup> Vid. UFF, J.: *Construction law...*, cit., p. 161.

<sup>1117</sup> Vid. WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", cit., p. 148, DUNCAN WALLACE, N.: *The International Civil Engineering Contract*, London, 1974, pp. 34-35, en relación a la no consideración de esta cuestión en la FIDIC. Sobre los criterios a valorar orientativos del ordenamiento más vinculado, vid. BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form...*, cit., p. 19. La prestación característica no ha sido un criterio demasiado empleado por los Tribunales arbitrales a la hora de seleccionar la ley aplicable a un contrato. Sobre ello, vid. LEW, J.: "Applicable Law in...", cit., p. 347; y el asunto CCI núm. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 914), sobre un subcontrato vinculando a un contratista francés y un subcontratista de la ex Yugoslavia para la realización de obras en la antigua URSS.

<sup>1118</sup> Vid. lo expuesto en los epígrafes anteriores, con sus notas correspondientes. Asimismo, vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., pp. 151 y ss.

internacionales de ingeniería contienen una cláusula arbitral<sup>1119</sup>.

No obstante, la alternativa más asentada, además de la ley del lugar de ejecución de las obras, que veremos a continuación, pasa por la aplicación de la ley de la sede del establecimiento del contratista<sup>1120</sup>. Así se observa, por ejemplo, en el párrafo 68 de las *General Conditions for the Assembly and Completion of Services in connection with the Delivery of Machines and Equipment of the Organisation of the Member Nations of C.M.E.A.*; o en la cláusula 28.2 de las *General Conditions of Contract of the Economic Commission of the United Nations for Europe (ECE General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export)*, al establecer la posibilidad de que estas modalidades de contrato de construcción se regulen por la ley del establecimiento del contratista<sup>1121</sup>.

Considerar la sede del establecimiento del contratista como criterio de

---

<sup>1119</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 182, DAVIS, M.: "Choice of law...", *cit.*, pp. 277-297. En efecto, se ha pensado que si las partes eligen expresamente una sede para el arbitraje, podría encontrarse la determinación de la ley aplicable a todas las cuestiones implicadas: contrato, convenio arbitral y procedimiento de arbitraje. Sin embargo, esta presunción, es decir, la determinación de la ley aplicable al contrato por el criterio del lugar de desarrollo del arbitraje decae cuando este lugar es elegido por razones de neutralidad para las partes (lugares como París o Londres) pero que no presentan ningún otro vínculo con el contrato. Es cierto que las presunciones decaen cuando de las circunstancias generales del contrato puede deducirse que la ley que presenta más conexiones con el contrato es otra distinta a la del lugar de la sede del arbitraje. Razón que obliga a la consideración de estas circunstancias para la determinación de la ley que presenta mayores conexiones con el contrato, lo que se ha dado en denominar, el *proper law* en el Derecho anglosajón. Vid. DAVIS, M.: "Choice of law rules and international construction contracts" en ODAMS, A. M. (Edit.): *Comparative studies in construction law: the sweet lectures*, London, 1995, Sweet and Maxwell, pp. 277-297. En la práctica, reticentes a considerar el ordenamiento jurídico de la sede del Tribunal arbitral, el asunto CCI núm. 9420/1998 (referencia en GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law problemas...", *cit.*, 2001, p. 226) y el asunto CCI núm. 8672/1996 (*Bull. CCI*, 2001, p. 117).

<sup>1120</sup> Como muestra, aplicando la ley de la sede del contratista, *vid.* el asunto CCI núm. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 914), relativo a un subcontrato entre un contratista principal francés y un subcontratista yugoeslavo para la ejecución de ciertas obras en la antigua URSS, en el que el Tribunal arbitral considera la aplicación de la ley de la sede de la empresa subcontratista, la ley yugoeslava.

<sup>1121</sup> *General Conditions for the Assembly and Completion of Services in connection with the Delivery of Machines and Equipment of the Organisation of the Member Nations of C.M.E.A.*, edición de 1973; *General Conditions of Contract of the Economic Commission of the United Nations for Europe (E.C.E. General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export, ECE Form 188 A/574 A, Genève, Switzerland, 1957)*.

selección del Derecho aplicable no es extraño. Y ello porque, en numerosas ocasiones, existe una serie de vínculos objetivos que conectan el contrato de ingeniería con el ordenamiento jurídico donde se ubica la sede de esta parte contratante. Serían casos tales como que contratista y cliente sean de la misma nacionalidad y tengan su sede en el mismo Estado, aun cuando el contrato obligue a la realización de las obras en un tercer Estado. O, también, los casos en los que, independientemente del lugar de ejecución de las obras, la procedencia de los fondos que financian la construcción, el idioma del contrato, la moneda de pago, o la realización de ciertos trabajos previos a la obra principal (elaboración de elementos prefabricados, por ejemplo), conectan la situación con el ordenamiento jurídico de la sede del contratista<sup>1122</sup>.

*b.- Especial referencia a la ley del lugar de ejecución de la obra proyectada*

A pesar de toda esta variedad de criterios, de la práctica arbitral parece deducirse una cierta tendencia a considerar como la ley más estrechamente vinculada con el contrato internacional de ingeniería la ley del lugar donde se ejecutan las obras<sup>1123</sup>.

---

<sup>1122</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.*, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 539 y WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, p. 137.

<sup>1123</sup> En este sentido, *vid.* los laudos arbitrales de la CCI, en el asunto CCI núm. 3235/1980 (*Rec. sentences arb. CCI*, 1974-1985, p. 410), así como el asunto CCI núm. 3742/1983 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 910) y el asunto CCI núm. 3755/1988 (*Bull. CCI*, 1990, p. 25). También, *vid.* FOUCHARD, P.: "Rapport français...", *cit.*, p. 306). Asimismo, el asunto CCI núm. 4650/1986 (*Yearbook Comm. Arb.*, 1987, p. 110), relativo a un contrato entre un americano y un saudí en el que, en defecto de sumisión expresa o tácita, se aplica la ley saudí porque es en este territorio donde se realizan los servicios de arquitectura. Además el asunto CCI núm. 4023/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 950), respecto de un contrato de construcción entre una empresa pública siria y un contratista europeo, en el que el nuevo Tribunal arbitral con sede en Ginebra se decanta por la aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras (la ley siria, por tanto), en detrimento de la primera de las soluciones emitidas por la resolución original, en la que el Tribunal arbitral se remitió a los principios generales del Derecho y a los usos del comercio internacional.

Opción ésta que no sorprende dada la existencia de una vinculación cierta de los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual de ingeniería con el ordenamiento jurídico en el que se llevan a cabo las obras proyectadas. Entre aquéllos, pueden destacarse las características técnicas de la obra, los permisos de construcción, la normativa reguladora en materia de seguridad e higiene en el trabajo, o la necesidad de tomar en cuenta las especificaciones técnicas relativas a la ejecución del inmueble cuando sea éste objeto de la construcción. Aspectos todos ellos ligados al cumplimiento de las prestaciones componentes del contrato, al igual que sucede, como veremos, con aquellas normas pertenecientes al lugar de ejecución de las obras.

Normas que son consideradas, desde la óptica de este ordenamiento, como materiales imperativas. De éstas, a modo de ejemplo, pueden citarse las regulaciones sobre urbanismo, la normativa relativa a las obras públicas, la relativa al régimen fiscal o sobre libre concurrencia o competencia desleal o el régimen de seguros obligatorios<sup>1124</sup>.

Es ésta la opción que ha adoptado, con carácter general, la Cámara de Comercio Internacional. En efecto, en una de sus Recomendaciones, la CCI ha optado por una solución intermedia que combina el sistema del Convenio de Roma de 1980 con la incorporación del aforismo ley del lugar de ejecución de la obra, como solución específica para los contratos internacionales de ingeniería<sup>1125</sup>.

Así, a falta de elección por las partes, esta Recomendación establece, como régimen general, el criterio de aplicación de la ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos. Para concretar esta ley, se

---

<sup>1124</sup> Sobre estas cuestiones, en la doctrina, *vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 539 y 544, LANDO, O.: "Conflict of Law Rules for Arbitration", *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 173-176 y HUDSON, *Building and Engineering Contracts*, pp. 2-3 y p. 207.

<sup>1125</sup> *Vid.* Draft Recommendation on the Law Applicable to International Contracts de la Commission on Law and Commercial Practices, 1980.

atiende a la presunción general que se refiere a la prestación característica, esto es, la ley del lugar de residencia de la parte que la realiza. No obstante, se prevé una cláusula de excepción para el supuesto que la prestación característica no pueda determinarse o se deduzca del conjunto de circunstancias del contrato que la ley más vinculada es otra, para lo que enumera una serie de criterios indicativos como son, el lugar de celebración o ejecución del contrato, la utilización de contratos modelo vinculados a un determinado sistema legal o el lugar donde se desarrolla el arbitraje.

Con todo, junto a este régimen general, la Recomendación establece un régimen especial de presunciones para determinar la ley de los vínculos más estrechos para algunos contratos, entre los que se encuentran los contratos internacionales de ingeniería. Para ellos se presume que la ley con la que el contrato presenta sus vínculos más estrechos es la ley del lugar donde se ejecutan las obras. En estos supuestos especiales también se prevé la posibilidad de destruir la presunción si se demuestra, a partir del conjunto de circunstancias del contrato, que la ley con la que presenta los vínculos más estrechos es otra (art. 8).

Asimismo, las condiciones FIDIC señalan, a falta de elección de ley por las partes la posibilidad de recurrir a la ley del lugar de ejecución de la obra<sup>1126</sup>, al igual que sucede con, por ejemplo, la edición originaria de las condiciones FED (el modelo contractual del Fondo Europeo para el Desarrollo). En ausencia de una cláusula de determinación del Derecho aplicable, los contratos se consideraban sujetos a la ley del lugar de ejecución, además de que, en materia de licitación, siempre se refieren a la legislación estatal del lugar de realización de la obra. Bajo la perspectiva de la nueva edición de las condiciones FED, y según el artículo 2.1, la ley aplicable al contrato es aquélla del Estado al que representa el cliente, muchas veces coincidente con el lugar de ejecución de las obras, si bien en el contrato se pueden realizar algunas especificaciones que modifiquen este

---

<sup>1126</sup> Vid. GÖSTA WESTRING: "Construction and Management...", *cit.*, p. 182.

regla general<sup>1127</sup>.

En definitiva, la solución propuesta en esta Recomendación de la CCI, así como en los distintos Reglamentos de la FIDIC o FED, parece encaminar la selección de ley aplicable en defecto de pacto hacia los criterios tradicionales que ya hemos visto en la determinación judicial del Derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería<sup>1128</sup>.

### **C.- Ley aplicable a las relaciones accesorias y secundarias: la fragmentación del contrato internacional de ingeniería a cargo del Tribunal arbitral**

Al igual que sucedía con los Tribunales ordinarios, en defecto de pacto, el Tribunal arbitral puede considerar la posibilidad aplicar una única ley a la totalidad de las prestaciones complejas que componen el contrato de ingeniería. Ley que estaría determinada de acuerdo con los parámetros acabados de exponer<sup>1129</sup>. No obstante, nada impediría que, de considerarlo el árbitro, estableciese un régimen diferente para cierto sector de estas prestaciones accesorias que componen el contrato internacional de ingeniería, en función de su posibilidad de separación (las garantías, por ejemplo).

Por otro lado, ya hemos visto también como, paralelamente al contrato

---

<sup>1127</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 538.

<sup>1128</sup> Vid. los epígrafes anteriores.

<sup>1129</sup> Sobre la complejidad del contrato internacional de ingeniería, *vid.* los epígrafes dedicados a la fragmentación desde el punto de vista judicial y, sobre todo, el primero de los capítulos de este trabajo. *Vid.*, asimismo, haciendo hincapié en este carácter complejo de los contratos en materia de construcción, el Considerando núm. 8 del *Projet de rapport sur l'arbitrage dans le domaine de la construction*, de 30 de marzo de 2000, elaborado por la *Commission de l'arbitrage international, Forum sur les questions relatives à l'arbitrage et nouveaux champs d'application* (<http://www.iccwbo.org>), así como el *Rapport final sur l'arbitrage dans le domaine de la construction*, publicado en *Bull. CCI*, vol. 12-II, 2001, pp. 8-



internacional de ingeniería, se desarrollan otros contratos de naturaleza más independiente que lo complementan o secundan. Éstos eran los grupos de empresas y las relaciones subcontratación, mención ésta última que se realiza, por ejemplo, en la cláusula 59 de las citadas *FIDIC Conditions of contracts for works of civil engineering construction*.

En relación con la ley aplicable al grupo de empresas, en defecto de pacto, el árbitro debería determinar el ordenamiento jurídico con el que el contrato presente los vínculos más estrechos<sup>1130</sup>. Esta vinculación podría decidirse en atención a la nacionalidad común de las empresas de construcción que componen el grupo<sup>1131</sup>. Y, de no existir ésta, podría ser considerada la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato de colaboración empresarial<sup>1132</sup>.

Por lo que respecta a la subcontratación, la falta de una clara línea argumental en las soluciones emitidas por los Tribunales arbitrales es la constante. Además de la aplicación a las relaciones de subcontratación de la *lex contractus* reguladora del contrato principal de construcción, que ha considerado cierta práctica arbitral<sup>1133</sup>, la vinculación más estrecha podría determinarse en función de la coincidencia de nacionalidades entre contratista y subcontratista, dada la tendencia a subcontratar empresas de la

---

44, esp. p. 9 (considerando 5). En la doctrina, WALLACE, I.P: *The International Civil Engineering Contract*, London, 1974, p. 43.

<sup>1130</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., pp. 531-532. Por ejemplo, en el asunto CCI núm. 5346/1990 (*Journ. dr. int.*, 1991, p. 1060): se aplicó la ley egipcia como ley del lugar de ejecución de la obra en un contrato de construcción de fábrica de cemento en Egipto celebrado por un grupo de empresas, una sociedad francesa y otra egipcia, creada para tal fin.

<sup>1131</sup> Vid. el asunto CCI núm. 4467/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 925): aplicación de la ley italiana respecto de un contrato de construcción de una carretera en un país africano celebrado entre partes de nacionalidad italiana.

<sup>1132</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3043/1978 (*Journ. dr. int.*, 1979, p. 1000): un árbitro aplica la ley de la sede del grupo de empresas, una alemana y otra sudafricana, vinculadas por un contrato de construcción de una obra para la extracción de mineral en Suráfrica.

<sup>1133</sup> Vid. el asunto CCI núm. 2119/1978 (*Journ. dr. int.*, 1979, p. 997), en el que se adopta esta solución de aplicación de la ley que regula el contrato principal.

misma nacionalidad que la entidad principal<sup>1134</sup>.

Otras alternativas a considerar por el Tribunal arbitral podrían ser la aplicación de la ley local, sobre todo en aquellos supuestos en los que la empresa subcontratada tiene su sede en el lugar de ejecución de las obras; la selección de un tercer Derecho estatal neutral (el Derecho suizo, por ejemplo)<sup>1135</sup>, además de, lógicamente, por la *lex mercatoria*<sup>1136</sup>. Tampoco debe descartarse tener en cuenta la ley de la sede del subcontratista como criterio determinante, en el caso en el que ésta no coincida con la del lugar de ejecución<sup>1137</sup>.

En este sentido, un ejemplo de aplicación del Derecho local, coincidente con el lugar de ejecución de las obras, puede verse en el asunto CCI núm. 5835/1996<sup>1138</sup>, respecto de un subcontrato de construcción de obras eléctricas entre una sociedad kuwaití y una sociedad italiana. En este caso, el Tribunal arbitral, con sede en Roma, consideró en ausencia de elección expresa de ley, la aplicación del ordenamiento jurídico más

---

<sup>1134</sup> Vid. VAN HOUTTE, H.: "International Subcontracting", *cit.*, p. 311. Vid. el asunto CCI núm. 4467/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 925): un árbitro italiano aplica la ley italiana para resolver un litigio que opone a partes de nacionalidad italiana vinculadas por un contrato de construcción de una carretera en un país africano.

<sup>1135</sup> Aplicación del Derecho suizo, aunque por sumisión, se observa en el asunto CCI núm. 5294/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 137), respecto de un contrato de construcción firmado por un contratista danés para la realización de una obra en Egipto. También, el asunto CCI núm. 7375/1996 (*Mealey's Int. Arb. Report*, A-1, 1996). El art. 36.1 UNIDO-C.R.C. considera la posible aplicación de la ley de un Estado neutral (*Report of UNCITRAL of 3 April 1981*, A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7, p. 17).

<sup>1136</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Rapport italien...", *cit.*, p. 331 y LAGARDE, P.: "La sous-traitance en droit international privé", *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 189. En la práctica arbitral, *vid.* el asunto CCI núm. 5294/1988 (*Rec. CCI*, 1989, p. 190) y el asunto CCI núm. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 914). En este último, el árbitro, después de considerar la aplicación de la ley yugoeslava para regular las relaciones jurídicas entre un contratista principal francés y un subcontratista yugoeslavo respecto de la realización de ciertas obras en la URSS, aplica la *lex mercatoria*.

<sup>1137</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 914), relativo a un subcontrato entre un contratista principal francés y un subcontratista yugoeslavo para la ejecución de ciertas obras en la antigua URSS, en el que el Tribunal arbitral considera la aplicación de la ley de la sede de la empresa subcontratista, la ley yugoeslava, por tanto, aunque no la aplicó finalmente al no haber sido invocada por ninguna de las partes.

<sup>1138</sup> Vid. *ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 34.

conectado con el supuesto. Atendió para ello a las distintas soluciones que le aportaban las diferentes normas de conflicto de los ordenamientos vinculados con este subcontrato de construcción, y al hecho de que los elementos característicos del contrato (los servicios prestados, el trabajo, los materiales provistos por la empresa kuwaití) coincidían en el territorio de Kuwait, por lo que aplicó este Derecho.

#### **IV.- Ámbito de aplicación de la lex contractus. Particularidades en la ejecución de los contratos internacionales de ingeniería: incumplimiento, sistema de garantías, modificación del Derecho elegido**

##### ***1.- Ámbito general de aplicación de la lex contractus: el cumplimiento del contrato internacional de ingeniería***

El cumplimiento de las obligaciones generadas por el contrato se regirá por la ley que resulte aplicable al mismo. Así se establece en el artículo 10.1.b del Convenio de Roma. De modo que, y siempre según el Informe del Convenio, la ley aplicable al contrato rige: la diligencia exigida para ejecutar la obligación tanto por el contratista como por el cliente y las condiciones de la ejecución de la obra encargada, el lugar y momento de la ejecución de la obra. Asimismo, esta ley regula la posibilidad de cumplimiento por una persona distinta al deudor, en caso de pago de un precio (las condiciones de liberación del deudor, de la imputación del pago, de recibo; es decir, todo lo relacionado con el pago) y la existencia o no del derecho de realizar ciertas modificaciones (si esta circunstancia produce algún efecto compensatorio en la otra parte). Asimismo, le corresponde considerar si el contratista puede

solicitar una ampliación de los plazos para la entrega o la determinación de la indemnización por incumplimiento<sup>1139</sup>, la existencia de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso, las consecuencias del incumplimiento y la nulidad del contrato de ingeniería.

Con todo, el artículo 10.2 establece que las modalidades de ejecución no se rigen exclusivamente por la ley del contrato sino que habrá que tener en cuenta la ley del lugar de ejecución. El concepto de “modalidades de ejecución” debe concretarse por la *lex fori*, si bien el Informe da algunos ejemplos generales como son: la reglamentación de los días festivos para la ejecución de la obra, el examen de las mercancías suministradas para la realización de la obra o las medidas a adoptar para rechazar los materiales. En estas materias se produce una remisión a la ley del lugar de ejecución, de modo, que esta ley deberá ser tenida en cuenta para concretar el modo de la ejecución, y que, siempre según el Informe del Convenio, el juez podrá aplicar total o parcialmente.

El pago del precio supone el cumplimiento de la obligación principal del cliente, tal y como hemos visto generalmente en las fases del contrato<sup>1140</sup>. La ley que rijan el contrato regulará las condiciones del pago: la cantidad, la fecha y el lugar, los efectos y la prueba. Debe señalarse la incidencia en este punto de la normativa del lugar de ejecución sobre todo por lo que se refiere al control de cambios. Y en este sentido, es, asimismo, importante, la

---

<sup>1139</sup> Esta circunstancia puede variar según la ley aplicable, por ejemplo, en el sistema inglés se ha reconocido que la concurrencia de responsabilidad por incumplimiento contractual excluye la responsabilidad por daños (*tort*) en caso de negligencia, si bien en el asunto *Barclays* se admitió la posibilidad de la reclamación contractual y por daños en un supuesto de construcción y contaminación atmosférica. *Vid. Barclays Bank plc v. Fairclough Building Ltd.* (1993), *CILL*, 848 y *Const.L.J.*, 1994, p. 48. Con posterioridad se reconoce la posibilidad de que concurren pero no de ser coextensivas. *Vid. Gable House Estates v. The Halpern Partnership and Bovis Construction*, 1995, *Construction Law Digest*, 12-CLD-03-01 (QBD) y *Holt v. Payne Skillington*, 1995, *Construction Law Digest*, 13-CLD-06-01 (CA). En la doctrina, *vid. CRIVELLARO: “L'imputabilità al costruttore della responsabilità del design nei contratti internazionali”, Dir. comm. int.*, 1988, p. 127.

<sup>1140</sup> *Vid. FERRIER, D.: “La détermination du prix dans les contrats stipulant un obligation d'approvisionnement exclusif”, Recueil Dalloz*, 1991, *chron.*, pp. 237-240. FRISON-ROCHE, M.A.: “L'indétermination du prix”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992-II, pp. 269-303. JOLIET, R.: “Prix imposés et droit européen de la concurrence”, *Cahiers dr. eur.*, 1971, p. 16.

concreción de la moneda en la que se va a realizar el pago, de poder cambiar la moneda, el momento para hacerlo y la fijación de la cantidad. Debe atenderse el problema de la fluctuación de los tipos de cambio. Si bien las posibilidades son varias, lo cierto, es que lo más habitual es que se inserten unas cláusulas para el seguro de cambio o el recurso a otras figuras como la compensación.

## ***2.- El incumplimiento del contrato internacional de ingeniería: remedios***

### **A.- General**

#### *a.- Determinación del incumplimiento: responsabilidad*

En materia de incumplimiento, el mismo artículo 10.1.c del Convenio de Roma determina, asimismo, la aplicación de la ley del contrato, dentro de los límites competenciales del juez que está conociendo, a las consecuencias del incumplimiento total o parcial y la valoración del daño. Si bien esta última cuestión está más discutida en la doctrina puesto que la valoración del daño implica la utilización de los mecanismos del propio ordenamiento del juez que está realizando la estimación.

Las consecuencias del incumplimiento total o parcial se refieren a la responsabilidad exigible a la parte que incumple y a la posibilidad de resolución del contrato de ingeniería por incumplimiento. Aquí nos encontramos ante un punto clave de debate en los contratos internacionales de ingeniería. El problema parte de la consideración de determinadas normas en materia de incumplimiento como normas imperativas, sobre todo,

las del lugar de ejecución de la obra.

Precisamente para solucionar esta cuestión, el artículo 10.2 del Convenio de Roma establece una matización a la aplicación de la ley del contrato. Ésta tiene lugar con respecto a las modalidades de cumplimiento y a las medidas que debe tomar el acreedor en caso de incumplimiento defectuoso se aplicará la ley del lugar en que haya tenido lugar el incumplimiento. Esta solución se recoge en algunos sistemas nacionales y en distintos convenios internacionales. Se prevé para los casos en los que la ley aplicable al contrato no coincide con el lugar de ejecución de las obras.

Se trata de proteger el interés del Estado y la aplicación de determinadas normas imperativas en este sentido.

En esta materia, se asiste a una diversidad de regulación en los distintos ordenamientos jurídicos, según se trate de los sistemas de *common law* o de Derecho civil. Con todo, la doctrina establece una aproximación general de causas que dan lugar a la responsabilidad contractual, bajo una perspectiva comunitaria, a saber: vicios en la concepción, retraso en la ejecución o inejecución, falta de conformidad con los planos o ausencia de la debida diligencia, ausencia del deber de asistencia, vicios aparecidos después de la recepción de la obra o del periodo de mantenimiento, vicios que den lugar a la denominada responsabilidad decenal y otros vicios.

En la práctica internacional de los contratos-modelos solamente se establecen unos principios muy generales relativos a esta cuestión. En este ámbito, la responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contractuales se concreta en dos causas: el retraso en la realización de los trabajos o la entrega de la obra y la concurrencia de defectos en la obra o de inadecuación considerable a los planos preestablecidos<sup>1141</sup>. En este sentido, la concreción de la responsabilidad, según cada caso, dependerá de las

---

<sup>1141</sup> Vid. BRABANT, A.: *Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et outre mer*, Bruselas, 1992, Bruylant, tomo II, p. 553.

cláusulas incluidas en el contrato a tal efecto, como ocurre, por ejemplo, con las cláusulas penales, sin perjuicio de la aplicación de las normas materiales imperativas de los sistemas nacionales involucrados sobre la materia, normalmente, del lugar de ejecución de las obras.

En primer lugar, debe distinguirse entre la mora y el incumplimiento<sup>1142</sup>. De existir mora, cabe la posibilidad de exigir el incumplimiento o de solicitar una indemnización o reducción del precio, una vez se ha producido. Y en caso de incumplimiento, si es total cabe la indemnización y si es parcial se puede pactar, además de la indemnización, la posibilidad de terminar la ejecución de la obra o sustituirla por una determinada cantidad. En el supuesto de tratarse de una imposibilidad de incumplimiento, cabe la resolución del contrato y la indemnización por daños.

En cualquier caso, pueden insertarse en el contrato cláusulas de limitación de la responsabilidad, que suelen establecerse mediante una suma fija o porcentual, cláusulas cuya validez depende del Derecho aplicable y que, de atender al Derecho español, habrá que estar a lo establecido en el artículo 1154 del C.civ.<sup>1143</sup>.

En este sentido, son bastante habituales las citadas cláusulas de exoneración de responsabilidad por circunstancias sobrevenidas o fuerza mayor. Aquéllas producen el efecto de liberar a la parte que ha incumplido cuando concurre alguna de éstas, así como las cláusulas de cambio de circunstancias que implican un desequilibrio para el contrato (las *hardship clauses*) y que se considera que son más habituales en la ingeniería

---

<sup>1142</sup> Una de las dificultades que se plantean en este punto se refiere a la diferencia entre los sistemas de derecho civil y los de *common law*. En este sentido, el derecho anglosajón no considera específicamente la *mora debitoris*, sino que aplica los principios generales del denominado *breach of contract*. Con todo, bajo los dos sistemas cabe la posibilidad de recuperar las pérdidas ocasionadas por el *delay*. Vid. WERZ, J.C.: *Delay in Construction Contracts. A Comparative Study of Legal Issues under Swiss and Anglo-american Law*, Friburgo, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994.

<sup>1143</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 424.

operativa<sup>1144</sup>.

Otra particularidad es que las partes pueden pactar la facultad de mora o retraso, reconociéndola como posibilidad para una de ellas o para las dos partes. Las partes se ponen de acuerdo en reconocer la posibilidad de que alguna de ellas, en un momento determinado, decida aplazar el cumplimiento, estableciendo, por supuesto, las garantías necesarias de comunicaciones con antelación o garantía de reembolso. Para mayor cautela, debe establecerse un plazo máximo para la suspensión, pasado el cual se prevea la rescisión del contrato. A falta de acuerdo que permita la suspensión, la mora de una de las partes permite el reembolso de todos los gastos realizados de la parte ejecutada de la obra y del lucro cesante que hubiera repercutido de no concurrir la mora.

#### *b.- El reparto de los riesgos*

Por otro lado, una de las funciones más importantes de estos contratos internacionales es, precisamente, el reparto del riesgo<sup>1145</sup>. Esta circunstancia se debe a que en un contrato internacional de ingeniería existe un número considerable de riesgos. Entre ellos se pueden destacar: los riesgos financieros (inflación, insolvencia o quiebra), riesgos sociales (huelgas, circulación de trabajadores o epidemias), riesgos técnicos (vicios de la obra, del suelo o catástrofes naturales) y riesgos políticos y sociales (guerras o imposiciones fiscales).

Piénsese, por ejemplo en un contrato internacional de ingeniería firmado entre una ingeniería-consultora alemana y el Ministerio de Obras

---

<sup>1144</sup> Vid. MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de...*, cit., p. 424.

<sup>1145</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 81.



Públicas iraquí, para la realización de la primera autopista del país. El contrato se celebró en 1975, por un periodo inicial de 6 años, y se fue renovando, hasta que en 1990, cuando quedaban todavía algunas partidas del pago pendientes, se dicta el embargo comercial contra Irak<sup>1146</sup>. Como consecuencia de esta situación el Gobierno iraquí decide congelar los pagos y la consultora alemana demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios al Consejo y a la Comisión europea ante el Tribunal de Primera Instancia en 1998, entendiendo que existe un nexo de causalidad entre el Reglamento comunitario de embargo y la congelación de los pagos. Finalmente, recurre ante el TJCCEE que falla rechazando el recurso en 2000<sup>1147</sup>.

Se observa una carencia legislativa de los distintos sistemas jurídicos nacionales en lo que se refiere a la regulación específica del reparto del riesgo en los contratos de construcción. Esta circunstancia lleva a los distintos contratos modelos a proponer una solución en esta materia, de modo que éstos desempeñan la función de cubrir una laguna legislativa. Las soluciones contractuales que se prevén para intentar remediar estos riesgos se plasman en cláusulas de revisión del precio, de fuerza mayor y sistemas de garantías financieras<sup>1148</sup>. Los riesgos eventuales tratan de cubrirse mediante las garantías bancarias, o mediante los seguros. De modo que conviene analizar las distintas soluciones previstas en los diferentes contratos estándar.

Nos encontramos con una materia en la que, de nuevo, existen diferencias sustanciales en su regulación en los sistemas de *common law* y en los de Derecho civil, por lo que la determinación del Derecho aplicable

---

<sup>1146</sup> Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 660/1990 y Reglamento (CE) del Consejo a propuesta de la Comisión Europea 2340/90. Sobre ello, *vid.*, GRELON, B. y GUDIN, Ch.E.: “Contrats et crise du Golfe”, *Journ. dr. int.*, 1991, p. 633.

<sup>1147</sup> Vid. la Sentencia del TJCCEE, de 15 de junio de 2000, núm. 237/98 P, en el asunto Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>1148</sup> Vid. BRABANT, A.: *Les marchés publics...*, *cit.*, tomo II, p. 41.

resultará determinante en este sentido. De hecho, en los sistemas de Derecho anglosajón el reparto del riesgo gira en torno a la denominada *doctrine of frustration* mientras que en los sistemas de Derecho civil se contiene la doctrina de la imprevisión, fuerza mayor y caso fortuito<sup>1149</sup>.

El reparto del riesgo entre el cliente y el contratista descansa sobre unos principios básicos en el ámbito de las condiciones FIDIC. En este sentido, el contratista es responsable de los trabajos de la obra, los materiales y la planta desde el inicio de las obras hasta el momento en que se expide el certificado de la terminación de la obra. El cliente, a su vez, se responsabiliza de las circunstancias provocadas por él o de aquéllas ajenas a la voluntad de las partes (como ocurre, por ejemplo con las guerras).

La FIDIC, después de la reforma de sus modelos contractuales en 1999, mantiene estos principios, si bien introduce algunas modificaciones. Desde el punto de vista de la responsabilidad del contratista, la extiende a sus bienes de equipo (lo que se denomina *goods* frente al ya existente *materials*), estén situados en el lugar de ejecución de la obra o no. Además, se incluye como responsabilidad del contratista determinados contenidos de la documentación, fundamentalmente referidos a al *software* informático y a determinadas especificaciones de carácter técnico.

Por lo que respecta a las responsabilidades del cliente, la reforma no introduce modificaciones sustanciales, si bien se añade un matiz relativo al límite geográfico con respecto al surgimiento de conflictos armados, que deben producirse en el lugar de realización de la obra.

---

<sup>1149</sup> La doctrina señala que se trata de conceptos jurídicos diferentes, puesto que bajo el derecho anglosajón se puede imponer la obligación *to do what proves to be impossible*, mientras que no es así en los sistemas de derecho civil. Vid. LLOYD, H.: "Some philosophies of risk allocation in international construction contracts" en THORTON, A.-GODWIN, B. A. (Eds.): *Construction Law: Themes and Practice (Essays in Honour of I.N. Duncan Wallace Q.C.)*, 1998, London, Sweet and Maxwell, pp. 18 y ss.

## B.- Sistema de garantías

### a.- Introducción

La importancia económica de estos contratos impone el establecimiento de un sistema de garantías para asegurar el pago y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, de modo que este aspecto asume un protagonismo notable. En este sentido, la ausencia de un buen sistema de garantías puede convertir un contrato, potencialmente rentable, en una mala inversión<sup>1150</sup>. Tanto es así que se prevén garantías, como veremos, incluso, en las fases negociales.

En el ámbito del comercio internacional, y por lo que se refiere al sistema de garantías contractuales, se ha asistido en los últimos años a una evolución importante que ha introducido cambios notables en el mismo. Entre ellos destaca la tendencia que ha impuesto la utilización de las garantías personales frente a las reales<sup>1151</sup>.

Pero más allá de esta evolución, las garantías personales tradicionales, concretadas en la fianza, han sido desbancadas en la práctica del comercio internacional por las denominadas garantías autónomas o independientes. Estas últimas se configuran como las “instituciones paradigmáticas de la *new law merchant*” colmando las lagunas en este ámbito que le otorga “un papel muy similar al que le corresponde al arbitraje comercial internacional”<sup>1152</sup>.

---

<sup>1150</sup> Vid. BERTRANS, R.: “The New Forms of Security in FIDIC’ s 1999 Conditions of Contract” en *ICLR*, julio de 2000, p. 369.

<sup>1151</sup> Con todo, debe señalarse que, precisamente, los contratos internacionales de construcción de obra se citan como ejemplo de los casos en los que se utiliza hipotecas inmobiliarias orientadas, fundamentalmente, hacia la financiación de la obra.

<sup>1152</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.): *Contratos...*, *cit.*, p. 1201.

*b.- Garantías condicionales y garantías independientes*

Las garantías condicionales se consideran accesorias al contrato principal de ingeniería al que pertenecen y para su ejecución se exige la prueba del incumplimiento de la ejecución del contratista por parte del cliente.

Son varios los inconvenientes que presentan y que limitan la extensión de su uso. Entre ellos, destaca la dificultad de la prueba del beneficiario, el largo lapso de tiempo necesario para su ejecución, las diversas regulaciones sobre la materia en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y la especialización que requiere de las instituciones financieras que gestionan estas garantías, de modo que quedan en manos de un grupo reducido de empresas aseguradoras y entidades financieras.

Además, las *surety bonds* se calculan sobre la totalidad del precio, de modo que resultan excesivamente gravosas y con un lenguaje arcaico propio del siglo XVIII, que ya no sólo resulta ajeno a los sistemas de Derecho civil, sino incluso a los de *common law*<sup>1153</sup>.

Estas desventajas de la garantía denominada como tradicional, condicional o accesorio, unido al notable aumento de la realización de proyectos internacionales de ingeniería llevó, a partir de 1970, al desarrollo de un nuevo tipo de garantía. La nueva modalidad se denomina garantía a primera demanda o requerimiento, bancaria o independiente o abstracta en los sistemas de Derecho continental, o también incondicional o “*demand guarantee*” en los sistemas de *common law* (que, además, en el Derecho norteamericano tiene su equivalente en la llamada *standby letter of*

---

<sup>1153</sup> Vid. BERTRANS, R.: “The New Forms...”, *cit.*, p. 371.

*credit*)<sup>1154</sup>. Terminológicamente, se señala que al referirse únicamente a “*guarantee*” se hace desde la perspectiva de que se trata de una garantía independiente o incondicional<sup>1155</sup>. No obstante, no se trata de una afirmación categórica puesto que, en ocasiones, puede encontrarse la denominación *guarantee* relacionada con garantías condicionales<sup>1156</sup>.

Bajo esta figura el banco-garante realiza el pago a instancia del beneficiario sin necesidad de la prueba del incumplimiento por parte del deudor. Ello dota de una celeridad a la relación de garantía que se materializa por la simple solicitud, como regla general, del beneficiario, que tiene seguridad sobre la solvencia del garante, normalmente, una entidad bancaria.

En este sentido, dado el conflicto de intereses presente, piénsese que el cliente siempre preferirá una garantía incondicional de buena ejecución a primera demanda, mientras que el contratista considerará más ventajosa la sumisión de esta garantía a la prueba de incumplimiento, por ejemplo.

Aunque nos encontramos ante un tipo de garantías que no exigen la prueba del incumplimiento, lo cierto es que deben contener el montante máximo que puede recibir el beneficiario, con la posibilidad de introducir una cláusula de reducción de este importe, y el plazo de su vigencia. La fecha establecida es de vital importancia puesto que la solicitud del beneficiario debe realizarse antes de ese momento.

En este punto cabe plantearse la desigualdad entre el cliente y el

---

<sup>1154</sup> También se sostiene que las *standby letter of credit* no pueden considerarse como una subespecie de garantía independiente, si bien se trata de cartas de crédito contingentes que realizan una función de garantía. Lo cierto es que las citadas URDG de la CCI las excluyen de su ámbito de aplicación. Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.): *Contratos...*, cit., p. 1213.

<sup>1155</sup> Vid. BERTRANS, R.: “The New Forms...”, cit., p. 371.

<sup>1156</sup> Como ocurre en el *libro rojo* de la FIDIC, en el que la denominada *repayment guarantee* se configura como una garantía condicional. Asimismo, en los nuevos modelos contractuales de la FIDIC de 1999, la denominada *parent company guarantee* es una garantía condicional, una *surety bond*.

contratista en materia de protección jurídica mediante el sistema de garantías que otorga una protección mucho mayor al cliente –al que no se exige la prueba de incumplimiento- y el contratista –al que sólo se le ofrece una única garantía en la que, además, se le exige la prueba de la falta de pago-.

Los límites que presentan, dado su carácter incondicional, se refieren a la cantidad asegurada y a su periodo de vigencia. Las condiciones FIDIC, en la cláusula 10.2, establecen la posibilidad de ejecutarlas después de la terminación de la obra y hasta la expedición del certificado que pone fin al periodo de garantía.

El problema fundamental que plantean las garantías es su posible carácter abusivo. Debe pensarse que la entidad bancaria pagará cuando reciba por escrito la reclamación del cliente-beneficiario, sin resultar necesaria la prueba del incumplimiento. El banco sólo se negará al pago cuando el contrato resulte contrario a ley o se trate de una reclamación manifiestamente abusiva<sup>1157</sup>.

Además ocurre que el montante de la garantía suele corresponderse con el de los márgenes de beneficio de contratista, de modo que, si el cliente la solicita, desequilibra las previsiones económicas del contratista<sup>1158</sup>. Ante esta situación, el contratista aumenta considerablemente sus beneficios en previsión de esta situación. Se ha afirmado que, en cualquier caso, ninguna de las partes se beneficia de una demanda abusiva de la garantía<sup>1159</sup>.

No es de extrañar que estas garantías se hayan denominado como

---

<sup>1157</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 196.

<sup>1158</sup> Existen varias clases de garantías que se calculan con base en un porcentaje que oscila entre el 1 y el 15 % del precio de la obra (o del anticipo, según la garantía). Con todo, existen algunas garantías que pueden llegar a cubrir un 100% del montante, como las estadounidenses surety bonds.

<sup>1159</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., pp. 84-85.

suicidas<sup>1160</sup>. Precisamente para intentar evitar este suicidio, el *libro naranja* de la FIDIC en la cláusula 4.2, permite la posibilidad de convertir esta garantía en condicional. De modo que se sometería el pago a la concurrencia de dos circunstancias: o bien la presentación de un documento escrito con el consentimiento mutuo de contratista y el cliente, o bien una decisión arbitral.

Estas garantías independientes se tramitan bajo un procedimiento denominado “documentario”<sup>1161</sup>, es decir, se requiere la presentación de unos documentos para proceder a su ejecución. En este sentido, las exigencias pueden referirse a distintos documentos, concurriendo varias posibilidades. La primera sería la que exige la presentación por escrito de la solicitud del cliente de su voluntad de hacer efectiva esta garantía. Esta es la garantía a primera demanda simple (es decir, exigir únicamente la solicitud de pago del beneficiario), aunque también se puede condicionar a que deba adjuntarse algún tipo de prueba del incumplimiento del contratista. En ambos casos, este tipo de garantía fortalece enormemente la posición jurídica del beneficiario-cliente en el contrato, e implica el riesgo, para el contratista, de una solicitud temeraria de la garantía por parte del beneficiario.

La segunda posibilidad de garantía a primera demanda documentaria, exige la presentación de documentación por una tercera parte imparcial. Éste tercero neutral bien puede ser el ingeniero o un tercero asesor.

Junto a éstas, existe una tercera posibilidad, bajo la que para proceder a pago se exige la concurrencia de una decisión judicial o de un laudo arbitral. Estas garantías se han comparado a las accesorias porque de algún

---

<sup>1160</sup> Sin entrar en el debate doctrinal sobre su vinculación o no con la obligación principal, en el que la doctrina alemana se decanta por considerarlas independientes de la obligación principal, razón por la que resulta innecesaria la prueba de su incumplimiento. Si, por el contrario, se consideran obligaciones accesorias al contrato, para la realización del pago se exige la prueba del incumplimiento. Con las consecuencias que pueden derivarse en materia de Derecho aplicable. *Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI...*, *cit.*, pp. 196-198.

<sup>1161</sup> Según la regulación establecida en las URDG de la CCI.

modo se prueba el incumplimiento, aunque lo cierto es que no pierden su carácter independiente o documentario por cuanto que el requisito formal para su realización sigue siendo la presentación de un documento (una sentencia judicial o un laudo arbitral). Se trata de aportar algún indicio del incumplimiento para proceder al pago de la garantía, aunque la doctrina puntualiza que por tratarse de garantías independientes lo que aporta no es la prueba del incumplimiento, sino fiabilidad a la solicitud.

### *c.- La regulación de las garantías*

Pese a su expansión en el comercio internacional, este fenómeno no ha sido seguido por una cobertura legal de los distintos ordenamientos nacionales.

Dada la extensión de su utilización en la práctica del comercio internacional, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) ha desarrollado una importante labor de reglamentación, tanto para las garantías condicionales, como para las garantías independientes. Por lo que se refiere a aquéllas, las denominadas en el sistema anglosajón las *contract bonds*, cabe destacar las reglas uniformes publicadas por esta institución – las *Uniformed Rules for Contract Bonds*, en adelante URCB-.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la segunda categoría, han sido especialmente útiles las normas uniformes relativas a garantías a demanda o independientes que ha publicado la CCI en 1992 –*Uniformed Rules for Demand Guarantees*, en adelante URDG-<sup>1162</sup>, así como el ISP98 *sobre standby letters of credit*.

Una de las manifestaciones de la importancia de estas normas de la

---

<sup>1162</sup> Publicación de la CCI, núm. 458, de 1992.



CCI en materia de garantías contractuales es que en el sistema FIDIC la regulación de las garantías independientes se remite a las normas uniformes publicadas por la CCI en materia de garantías a demanda o independientes.

En este sentido, estas normas sobre garantías a primera demanda no exigen ningún requisito para que el beneficiario, normalmente, el cliente, pueda ejecutarlas frente al contratista presentando, según el caso, cierta documentación.

Debe considerarse que las reglas de la CCI determinan como ley aplicable a estas garantías aquélla del lugar del domicilio del garante (*place of business of the guarantor*). Concretamente, el artículo 27 de las URDG establece que la garantía se regula por la ley del lugar de negocio del garante, y el artículo 28, atribuye la competencia exclusiva a los tribunales del lugar de negocio del garante, salvo que otra cosa se establezca en la misma garantía.

En materia de Derecho aplicable, las garantías independientes pueden regirse por una ley diferente a la aplicable al contrato internacional de ingeniería al que acompañan. En este sentido, y con base en lo establecido en el artículo 3 del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la ley rectora de estas garantías es la elegida por las partes, y en caso de ausencia de elección, se regula por lo establecido en el artículo 4 del mismo Convenio, de modo que se aplicará la ley de residencia del garante o de su administración central.

Debe hacerse referencia al Proyecto de Convención de la UNCITRAL sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes de 1995, inspirada en la labor efectuada por la CCI y que demuestra la importancia de estos instrumentos en el comercio internacional.

d.- El sistema de garantías en los contratos modelo de la FIDIC

La evolución a la que se ha hecho referencia se refleja, claramente, en la labor de elaboración de contratos modelo de la FIDIC. De hecho, el modelo de garantías existente hasta la reforma de 1999 se centraba en dos garantías denominadas como tradicionales y condicionales. Así, el antiguo *libro rojo* contaba con dos instrumentos básicos; la *performance guaranty* y la *surety bond*.

Sin embargo, la FIDIC también se hace eco de la evolución experimentada en la práctica del comercio internacional que impone las garantías independientes y las introduce en su reforma de 1999. Dada su importancia, esta institución no ha dudado en actualizar el sistema de garantías.

Así, a partir de 1985, las garantías independientes se han impuesto en el ámbito del comercio internacional, de modo que en 1999 se presentaba una buena ocasión para la FIDIC de reformar el sistema de garantías de sus contratos estándar, era el momento de revisar las garantías accesorias de la edición del *red book* de 1987. Hasta el punto que, cinco de las siete nuevas garantías se configuran como garantías independientes o a primera demanda. Finalmente, la FIDIC ha optado por incluir expresamente las garantías independientes o a demanda *-demand guarantee-* en las nuevas ediciones de 1999, ya que las incluidas en la edición del *red book* de 1987 eran garantías accesorias *-surety bonds-*.

La consecuencia más importante consiste, como hemos visto en que, al no depender de la obligación principal, no se requiere la prueba del incumplimiento de ésta última para su realización.

En este sentido, en los nuevos modelos se han adjuntado a la guía de la elaboración de condiciones particulares siete anexos que contienen otras

tantas cláusulas de garantía, cinco a favor del cliente y una en beneficio del contratista. Conviene puntualizar que el modelo contractual abreviado o *short form* –el denominado *green book*- no contiene anexos en materia de garantías, aunque se considera recomendable su utilización<sup>1163</sup>.

En el grupo de las seis primeras garantías del cliente se encuentran: *la parent company guarantee* en el Anexo A, la *tender security* o *guarantee* en el Anexo B, la *performance guarantee* en el Anexo C, la *performance surety bond* en el Anexo D, la *advance payment guarantee* en el Anexo E y la *retention money guarantee* en el anexo F.

Finalmente, en séptimo lugar, se adjunta la garantía del contratista *payment guarantee by the employer* en el Anexo G.

Las garantías de los anexos B, C, E, F y G se configuran como garantías a primera demanda o independientes. Estas nuevas garantías son independientes y su estructura y mecanismos de pago son casi idénticos. De modo que, las diferencias existentes entre ellas son mínimas y atienden a las distintas funciones que cumplen.

Sin embargo, las garantías de los anexos A y D siguen el modelo tradicional de *surety bond*<sup>1164</sup>, es decir, se configuran como garantías accesorias de la obligación principal.

A excepción de la primera –*parent company guaranty*-, la regulación de estas garantías se remite a las normas uniformes publicadas por la Cámara de Comercio Internacional<sup>1165</sup>. Se señala que la estructura y los mecanismos de pago son idénticos y que las diferencias existentes se refieren a las distintas funciones que cumplen.

---

<sup>1163</sup> Vid. BERTRANS, R.: "The New Forms...", *cit.*, p. 369.

<sup>1164</sup> Vid. BERTRANS, R.: "The New Forms...", *cit.*, p. 369.

<sup>1165</sup> Vid. las *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG, núm. 458, 1992) para las garantías independientes y las *Uniform Rules for Contract Bonds* (URCB, núm. 524, 1993), para las garantías accesorias.

En resumen, el nuevo esquema de garantías contractuales en el panorama de la FIDIC quedaría configurado del siguiente modo: por un lado, las garantías independientes (Anexos B, C, E, F y G: *Tender Security*, *Performance Guarantee*, *Advance Payment Guarantee*, *Retention Money Guarantee* y *Payment Guarantee*, respectivamente).

Por otro lado, se establecen dos garantías accesorias (Anexo D: *Performance Surety Bond*). En este caso nos encontramos ante garantías accesorias y “coextensivas”<sup>1166</sup> a la obligación principal del contrato. La consecuencia principal radica en que para su ejecución el beneficiario debe probar el incumplimiento del deudor principal. Es el reducto del sistema de garantías existente con anterioridad a las ediciones de 1999 de la FIDIC.

#### *e.- Principales clases de garantías en los contratos internacionales de ingeniería*

Los tipos de garantías en los contratos internacionales de ingeniería se concretan en cuatro, a saber, las garantías de sumisión, de buena ejecución, de reembolso o restitución a cuenta y de mantenimiento. Estas figuras pueden configurarse como garantías condicionales o accesorias –fianzas- y como independientes o a primera demanda. Esto ocurre, por ejemplo, en los contratos modelo de la FIDIC: el *libro rojo* propone garantías condicionales y el *nuevo libro rojo* independientes, bajo el mismo esquema, como vemos a continuación.

La garantía o fianza de sumisión o licitación se da en la fase de negociación del contrato, esto es, en la etapa precontractual. De modo que tiene lugar en los casos, cada vez más habituales, en los que se convoca un procedimiento internacional de adjudicación. Se trata, pues, de una garantía

---

<sup>1166</sup> Vid. BERTRANS, R.: “The New Forms...”, *cit.*, p. 376.

que tiene por objeto garantizar el compromiso de la oferta por parte del contratista y mostrar su solvencia económica al cliente, con un importe establecido entre el 1 y el 5 % del valor de la oferta. Esta garantía, en caso de conclusión del contrato, suele sustituirse por la garantía de buena ejecución, asegurando, por ende, además, la constitución de una garantía posterior.

Esta garantía de sumisión o licitación se denomina en el *libro rojo de la FIDIC tender bond* y se configura como una garantía contractual condicional que la doctrina identifica como fianza de licitación<sup>1167</sup>. Sin embargo, en el *nuevo libro rojo*, aparece bajo la denominación de *tender security* o *guarantee* (Anexo B) y se presenta como una garantía independiente a primera demanda o requerimiento.

La garantía de buena ejecución es una forma de acentuar la obligación del contratista frente al cliente de ejecutar la obra y hacerlo correctamente en los plazos establecidos. Su inclusión en el contrato implica el pago de una cantidad por parte del banco al cliente en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del contratista. En estas garantías la entidad bancaria es el garante, el cliente es el beneficiario y el contratista es el deudor principal. La garantía debe constituirse en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la carta de aceptación (a través de la que se produce la conclusión del contrato, como hemos comentado)<sup>1168</sup>.

Existen dos modalidades de garantías de buena ejecución: la fianza monetaria y la caución de buen fin<sup>1169</sup>. En la primera, la fianza monetaria o

---

<sup>1167</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L.- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.): *Contratos...*, cit., p. 1199.

<sup>1168</sup> Así se establece en los *Cahier FED*, 30 días, y en las condiciones FIDIC, 28 días.

<sup>1169</sup> Esta es la terminología acuñada por la Guía de la CNUDMI, en la que sorprende la utilización de unos términos en la versión española que no se corresponden con los acuñados en el lenguaje jurídico especializado (los ejemplos son muchos “adquirente” por cliente, “seguro de cosas” por seguro de propiedad o daños, “toma a cargo” por recepción de la obra, “impedimentos exonerantes” por fuerza mayor, “cláusulas de gravosidad” por cláusulas de imprevisión o salvaguarda -*hardship clauses*- y un largo etcétera). Vid. *la Guía*

garantía de buena ejecución monetaria trata de garantizar el buen cumplimiento de la obligación mediante una prestación dineraria. Se considera que nos encontramos ante una obligación independiente del contrato, y por ello, no se exige la prueba del incumplimiento contractual para hacerla efectiva<sup>1170</sup>, aunque lo cierto es que las partes pueden pactar la presentación por escrito de la solicitud, la prueba del incumplimiento o, incluso, la intervención de un tercero. En la segunda, la caución de buen fin o la garantía de ejecución a buen fin sustituye la obligación pecuniaria por la ejecución *in natura* de la obra. En este caso, se considera que nos encontramos ante una obligación accesoria del contrato que sí exige la prueba del incumplimiento contractual para hacerla efectiva. Esta circunstancia, garantiza al contratista la evicción de una solicitud temeraria de la garantía por parte del cliente.

La diferencia entre ambas modalidades radica en que en la segunda, en lugar de garantizar el pago, se garantiza la ejecución de la obra. Aunque, no obstante, en esta última, suele mantenerse la posibilidad de ejecutar la prestación dineraria. Esta es la figura denominada como *performance bond*, que suele contratarse a compañías aseguradoras<sup>1171</sup>.

La garantía de buena ejecución es muy habitual en los contratos internacionales de ingeniería y puede configurarse, indistintamente, como accesoria o como independiente. De hecho, en el *libro rojo* de la FIDIC se configura como una garantía condicional o accesoria, bajo la denominación de *performance security*. Y, curiosamente, en el *nuevo libro rojo*, se prevén ambas posibilidades: la *performance surety bond* (Anexo D) como garantía accesoria y la *performance guarantee* (Anexo C) como garantía a primera demanda. Concretamente, con respecto a esta *performance guarantee*, en el Anexo C de la Guía para la preparación de condiciones particulares se

---

*jurídica de la CNUDMI...*, cit., p. 194.

<sup>1170</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., pp. 196-198.

<sup>1171</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 195.

afirma su naturaleza independiente, en relación con la obligación principal. De modo que el pago de esta garantía se somete a la presentación de una documentación concreta, esto es, la solicitud del pago por parte de beneficiario en la que declara que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales. Así, no se exige la prueba del incumplimiento al beneficiario, lo que le coloca en una posición privilegiada, a diferencia de la garantía a favor del contratista –*payment guarantee*- en la que el contratista debe aportar determinados documentos que prueben la falta de pago del cliente, e incluso los certificados del ingeniero en materia de pago.

Por su parte, la garantía de reembolso o de restitución a cuenta prevé la devolución del anticipo del precio al cliente en caso de incumplimiento por parte del contratista<sup>1172</sup>. Normalmente, el cliente adelanta una suma en previsión de los costes de los trabajos previos y de la preparación del lugar de la obra. En estos casos, el problema se centra en que, conforme avanza la obra, existen unos costes cubiertos por el anticipo, de modo que va resultando más gravoso para el contratista. Para intentar paliar este problema, el libro naranja de la FIDIC, en la cláusula 13.2 prevé la posibilidad de pactar una reducción progresiva de esta cantidad, paralelamente al desarrollo de la obra. Y además la devolución suele hacerse mensualmente en cantidades fraccionadas.

La garantía de reembolso o de restitución a cuenta se configura en el *libro rojo* de la FIDIC como una garantía contractual condicional, denominada *repayment guarantee*. Sin embargo, en el *nuevo libro rojo* se trata de una garantía a primera demanda o independiente, bajo el nombre de *advance payment guarantee* (Anexo E).

Por último, la garantía de mantenimiento permite retener un porcentaje de las mensualidades pagadas al contratista con vistas a garantizar las eventuales reparaciones que resulten necesarias una vez producida la

---

<sup>1172</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 195.

recepción de las obras<sup>1173</sup>. La FIDIC configura esta garantía como independiente en la reforma de 1999. Así, en el *nuevo libro rojo* de 1999 se establece la denominada *retention money guarantee* (Anexo F).

### C.- Cláusulas penales

Existen una serie de cláusulas penalizadoras que sancionan el retraso en la terminación de la obra. Plantean el problema de establecer unas sumas desorbitadas que pueden desestabilizar el equilibrio económico del contratista que intentará excluirlas en la fase de negociación del contrato.

Estas cláusulas penales normalmente se articulan mediante el pago de una cantidad de dinero estipulada por cada día de retraso, que además puede ir aumentando conforme pasa el tiempo. Algunos ordenamientos jurídicos tratan de evitar que se establezcan cláusulas penales abusivas, para lo que promulgan normas imperativas que deben ser observadas<sup>1174</sup>. Desde el punto de vista de los sistemas de Derecho civil, existe una obligación de indemnización en una situación de incumplimiento o retraso, que da lugar al pago de intereses compensatorios o moratorios, respectivamente. Además, se suele permitir la posibilidad de sustituir la prestación dineraria por prestación *in natura*<sup>1175</sup>.

#### a.- *Liquidated dammages*

---

<sup>1173</sup> Garantía sólo analizada por GLAVINIS en la doctrina. Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 86.

<sup>1174</sup> Vid. BRABANT, A.: *Les marchés publics...*, cit., p.513.



En estos casos se realiza una valoración por las partes de las pérdidas sufridas por retraso en el momento de conclusión del contrato, de modo que se trata de la estimación previa de las pérdidas reales que, eventualmente, pudieran producirse. Estas cláusulas penales tratan de compensar una situación de incumplimiento contractual.

#### *b.- Penalties*

Los *penalties* implican sanciones importantes por retraso para el contratista. En estos casos, el problema suscitado es precisamente el establecimiento de sumas desorbitadas.

### **D.- Seguros**

El establecimiento de seguros en el ámbito de los proyectos internacionales no puede dejarse al margen en el tratamiento de los riesgos. Debe pensarse que en este tipo de operaciones la contratación de seguros es obligatoria en el sistema de la FIDIC<sup>1176</sup>, así como en muchos Derechos nacionales. En este sentido, pueden distinguirse dos clases de cobertura habituales en el ámbito de la construcción. En primer lugar, la cobertura de los daños, relativa a las pérdidas que se puedan producir en los bienes de equipo y los materiales. Y, en segundo lugar, la cobertura de la responsabilidad del contratista. Si bien pueden establecerse pólizas de seguro relativas a otras cuestiones como la responsabilidad civil por daños o

---

<sup>1175</sup> Vid. BRABANT, A.: Les marchés publics..., cit., p.515.

<sup>1176</sup> Vid. la cláusula 21 de las condiciones FIDIC.

la responsabilidad penal.

*a.- Seguro de daños*

El seguro de daños es el denominado *property insurance*. En estos casos, se prevé que el cliente contrate una póliza de seguros que cubra los trabajos, los materiales y una suma complementaria en previsión del pago de las pérdidas o los daños, así como los honorarios profesionales. Todo ello sin afectar a las responsabilidades del contratista<sup>1177</sup>. Asimismo, el contratista debe asegurar los materiales y el equipo instalado en el lugar de ejecución<sup>1178</sup>.

En los contratos en los que el contratista asume la responsabilidad por los materiales y el equipo, lo habitual es que éste contrate un seguro por daños con cobertura hasta el momento de aceptación de la obra. A partir de este momento se produce, como se ha señalado, la transferencia de la propiedad y de los riesgos, razón por la que deberá ser el cliente el que contrate el seguro de daños para la cobertura de los riesgos. Se ha apuntado la posibilidad de contratar un seguro global de la obra que coordine la cobertura sin que se solape la protección, si bien no es una figura todavía muy desarrollada en el sentido de que es “relativamente nueva” y “no está exenta de críticas”<sup>1179</sup>.

---

<sup>1177</sup> Vid. la cláusula 20.1 de la guía FIDIC.

<sup>1178</sup> Vid. la cláusula 20.2 de la guía FIDIC.

<sup>1179</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 183.

### *b.- Seguro de responsabilidad*

El seguro de responsabilidad es el denominado como *liability insurance*, que se refiere a la responsabilidad, legal o contractual, del contratista, desde la recepción de las obras, hasta que termina el periodo de garantía. La cobertura se refiere a la responsabilidad extracontractual derivada de los daños que puedan producirse en los bienes del cliente o a terceros en el desarrollo de la ejecución de la obra. Asimismo, puede cubrir la responsabilidad del contratista por incumplimiento. No es de extrañar que el contratista disponga de un seguro profesional de cobertura general<sup>1180</sup>.

### **3.- Modificación del Derecho elegido. Circunstancias que afectan el desarrollo del contrato**

Tal y como se ha visto en la incidencia del factor tiempo, los contratos internacionales de ingeniería se configuran como los contratos de larga duración en el tiempo por excelencia. Esta circunstancia obliga a considerar cómo se regulan en el contrato los cambios de circunstancias que, eventualmente, puedan producirse a lo largo de la vida del mismo. El tratamiento de esta cuestión tiene por objeto superar las dificultades que aparecen a lo largo del desarrollo del mismo, bien a consecuencia de una acción de las partes, bien por razones fortuitas. Estos cambios pueden afectar al contrato de dos maneras: produciendo su modificación o forzando a su adaptación.

---

<sup>1180</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 189.

En primer lugar, la modificación del contrato implica un cambio en el contrato derivado de la voluntad de las partes. Lo que se prevé en una cláusula de modificación es el derecho de las partes a alterar determinados aspectos del contrato. Sin embargo y en segundo lugar, la adaptación del mismo abre la vía de la renegociación del contrato cuando concurren unas circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes que tendrían como consecuencia su resolución.

Las modificaciones pueden ser imputables a la voluntad de las partes (*variations* o *changes clauses*), o derivarse de hechos que acontecen de forma imprevisible (*hardship clauses* y cláusulas de fuerza mayor). No obstante, existen otros criterios de clasificación para estas cláusulas, a saber, aquéllos que se refieren a su especificidad o generalidad. Así, las modificaciones que afectan al contrato podrían clasificarse en específicas y generales. Por lo que se refiere a las cláusulas específicas pueden destacarse aquéllas que afectan al precio –éstas son las cláusulas de revisión del precio-, asimismo deben señalarse las causas de fuerza mayor. Respecto de las adaptaciones del contrato de carácter general encontramos las de renegociación y las de adaptación.

#### **A.- Cláusulas de variación (*Variations clauses*)**

En las denominadas *changes clauses* o *variation clauses* se prevé la alteración derivada del derecho del cliente a modificar el precio. Las *variation clauses* suponen una modificación del precio por un cambio derivado de la voluntad de las partes. Están previstas en cláusula 14 del *libro naranja* de la FIDIC. Se trata de modificaciones que realiza el cliente sobre el objetivo de la obra, sus características técnicas o los materiales: la cantidad, la calidad o los plazos y que afectan al precio, aunque hay otras

circunstancias que pueden incluirse como, por ejemplo, los cambios legislativos en el lugar de ejecución, determinados defectos en los materiales o la maquinaria y la suspensión de las obras.

Para que el contratista pueda obtener una modificación en el precio es necesario que cuente con un documento –denominado *variation order*- que pruebe, efectivamente, que la modificación ha sido ordenada por el cliente. Evidentemente, la decisión de modificar la obra en algún término requerirá el acuerdo entre las partes y su aprobación para la consecución de una compensación en el precio o un aumento de los plazos de entrega de la obra<sup>1181</sup>.

Además, junto a éstas existen otras cláusulas de modificación del precio las *fluctuation, variation of price o rise and fall clauses* diseñadas para las alteraciones del precio producidas por la inflación, que transfieren el riesgo al cliente y que vinculan en tipo de cambio de la moneda de pago a una moneda de referencia.

## **B.- Cláusulas de imprevisión y salvaguarda o *hardship***

Este tipo de cláusulas pretende cubrir las alteraciones sustanciales de las circunstancias políticas, económicas, jurídicas, financieras o tecnológicas, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes, que producen una quiebra en el equilibrio contractual, dando lugar a un perjuicio económico grave<sup>1182</sup>.

---

<sup>1181</sup> Es, precisamente, la falta de acuerdo entre las partes con respecto a la cuantía de la modificación del precio o del aumento de los plazos de la obra una cuestión que puede someterse a los procedimientos arbitrales previstos en los contratos modelos de la FIDIC (los denominados *Dispute Adjudication Board* y *Dispute Resolution Board*).

<sup>1182</sup> Vid. la Guía jurídica de la CNUDMI..., cit., p. 258.

Este tipo de cláusulas se integran en las denominadas cláusulas de adaptación generales que podrían conducir a la renegociación del contrato entre las partes de acuerdo a las nuevas circunstancias. Se trata de establecer en el contrato la obligación de renegociar las condiciones contractuales entre las partes. La renegociación puede darse entre las partes o bien designar a un tercero imparcial para que intervenga en las mismas. Incluso, cabe la posibilidad de invocar esta cláusula para acudir a la vía arbitral o judicial. En ocasiones, se recomienda establecer una enumeración en el contrato de las circunstancias que den lugar a la renegociación del mismo.

### **C.- Cláusulas de fuerza mayor**

Las cláusulas de fuerza mayor prevén los acontecimientos imprevisibles e insuperables, ajenos a la voluntad de las partes, que impiden, provisional o definitivamente, el cumplimiento del contrato. La diferencia fundamental con las cláusulas de *hardship*, desencadenantes de la renegociación del contrato, radica en el efecto suspensivo o resolutorio de las cláusulas de fuerza mayor. Esta circunstancia implica la exoneración de las partes del contrato de su responsabilidad. Con todo, cabe apuntar una tendencia que abre la posibilidad de negociación en las cláusulas de fuerza mayor intentando salvar lo que se ha dado en denominar las “dificultades del contrato”, bajo los “efectos secundarios” de la fuerza mayor<sup>1183</sup>.

La posibilidad de concurrencia de estas circunstancias es común a todos los contratos a lo largo de su duración. Es por esta razón por lo que se suelen prever en el mismo contrato o, en su defecto, por la regulación contenida en el Derecho aplicable al mismo. Y es que, asimismo, aunque la

---

<sup>1183</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 164.

mayor parte de los sistemas jurídicos regulan la fuerza mayor, la configuración de la cláusula depende del sistema jurídico al que nos refiramos<sup>1184</sup>.

En los sistemas de Derecho civil suele recurrirse a la definición de fuerza mayor. Sin embargo, en los sistemas de *common law*, se realiza una enumeración de los acontecimientos considerados como de fuerza mayor. El problema que plantean las cláusulas de fuerza mayor es que no existe un concepto de fuerza mayor internacional, o “una noción única internacionalmente aceptada”<sup>1185</sup>, si bien el concepto francés de fuerza mayor es que se utiliza en mayor medida en este tipo de contratos, mas no en su acepción estricta.

Bajo la mayor parte de los sistemas jurídicos la fuerza mayor libera de la obligación de cumplimiento del contrato, sin la previsión de un pago adicional. En este sentido, el *libro rojo* de la FIDIC carece de una cláusula específica en materia de fuerza mayor. Aunque la cláusula 65 de las condiciones FIDIC establece lo que se ha dado en denominar “special risks”, que incluye el supuesto de guerra. Esta cláusula se ha calificado como “una de las cláusulas FIDIC más comúnmente utilizada”<sup>1186</sup>. Esta disposición atribuye al cliente los incrementos de los costes que puedan producir las guerras, revoluciones o desórdenes. Y ha sido criticada por no hacer referencia a las catástrofes naturales. Esta cláusula, junto a la 44 en materia de *extensions of time*, establece la combinación más parecida a los supuestos de fuerza mayor.

Estas diferencias han tendido a paliarse a través de la FIDIC que opta por un método intermedio. Así, la cláusula 19 del *libro naranja*, define la

---

<sup>1184</sup> Vid. KHAN, P.: “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, *Journal du Droit International*, 1975.

<sup>1185</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 158.

<sup>1186</sup> Vid. OBERREIT, W.: “Turnkey Contracts and War. Whose Risk?”, en HORN, N.-SCHMITTHOFF, C. M.: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, London, 1985, Kluwer, p.195.

fuerza mayor y adjunta, además, una enumeración de los supuestos incluidos. Lo único es que determina que la circunstancia acontecida tiene que ser imposible o ilegal, de modo que se ha calificado de una definición muy restrictiva y, por lo tanto, insuficiente<sup>1187</sup>. Asimismo, en la cláusula 66 de las condiciones FIDIC, sin utilizar el término fuerza mayor, se hace referencia las circunstancias que, ajenas a la voluntad de las partes, impiden el cumplimiento del contrato y cita, entre otras, la guerra y los conflictos armados, la contaminación radiactiva, las ondas provocadas por aviones o toda manifestación de las fuerzas de la naturaleza.

Esta enumeración no es considerada como una enumeración taxativa, sino que se trata de una lista abierta. Dados los conceptos de imprevisibilidad e imposibilidad, la doctrina se manifiesta a favor de la inclusión de otros supuestos como, por ejemplo, la huelga general<sup>1188</sup>.

El *libro amarillo* de la FIDIC resulta aclaratorio, en este sentido, por cuanto que en la cláusula 44, utiliza expresamente el término fuerza mayor, y hace referencia a aquellas circunstancias que escapan del control de las partes y, explícitamente, determina que se incluyen pero que no se limita a los supuestos citados y que reproduce<sup>1189</sup>.

Con la reforma de la FIDIC de 1999, se introduce una nueva cláusula de fuerza mayor en todos los nuevos modelos estándar de obras mayores – *major works*- en la cláusula 19. En estos casos se parte de la definición de la fuerza mayor, y a continuación se establece un plazo de 14 días para notificar esta situación, teniendo en cuenta que este aviso es necesario para poder realizar cualquier reclamación. Parece ser que se puede optar por la ejecución del contrato y el contratista puede pedir una ampliación del plazo

---

<sup>1187</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "FIDIC's New Standards Forms of Contract -Force Majeure, Claims, Disputes and Other Clauses", *JCLR*, abril de 2000, pp. 240-241.

<sup>1188</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., pp. 160-161.

<sup>1189</sup> "including but not limited" vid. cláusula 44.1 del *libro amarillo* de la FIDIC (*Electrical and Mechanical Works*).



de la entrega y un aumento del precio debido a los costes adicionales (cláusula 19.4). Además, la parte afectada debe, asimismo, comunicar el cese de la afección de la circunstancia de fuerza mayor. El contrato puede resolverse por causa de fuerza mayor de modo que el contratista recibiría el pago, únicamente por el trabajo realizado.

En cualquier caso, el tratamiento de la fuerza mayor en los contratos internacionales de ingeniería se utiliza como ejemplo de circunstancia omnipresente en los mismos y que además se regula en todos los contratos estándar. Esta concurrencia ha llevado a señalar una “globalización” de la reglamentación en materia de construcción en los contratos estándar<sup>1190</sup>. Así, sin ánimo exhaustivo, la fuerza mayor se reglamenta en: la cláusula 65 de las condiciones FIDIC, la cláusula 44 de la *Electrical Mechanical* de la FIDIC, la cláusula 19 de la *Design Build and Turnkey* de la FIDIC, el artículo 66 de los contratos de obra de la EDF, los artículos 37 y 38 de *ENAA Process Plant y Power Plant*, las cláusulas 60 y 81 del NEC del ICE, las cláusulas 19ªA, 32 y 33 de los JCT y las cláusulas 37 y 38 del *Supply and Installation of Plant and Equipment* del Banco Mundial.

## **V.- Aplicación de normas materiales imperativas en los contratos internacionales de ingeniería**

### ***1.- La incidencia de las normas materiales imperativas en los contratos internacionales de ingeniería***

---

<sup>1190</sup> Vid. TIEDER, J. B.: “The Globalisation of...”, *cit.*, p. 590.

## **A.- La proyección de las normas materiales imperativas en el régimen regulador de los contratos internacionales de ingeniería**

En los epígrafes anteriores hemos tratado de determinar cuál es la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería. Una vez decidido este aspecto, la autoridad competente debe tener en cuenta la existencia de determinadas normas que deben, bien aplicarse, bien ser tomadas en consideración, con independencia de cuál sea esa ley estatal aplicable al fondo del contrato. Ello es así, ya sea ésta seleccionada a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (existencia de una cláusula de elección por las partes del Derecho aplicable al estilo del art. 3 del Convenio de Roma), o a través de los criterios que juegan en defecto de pacto (art. 4 del Convenio de Roma en relación con el art. 7 de mismo instrumento). Estas normas son las normas materiales imperativas<sup>1191</sup>.

Las normas materiales imperativas tienen su origen en los principios de política legislativa de un Estado y su respuesta trata de ser proyectada sobre todo tipo de situaciones, incluidas las situaciones de tráfico externo<sup>1192</sup>. El

---

<sup>1191</sup> No debemos confundir las normas materiales imperativas con las normas imperativas. Sabemos que la remisión a un determinado Derecho por acción de la voluntad de las partes o a través de los criterios que juegan en defecto de elección de ley incluye, tanto su normativa dispositiva, como sus normas imperativas (debe puntualizarse que el Convenio de Roma excluye expresamente la posibilidad de reenvío en su artículo 15, de modo que, en esta remisión se excluyen las normas de conflicto de ese ordenamiento jurídico. *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, *cit.*, p. 122). Si bien toda norma material imperativa es imperativa (no puede ser objeto de disposición por las partes), no toda norma imperativa es material imperativa: sólo lo serán aquellas que se definan como tales por responder a la salvaguarda de los principios de política legislativa de un Estado. Sobre ello, *vid.*, VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales", *cit.*, p. 178. Con carácter general, en la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, la Sent. Cous Cass. francesa, de 28 de noviembre de 2000 (La Sem. jur.-JCP, éd. gen., 2001, II, 10527), en la que se determina que la Ley francesa de 25 de junio de 1991 (art. L. 134-1 y siguientes de su Code de commerce) conforma una norma imperativa interna y no una norma material imperativa o ley de policía.

<sup>1192</sup> *Vid.* VITTA, E., "Cours général de droit international privé", *R. des C.*, 1979, vol. 162, pp. 21-243, pp. 217-219, CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 108.

legislador quiere que ciertos aspectos de la relación jurídica se regulen de un modo concreto, normalmente porque se dirigen a un objetivo específico, que es el respeto a cierto tipo de valores o intereses públicos preferentes del Estado.

Así pues, estas normas tratan de amparar, entre otros, una serie de valores e intereses del ordenamiento jurídico de referencia, que, en materia de contratos, se traducen en la garantía del equilibrio de posiciones o en la protección de la parte débil (trabajadores o consumidores), así como la atención a los fines de la política social y económica de un Estado, que, en materia contractual, aparecen vinculados a la salvaguarda del modelo de mercado, patrimonio histórico, o política exterior<sup>1193</sup>.

La protección de estos valores o intereses de política legislativa se consigue imponiendo la respuesta concreta que estima el legislador de ese Estado a la situación de tráfico externo y no admitiendo en todo caso otra respuesta distinta que eventualmente podría surgir de la aplicación de una ley diferente, la ley estatal reguladora del fondo del contrato<sup>1194</sup>.

Imposición de esta respuesta concreta que se produce, como decimos, con independencia de cual sea la ley estatal aplicable al fondo del contrato. De modo que la protección de los referidos valores e intereses se garantice aun cuando las normas materiales imperativas no formen parte de la ley aplicable al contrato. Ya sea esta última seleccionada a través de los criterios de selección de ley empleados en defecto de pacto, ya sea una ley

---

<sup>1193</sup> Vid. VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales...", *cit.*, pp. 178-179, que habla de normas de dirección u ordopolíticas. Por ejemplo, respecto de normas materiales imperativas y contratos de consumo, Sent. BGH alemán, de 26 de octubre de 1993 (*Neue Juristische Wochenschrift-NJW*, 1994, pp. 262-265), Sent. BGH alemán, de 19 de marzo de 1997 (*Neue Juristische Wochenschrift-NJW*, 1997, pp. 1697-1700), Sent. Trib. d'Instance de Niort de 1 de julio de 1998 (*Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1999, pp. 464-465), o Sent. Cour Cass. francesa de 19 de octubre de 1999 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 2000, pp. 29-30). Respecto de normas materiales imperativas y contratos de trabajo, por ejemplo, Sent. BAG (Bundesarbeitsgericht) alemán, de 24 de marzo de 1992 (*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht-ZIP*, 1992, pp. 1158-1159).

<sup>1194</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO: S., *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 179-182.

seleccionada a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por los contratantes. En este sentido, nos encontramos ante normas de cumplimiento inexcusable y que se sustraen a la autonomía de la voluntad privada<sup>1195</sup>. Por ello, estas normas, límite de la autonomía de la voluntad de las partes, se denominan normas de aplicación necesaria o inmediata.

En consecuencia, las normas materiales imperativas, consideradas por el ordenamiento jurídico del foro o por el ordenamiento jurídico extranjero de referencia como leyes de policía o de orden público, deberán ser aplicadas (normas materiales imperativas del foro) o considerar su aplicación y proyección sobre la relación jurídica contractual (normas materiales imperativas de terceros Estados).

Lo expuesto con carácter general respecto de todo tipo de contratos se proyecta, asimismo, en relación con los contratos internacionales de ingeniería. En efecto, resulta innegable la incidencia de las normas materiales imperativas en el régimen regulador de los mismos, tanto cuando las partes no hayan elegido normativa aplicable al mismo, como en el caso en el que las partes hayan elegido el Derecho aplicable a su contrato. Elección que, como decíamos, no permitirá eludir aquella normativa provista de este carácter<sup>1196</sup>.

Normas materiales imperativas que, en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería, son numerosas y se refieren a cuestiones como las especificaciones técnicas relativas a la ejecución del inmueble, delimitación de las parcelas, características técnicas de la obra, permisos de construcción, normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, características de los materiales de construcción, inspecciones y controles, cualificaciones profesionales, normativas sobre urbanismo o la normativa

---

<sup>1195</sup> Vid. ZACCARDI, F.: "Disposizioni imperative e ordine pubblico nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980", *Foro Pad.*, 1987-II, pp. 7-14 y SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 914.

<sup>1196</sup> GUARDÁNS CAMBÓ, I.: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992 y SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 914.

relativa a las obras públicas<sup>1197</sup>.

Asumir su carácter y considerar la incidencia de las normas materiales imperativas sobre las relaciones jurídicas de cliente y contratista supone que el régimen regulador de un contrato internacional de ingeniería pasaría a estar conformado por la ley estatal aplicable como *lex contractus*, seleccionada por la voluntad de las partes o en defecto de pacto, de acuerdo con lo que hemos dispuesto en los epígrafes anteriores, y modulado por lo dispuesto en aquellas normas materiales imperativas que, como veremos, deben ser aplicadas o tomadas en consideración por el operador jurídico. Y será este mismo operador jurídico el encargado de decidir la efectiva incidencia de cada concreta norma material imperativa sobre el régimen del contrato internacional de ingeniería, así como de modular o combinar su aplicación con la aplicación, a su vez, de la *lex contractus*<sup>1198</sup>.

---

<sup>1197</sup> Vid. FOUCHARD, P.: "Rapport français...", *cit.*, p. 312; SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 914.

<sup>1198</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993, pp. 57-64, sobre la aplicación de la *lex contractus* y las normas materiales imperativas. En la jurisprudencia judicial y arbitral relativa a la ingeniería internacional y a la incidencia de la aplicación combinada de la *lex contractus* y las normas materiales imperativas, por ejemplo, *Reggazoni v. Sethia* (*Ch. of Lords, Journ. dr. int.*, 1961, p. 1141), en la que los Tribunales británicos anulaban un contrato de suministro de materiales procedente de La India y destinado a África del Sur, sometido a la ley inglesa, por haber violado las disposiciones de la ley de la India sobre embargo de todo tipo de mercancías que se vinculasen de algún modo (como destino, procedencia o Estado de paso) con África del Sur, como medio de oposición a la política de discriminación racial o la Sent. Trib. Cass. italiano, de 18 de mayo de 1955 (*Giust. Civ.*, 1956-I, p. 1383), respecto de un contrato de *subappalto* no autorizado, que estima que es un caso de nulidad relativa en aplicación de las normas materiales imperativas italianas al efecto, aun cuando el contrato era válido de acuerdo con la *lex contractus*. También, el asunto CCI NOC v. *Libyan Sun Oil* (*I.L.M.*, 1990, p. 565; *vid.*, Sent. Trib. Federal de Delaware, de 15 de marzo de 1990, *I.L.M.*, 1990, p. 716, y AUDIT, B.: "L'affaire NOC v. Libyan Sun Oil Company", *Rev. arb.*, 1991, p. 263): el contratante americano apeló a las prohibiciones decretadas por el Gobierno americano sobre desplazamiento de personas y ciertas transferencias de tecnologías a Libia, y a su carácter de normas materiales imperativas, a fin de liberarse de su responsabilidad (fuerza mayor surgida por la imprevisibilidad de la aplicación de las referidas normativas, ajenas a la *lex contractus*). O el asunto CCI núm. 2478/1974 (*Journ. dr. int.*, 1975, p. 925), donde una sociedad rumana invoca la anulación por las autoridades rumanas de todas las autorizaciones para la exportación de carburante (normas materiales imperativas) para justificar la imposibilidad de su entrega a la sociedad francesa cocontratante. En el laudo arbitral, de 16 de febrero de 1983 (*Rev. arb.*, 1986, p. 105, y la Sent. Cour Cass. francesa, de 6 de enero de 1987, *Rev. arb.*, 1987, p. 470; LÉBOULANGER, Ph.: "Etat, politique et arbitrage. L'affaire de du plateau des pyramides", *Rev. arb.*, 1986, p. 3), en la que se observa como el poder soberano del Estado, emitiendo medidas de expropiación o nacionalización,

En cualquier caso, la *lex contractus* determinará cómo incide la aplicación o toma en consideración de una norma material imperativa en el régimen del contrato. En este sentido, específicamente, el Asunto CCI núm. 9333/1998<sup>1199</sup>, relativo a un contrato de construcción entre un corredor de comercio de Marruecos y una sociedad constructora francesa, filial de una sociedad-madre americana, en el que el Tribunal arbitral indica que sería la ley suiza (*lex contractus* por elección de ley) la que decidiría la incidencia de la *Foreign Corrupt Practices Act* americana (norma material imperativa) en el régimen del contrato.

## **B.- Las distintas normas materiales imperativas vinculadas a los contratos internacionales de ingeniería**

### *a.- Las normas materiales imperativas del foro*

Las normas materiales imperativas pueden pertenecer a una serie de ordenamientos jurídicos conectados con el contrato internacional de ingeniería. Cabe preguntarse ahora cuáles son esos otros ordenamientos jurídicos involucrados en la operación cuyas normas materiales imperativas deben tenerse en cuenta, condición que establece, como veremos, el art. 7 del Convenio de Roma<sup>1200</sup>.

---

anula en la práctica el proyecto de construcción de un complejo turístico en Egipto y obliga al operador jurídico a modular la responsabilidad de clientes y contratista (también, anulando otros proyectos de construcción por las mismas causas, laudo arbitral, de 25 de septiembre de 1983, *Journ. dr. int.*, 1986, p. 219 y asunto CCI núm. 1803/1972 *Société des Grands Travaux de Marseille v. EPIDC et Gouvernement de Bangladesh*, en DERAIS, Y. y JARVIN, S.: *Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1974-1985)*, Kluwer, p. 40).

<sup>1199</sup> Vid. ICC *Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 105.

<sup>1200</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 553.

Con carácter general, nos encontramos, como se ha comentado, ante las normas materiales imperativas del foro, aquéllas pertenecientes a la *lex contractus* (Derecho elegido por las partes y Derecho aplicable en defecto de pacto), y aquéllas vinculadas con un tercer Estado<sup>1201</sup>, que se concretan, de modo especial, en los contratos internacionales de ingeniería, en las pertenecientes al lugar de ejecución de la obra y las atinentes a la ley del lugar de la sede del establecimiento del contratista.

La aplicación de las normas imperativas del Derecho del foro en los contratos internacionales de ingeniería se considera como una manifestación del creciente intervencionismo estatal en el ámbito del comercio internacional. Con todo, debe tenerse en cuenta que se trata de aquellas normas inderogables en el margen del mínimo que debe ser respetado, en el caso de aplicar una ley extranjera al contrato. Normalmente, el Estado trata de no establecer una imposición excesiva de sus normas materiales imperativas en aras, precisamente, de los beneficios económicos que implican la proliferación del tráfico internacional<sup>1202</sup>. El Estado del foro es el primer interesado en buscar un equilibrio entre el respeto a sus normas materiales imperativas y el favorecimiento de las inversiones extranjeras en su propio ordenamiento, introducidas esta vez a través de la contratación internacional para la construcción de obras de ingeniería.

#### *b.- Las normas materiales imperativas de la lex contractus*

---

<sup>1201</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., pp. 122-124.

<sup>1202</sup> No debe obviarse que este precepto –el artículo 7.1 del Convenio– es susceptible de reserva por los Estados contratantes, según el artículo 22.1.a. del mismo Convenio. En este sentido, se encuentra bajo reserva de no aplicación de Alemania, Italia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido (Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Legislación básica del comercio internacional*, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, p. 346 y ESPLUGUES MOTA, C. Y OTROS: *Contratación internacional...*, cit., pp. 127).

La remisión a la *lex contractus* en un contrato internacional de ingeniería, ya sea cuando las partes eligen una ley como aplicable a su contrato, o cuando esta ley se determina por los criterios aplicables en defecto de pacto, abarca tanto los aspectos dispositivos de esa ley, como en lo referente a su normativa de carácter imperativo, entre las que se incluyen las normas materiales imperativas.

La operatividad de las normas materiales imperativas que pertenecen a la ley aplicable al contrato no plantea problemas. Es más, debe considerarse que, en ocasiones, la elección por las partes contratantes de un determinado régimen rector del contrato puede estar condicionado, precisamente, por el contenido de su normativa obligatoria. Pensemos en el ámbito de la ingeniería en la normativa sobre seguridad, laboral o determinadas cuestiones en materia de subcontratación que son consideradas como normativa de protección.

Y en aquellos casos en los que la remisión a la *lex contractus* no es a través de la autonomía de la voluntad (art. 4 del Convenio de Roma, normas de selección de ley aplicable en defecto de pacto incluidas en los Reglamentos de la FIDIC o CCI), la aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex contractus* podría venir justificada por la remisión integral que realiza la norma de conflicto a ese Derecho. Con lo que se aplicarían sus normas materiales imperativas una vez verificado positivamente su ámbito de aplicación material y espacial<sup>1203</sup>.

---

<sup>1203</sup> Vid. VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales, *cit.*", pp. 181-182, RIGAUX, F., y FALLON, M.: *Droit international privé, cit.*, p. 565. Se conseguiría, además, que el juez competente resuelva tal como resolvería el juez del Estado al que pertenece la *lex contractus*. Por su parte, la aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex contractus* por parte de un Tribunal arbitral no parece encontrar obstáculos de acuerdo con la remisión integral que se realiza al ordenamiento jurídico que actúa como ley rectora del fondo del contrato de ingeniería. Sobre ello, *vid.* lo que se ha expuesto en los epígrafes anteriores.



*c.- Las normas materiales imperativas de la ley del lugar de ejecución de la obra*

En los contratos internacionales de construcción, tal vez sean las normas materiales imperativas del lugar de ejecución de la obra las que deban ser consideradas de mayor relevancia con independencia de la ley rectora del contrato<sup>1204</sup>. Con más razón, en un contrato internacional de ingeniería, en aquellos casos en los que las partes deciden hacer ejercicio de su autonomía de la voluntad y seleccionan una ley distinta a la del lugar de ejecución de las obras. En estos supuestos, existe una fuerte vinculación entre la normativa material imperativa del lugar donde se desarrollan las obras y la proyección y ejecución de un proyecto de ingeniería. La toma en consideración de las normas materiales imperativas del lugar de ejecución cuando las partes no eligen ley aplicable al contrato opera en las mismas condiciones que en presencia de pacto, aunque es cierto que, en defecto de pacto, muchas veces suelen coincidir *lex contractus* y la ley del lugar de ejecución (art. 4.5 del Convenio de Roma; Reglamentos de selección de *lex contractus* de la FIDIC o CCI). Con lo que su aplicación no se produciría, tanto por medio de los preceptos que operan como cauce de introducción de las normas materiales imperativas (art. 7 del Convenio de Roma, cláusulas 1.13, 2.2, 2.3 y 4.18 de la FIDIC *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*, por ejemplo), sino a través de los preceptos generales reguladores del fondo del contrato (art. 4 del Convenio de Roma o los Reglamentos de selección de la *lex contractus* de la FIDIC, por ejemplo).

Así pues, deben tenerse en cuenta las normas de aplicación necesaria del ordenamiento jurídico del lugar en que tienen lugar las obras. Son varios los grupos normativos a considerar a tales efectos, como señalamos a continuación.

Por una parte, en materia de construcción, la normativa reguladora es de eficacia territorial, de modo que las obras realizadas en un determinado lugar deben cumplir las disposiciones de todo tipo existentes en materia de construcción. Y éstas se refieren tanto al Derecho público como al privado, al Derecho urbanístico, a la normativa en materia de permisos y licencias de construcción, así como a las especificaciones técnicas de la obra o relativas a los requisitos de cualificación, en el caso de existencia de un concurso público<sup>1205</sup>.

Por otra, en ocasiones, no sólo se considera como imperativamente aplicables las normas territoriales que afectan a toda construcción realizada en el territorio de un ordenamiento jurídico, sino también determinadas normas de Derecho privado que deberán aplicarse en materia de construcción, con independencia de la *lex contractus*. Por ejemplo, como ocurre en materia de responsabilidad de los constructores, garantías bienales y decenales o en materia de seguros. En este sentido, también las

---

1204 Vid. SARAVALLE, A.: "Rapport italien...", cit., p. 331.

1205 Algo parecido ocurre con el Derecho laboral y las normas de protección de los trabajadores, donde podríamos encontrarnos, de nuevo, con normas materiales imperativas. La necesidad de contratar trabajadores en ejecución de la obra proyectada vincula al contrato de construcción con el Derecho laboral. Pues bien, en el caso del Derecho laboral, es posible que la ley aplicable al contrato internacional de trabajo no coincida con la ley del lugar de ejecución de las obras, pero sí deberán tenerse en cuenta las normas imperativas de este último en materia laboral. Y estas normas imperativas, en este caso de no coincidencia (por ejemplo, existe un pacto entre empresa y trabajadores a favor de la ley de un Estado distinto al del lugar donde se realiza la obra), serán las del lugar donde se realiza la prestación laboral, tal como se establece en el Convenio de Roma para la determinación del Derecho aplicable al contrato internacional de trabajo. Según el artículo 6 del Convenio, esta norma será aquélla del lugar en el que el trabajador realiza la prestación, para el caso de que lo haga habitualmente en el mismo lugar; de no ser así, el mismo precepto, determina como ley aplicable la del lugar en el que la empresa contratista tenga su sede o establecimiento principal. Sobre estos aspectos, vid. GLAVINIS, P.: "Le contrat international...", cit., p. 565, ANDERSON GALYON, L.: "Site safety – The design professional's dilemma", I.C.L.R., 1989, p. 186, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", cit., p. 897; MYERS, J.M.: "Labour law considerations for the international contractor", I.B.L., 1985, p. 114. En la jurisprudencia, vid. STJCE, de 27 de marzo de 1990, As. C-113/89, Sté. Rush Portuguesa Lda. v. Office national d'inmigration (Journ. dr. int., 1991, p. 471), en relación con la aplicación como normas materiales imperativas de las normas sobre libre circulación de trabajadores en relación con un contrato de construcción de una línea ferroviaria en Francia entre una empresa portuguesa y otra francesa.

leyes del lugar de ejecución son materiales imperativas y deben aplicarse<sup>1206</sup>.

Asimismo, en materia aduanera, el contratista debe respetar la normativa del lugar de ejecución en materia de importaciones y exportaciones<sup>1207</sup>. Y lo mismo sucede en materia fiscal: la territorialidad de la ley debe evitar las situaciones de doble imposición. También, por lo que se refiere a la normativa en materia de control de cambios y otras normas de Derecho público, relativas al Derecho penal y la comisión de un acto ilegal<sup>1208</sup>.

*d.- Las normas materiales imperativas de la ley del establecimiento del contratista*

En fin, en los contratos internacionales de ingeniería, además de las normas materiales imperativas pertenecientes al país de ejecución de las obras, deben tenerse en cuenta aquéllas relativas al Estado del contratista<sup>1209</sup>. Éstas deben ser consideradas como normas materiales imperativas de un tercer Estado, relevantes cuando no coinciden con el ordenamiento aplicable como *lex contractus* (arts. 3 o 4 Convenio de Roma o normas de selección de *lex contractus* incluidas en los Reglamentos de arbitraje), o cuando no coinciden con el ordenamiento del territorio donde se ejecuta la obra.

---

1206 Vid. FOUCHARD, P.: "Rapport français...", *cit.*, p. 312 y PAYNE, M.: "The privatisation of building control", *I.C.L.R.*, 1991, p. 117.

<sup>1207</sup> Por ejemplo, la cláusula 54 de las Condiciones FIDIC, según la cual el maestro de obras –el cliente– debe colaborar con el contratista en el conjunto de operaciones de aduana que afecten al equipo del contratista o los materiales.

<sup>1208</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 561, LE GALL, J.P.: *Fiscalité internationale et exportation: politiques et pratiques*, Litec, Paris, 1984, p. 111 y 151, GIANVITI, F.: "Le controle des changes étranger devant le juge national", *Rev. dr. dr. int. pr.*, 1980, p. 677 y NORRIS, T.: "The FIDIC Conditions – Fourth edition 1987: price adjustment, contract currencies and rates of exchange", *I.C.L.R.*, 1989, p. 319. En la jurisprudencia, Sent. Cour Cass. francesa, de 11 de octubre de 1989 (*Bull. civ.*, 1989, p. 206).

Serían normas como, por ejemplo, las normas de aplicación inmediata del país del exportador o las normas del país del subcontratista contratado por el contratista principal, muchas veces de la misma nacionalidad y sede social, en caso de suministro de materiales.

La vinculación con el contrato de ingeniería vendría determinada por la necesidad de atender a aquellas leyes con las que está relacionada la propia ejecución del contrato (suministro de materiales por el propio contratista, directamente o a través de subcontratación, que hace conveniente atender a la ley de su Estado).

**2.- Los cauces de aplicación de las normas materiales imperativas en los contratos internacionales de ingeniería: perspectiva arbitral y judicial. Especial incidencia del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales**

**A.- Perspectiva arbitral**

En fin, reconocida la existencia de normas materiales imperativas vinculadas a los contratos de ingeniería, el modo cómo pueden ser introducidas en el régimen del contrato internacional de ingeniería depende de la autoridad competente y de la normativa aplicable a los aspectos conflictuales de este contrato. En este sentido, la respuesta diferirá en atención a dos cuestiones. En primer lugar, que la autoridad competente esté constituida por un Tribunal arbitral o un Tribunal ordinario. Y, en segundo, la existencia de una normativa que legitime la introducción - aplicación o toma en consideración- de las normas materiales imperativas

---

<sup>1209</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 565.

que se traten en el régimen regulador de un contrato internacional de ingeniería.

En el caso de existir una cláusula arbitral en el contrato internacional de ingeniería que determina que la resolución de la controversia originada se dirima ante un Tribunal arbitral, y probada la condición de material imperativa de la norma en cuestión, no es fácil decidir los aspectos relativos a la legitimación para su introducción en el régimen del contrato<sup>1210</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión resulta menos polémica respecto de la aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex*

---

1210 Vid. GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law...", cit., p. 296 ss., PRIoux, R.: "Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux", Rev. dr. com. belge, 1987, p. 151, MAYER, P.: "Mandatory rules of law in international arbitration", Arb. Int., 1986, p. 274, DERAInS, Y.: "Public policy and the law applicable to dispute in international arbitration", en International Council for Commercial Arbitration, Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, VIII International Arbitration Congress, New York, 1986, p. 227, DERAInS, Y.: "Application of European Law by Arbitrators. Analysis of case law", Arb. and European Law, 1997, pp. 67-78 y LAZAREFF, S.: "Mandatory extraterritorial application of national law", Arb. Int., 1995, p. 137. Con independencia del cauce para proceder a su introducción en el régimen del contrato por el árbitro, partimos, lógicamente, de que el supuesto de hecho se encuentra dentro del ámbito material y espacial de la norma en cuestión, y que el contrato de construcción se halla conectado objetivamente con el ordenamiento jurídico al que pertenece la norma material imperativa en cuestión (para este aspecto, vid. las consideraciones que exponemos en los epígrafes que siguen). Por ejemplo, el asunto CCI núm. 4071/1984, respecto de un contrato de ingeniería entre un contratista francés y un maestro de obras camerunés, sometido al Derecho de Camerún, en el que el Tribunal arbitral descarta la aplicación del art. 3 de la Ley francesa de 1975, que acuerda una acción directa contra el maestro de obras o un derecho de pago directo por el maestro de obras, por cuestionar su condición de material imperativa y porque, aun en el supuesto de ser norma de orden público, no era ni personal (sólo aplicable a subcontratistas franceses), ni espacialmente aplicable (su tenor invitaba a una interpretación estrictamente territorial de la norma, con lo que su aplicación sólo era procedente de ser ejecutada la obra proyectada en territorio francés y no en territorio extranjero, como era el caso). O el asunto CCI núm. 6320/1992 (*ICC Bulletin*, 1995, p. 59), en el que se comprobó que la USA RICO statute contra el racketeering era una norma material imperativa americana (protección de los principios básicos de la economía de este país) y estaba conectada con el caso antes de proceder a su aplicación a un contrato de construcción entre una empresa americana y un cliente brasileño. También es interesante el Asunto CCI núm. 9333/1998 (*ICC Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 105), relativo a un contrato de construcción entre un corredor de comercio de Marruecos y una sociedad constructora francesa, filial de una sociedad-madre americana. En este contrato, en el que se había elegido expresamente el Derecho suizo, el Tribunal arbitral consideró la aplicación de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) americana a título de norma material imperativa. Para ello, valoró si espacial y materialmente era aplicable, llegando a una conclusión desfavorable (determinó que la FCPA no era aplicable a filiales de sociedades americanas en el extranjero; y comprobó que los intereses del ordenamiento jurídico americano no se cuestionaban).

*contractus*. La remisión integral, que se realiza al Derecho aplicable al contrato internacional de ingeniería, permitirá al árbitro considerar la aplicación de las normas materiales imperativas pertenecientes a la *lex causae*<sup>1211</sup>. Esta remisión se producirá, bien por parte de los instrumentos que vinculan al Tribunal arbitral (por ejemplo, el Convenio de Ginebra de 1961, las disposiciones al efecto de la Ley de Arbitraje de 1988, los distintos Reglamentos reguladores del procedimiento arbitral, FED o CCI), bien por la voluntad de las partes, o bien en defecto de la misma.

Más problemas presenta, en cambio, la toma en consideración de normas materiales imperativas pertenecientes a sistemas legales ajenos a la *lex contractus*. En efecto, los árbitros no son garantes de un sistema legal estatal. Podríamos decir que, con carácter general, gran parte de los aspectos relativos al desarrollo de un proceso de arbitraje se ubica en el seno de la voluntad de los contratantes. Y ello, no sólo porque su competencia proceda de la voluntad de las partes, sino también porque el árbitro no queda obligado por una determinada normativa más que en la medida en que así lo estime esta misma voluntad<sup>1212</sup>.

De esta suerte, el Tribunal arbitral aplicaría las normas materiales imperativas que hayan sido introducidas en el régimen del contrato con base en la voluntad de las partes<sup>1213</sup>. Ello conduciría, en la mayoría de las

---

1211 Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 916, *sensu contrario*.

1212 Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 553 y CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Arbitraje comercial internacional", en CALVO CARAVACA, A.L. y OTROS: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 703-769, p. 740.

1213 En la práctica arbitral, además de los supuestos en los que, como veremos, el árbitro aplica efectivamente a los contratos de construcción normas materiales imperativas ajenas a la *lex contractus* (*vid.* además de los casos referidos en este epígrafe en los que se aplican normas materiales imperativas en los contratos de ingeniería, el asunto CCI núm. 8528/1996, *Yearbook Comm. Arb.*, 2000, p. 341, en el que expresamente se dice que es posible la aplicación de leyes de orden público ajenas a la *lex contractus*), existen casos en los que se observa una cierta reticencia a su toma en consideración en atención a la idea de la voluntad de las partes. Por ejemplo, en el Asunto CCI núm. 8385/1995 (*Journ. dr. int.*, 1997, p. 1061), relativo a un contrato de diseño y construcción de una planta industrial en Bulgaria entre cliente y contratista belga y americano, regulado por el Derecho del Estado de Nueva York, el árbitro no considera la aplicación de la USA RICO *statute* (norma material imperativa)

ocasiones, como decíamos, a la aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex contractus*. Dado que, las partes difícilmente considerarán la aplicación de aquellas otras normativas ajenas a la ley aplicable al fondo del contrato internacional de ingeniería. Esta realidad dificultará la aplicación por parte del Tribunal arbitral de las normas materiales imperativas del lugar de la sede del arbitraje, del lugar de ejecución de la obra o de la sede del contratista o cliente, cuando cualquiera de ellas no coincida con la *lex contractus*.

Con todo, no obstante el carácter anacional del arbitraje y la supeditación de su labor a la hegemonía de la voluntad de las partes contratantes, la práctica demuestra que, en muchas ocasiones, no han dejado de tenerse en cuenta estas normativas.

Y ello es así, por una parte, desde el momento en que son los propios árbitros quienes consideran la aplicación de aquellas normas, en el caso, las materiales imperativas, que *de facto* afectan al régimen del contrato de ingeniería, a fin de garantizar la eficacia de la solución propuesta como resolución de la controversia<sup>1214</sup>. En efecto, los árbitros cuidarán del respeto

---

alegando que la voluntad de las partes no parece estar orientada a la aplicación de esta norma. También en el asunto CCI núm. 7047/1994 (*Yearbook Comm. Arb.*, 1996, p. 40), donde se afirma que la autonomía de la voluntad es el único criterio que prevalece; y en el asunto CCI núm. 8113 (*Yearbook Comm. Arb.*, 2000, p. 324), en el que el Tribunal arbitral con sede en Suiza no aplica la norma material imperativa siria y sí el Derecho alemán como *lex contractus*, afirmando que el árbitro no es garante de ningún sistema nacional.

<sup>1214</sup> Vid. DERAIS, Y.: "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans le arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, p. 375, DERAIS, Y.: "Public policy and the law applicable to dispute in international arbitration", *cit.*, p. 255, que apela a las legítimas expectativas de las partes, que esperan la toma en consideración por el árbitro de la ley del lugar de ejecución de las prestaciones del contrato, como argumento legitimador de la aplicación de las normas materiales imperativas ajenas a la *lex contractus*, MAYER, P.: "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arb. Int.*, 1986, p. 274, BRUNNER, Ch.: "Procedural public policy as a ground for setting aside international arbitral awards", *ASA Bull.*, 2000, pp. 572-573 o GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law...", pp. 319-320, que no está de acuerdo con el hecho de la autonomía de la voluntad pueda justificar la no aplicación por el Tribunal arbitral de una norma material imperativa ajena a la *lex contractus* puesto que los principios que fundamentan una y otra institución -esto es, la autonomía de la voluntad y las normas materiales imperativas- son diferentes. También, *vid.*, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 553 y p. 568, comentando que el Tribunal arbitral podría inspirarse en lo dispuesto en el art. 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 a la hora de aplicar o tomar en cuenta las normas materiales imperativas que afectan al régimen del fondo del



a las normas materiales imperativas del lugar de ejecución de las obras, de la sede del arbitraje (el equivalente a las normas materiales imperativas del foro, podría decirse) o del lugar del establecimiento de contratista o cliente.

Esto es, de aquellos sistemas legales no coincidentes con la *lex contractus* y objetivamente vinculados con el contrato internacional de ingeniería. Todo ello, en aras al posterior reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en aquellos sistemas estatales, como decíamos, objetivamente vinculados con el contrato (lugar de ejecución de las obras, sedes del establecimiento del contratista y cliente, lugar donde se desarrolla el arbitraje), tal como ocurre en el citado Convenio de Nueva York de 1958<sup>1215</sup>.

Por otra, el Tribunal arbitral verá facilitada su labor de toma en

---

contrato internacional de ingeniería (al respecto, en el asunto CCI núm. 7878/1997, referencia en GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law problemas...", *cit.*, 2001, p. 323, en el que se alude al art. 7 del Convenio de Roma para justificar la aplicación de la *loi de police* extranjera).

<sup>1215</sup> Vid. SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 916, GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law problemas...", *cit.*, 2001, p. 214 y PRIOUX, R.: "Le juge et...", *cit.*, p. 12. Téngase en cuenta, en este sentido, el art. 35 de las ICC Rules 1998, aconsejando al árbitro que haga todo lo posible en orden a facilitar la circulación espacial del laudo. En la práctica arbitral relativa a la aplicación de normas materiales imperativas, *vid.*, por ejemplo, el asunto CCI núm. 3790/1983 (*Journ. dr. int.*, 1983, p. 910), sobre la expulsión por Libia de ciertos miembros del personal egipcio de un contratista europeo, en aplicación de ciertas normas libias sobre seguridad nacional (existía un conflicto armado entre Egipto y Libia), calificadas por el árbitro como de *public policy*. También, el asunto CCI núm. 1782 (*Journ. dr. int.*, 1975, p. 923), en relación a la ejecución parcial por una sociedad alemana de un contrato de construcción que la vinculaba con una sociedad yugoeslava para fletar una serie de camiones para tres obras que se estaban realizando en un Estado árabe (se apeló a la consideración de material imperativa de la normativa relativa a visados. Parte de los representantes de la sociedad alemana, nacionales israelíes, no pudieron conseguir los visados para entregar los materiales en las obras de construcción). Asimismo, el asunto CCI *NOC v. Libyan Sun Oil (I.L.M.*, 1990, p. 565; *vid.*, Sent. Trib. Federal de Delaware de 15 de marzo de 1990, *I.L.M.*, 1990, p. 716, y AUDIT, B.: "L'affaire NOC v. Libyan Sun Oil Company", *Rev. arb.*, 1991, p. 263), donde el inversor americano apeló a las prohibiciones decretadas por el Gobierno americano (normas materiales imperativas) sobre desplazamiento de personas y ciertas transferencias de tecnologías a Libia. O el asunto CCI núm. 6320/1992 (*Bull. CCI*, 1995, p. 59), respecto de un contrato de construcción que vinculaba a un contratista americano y un cliente de Brasil, en la que se aplicó la USA RICO *statute* contra el *racketeering* aun cuando la *lex contractus* era la ley brasileña. También, el asunto CCI núm. 9333/1998 (*Bull. CCI*, 1999, p. 102), en el que se aplica la USA *Foreign Corrupt Practice Act* a un contrato sometido a la ley suiza entre un Estado y una corporación americana. El asunto CCI núm. 5622/1988 (*Rev. de l'arb.*, 1992, 2, p. 327), sobre un contrato de aprovisionamiento de equipos para la gerencia de la ciudad de Argel, sometido a la ley suiza, en el que se aplica la Ley argelina núm. 78-02 sobre Monopolio del Estado de Transacciones Comerciales o el asunto CCI núm. 8891/1999 (*Journ. dr. int.*, 2000, p. 1076).



consideración de aquellas normas materiales imperativas ajenas a la *lex contractus* por la existencia de cláusulas en la mayoría de los contratos tipo y las condiciones generales relativas a los contratos de ingeniería, determinantes del régimen regulador del fondo del contrato, que exigen el respeto a las normas y reglamentos del Estado del lugar de ejecución de la obra. Entre ellas cabe destacar las normas relativas a la construcción, el urbanismo, la seguridad e higiene en el trabajo, referidas al medioambiente, los permisos de construcción o las regulaciones sobre especificaciones técnicas en la construcción de edificios<sup>1216</sup>.

En este sentido se redactan las cláusulas 1.13, 2.2, 2.3 y 4.18 de la *FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*; la cláusula 70 de las condiciones FIDIC, cuando considera la posibilidad de que los cambios - en materia de seguridad, fiscalidad, Derecho laboral o aduanas-, que puedan producirse en las legislaciones de los Estados donde se realiza la obra contratada, afecten a las obligaciones de las partes en el contrato. El art. 36.1 *Model Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of Fertilizer Plant*, cláusula 5.1 de las *ECE General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export*; las cláusulas 10.1 y 10.2 del *Cahier FED-Travaux* o las cláusulas 15.1 y 15.2 de las *FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*<sup>1217</sup>.

---

<sup>1216</sup> *Vid.*, sobre estas cuestiones, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, pp. 554-565 y WIEGAND, CH.: "The Applicable Substantive...", *cit.*, esp. p. 156.

<sup>1217</sup> Así se observa, por ejemplo, en las condiciones de la FIDIC, cuando establecen que la responsabilidad relativa a la obtención de un permiso o licencia para la construcción recae, fundamentalmente, sobre el cliente (la cláusula 26.1 *in fine* de las *FIDIC Conditions – C.E.C. for civil Engineering*). Asimismo, además de la obtención de los permisos administrativos necesarios, no puede olvidarse la importancia de la normativa en materia de higiene y seguridad en el trabajo o protección del medio ambiente (la cláusula 16.4 de las *Conditions particuliers de la FIDIC en materia de empleo de personal local* recomienda al contratista la contratación de trabajadores locales, la cláusula 45 y siguientes de las *Conditions particuliers de la FIDIC* exigen el respeto a las condiciones de vacaciones y días de descanso, conforme a las costumbres o religión del Estado del lugar de construcción de la obra). En todos los ordenamientos existe reglamentación sobre estas cuestiones y, habitualmente, en el contrato de ingeniería, se suele especificar que la observancia de estas

## **B.- Perspectiva judicial: el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales**

La aplicación de las normas materiales imperativas a los contratos internacionales de ingeniería, desde la óptica de un Tribunal ordinario, resulta menos conflictiva. Sobre todo contando con la existencia de un instrumento como el Convenio de Roma de 1980 que legitima su aplicación o su toma en consideración. Tal es así que la operatividad de las normas materiales imperativas se reconoce expresamente en el art. 7 de este Convenio<sup>1218</sup>.

En efecto, en este precepto se admite la posibilidad de aplicar normas imperativas distintas a las de la ley rectora del contrato<sup>1219</sup>, de modo que, implícitamente, se reconoce la posibilidad de aplicar las normas materiales imperativas pertenecientes al Derecho del foro (ordenamiento jurídico del juez que está conociendo) y las de un tercer Estado, esto es, normas

---

disposiciones corresponde al contratista. En las condiciones FED (por ejemplo, cláusulas 10.1 y 10.2 *Cahier FED-Travaux*), se indica que en el maestro de obras recae la responsabilidad de recabar los permisos y visados exigidos al personal de servicios para la realización de su trabajo.

<sup>1218</sup> La existencia de una normativa que legitime la aplicación o toma en consideración de las normas materiales imperativas ajenas a la *lex contractus* facilita la actividad del juez o Tribunal, sobre todo respecto de las normas materiales imperativas de terceros Estados (la legitimación para aplicar las normas materiales imperativas de foro se justifica con menor dificultad). En este sentido, pensemos, por ejemplo, además del reconocimiento explícito de su operatividad en los términos del art. 7 del Convenio de Roma de 1980, en el art. VIII.2.b de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional, cuando dispone que “los contratos de cambio que afectando a la moneda de un Estado miembro fueran contrarios a las normas sobre control de cambios de dicho miembro, mantenidas o establecidas de conformidad con este Convenio, no tendrán fuerza de obligar en los territorios de ningún miembro” (esta norma atiende a la política de control de cambios de un tercer Estado). En la jurisprudencia, sobre la moneda del contrato, por ejemplo, Sent. Cour Cass. francesa, de 4 de febrero de 1969 (*Gaz. Pal.*, 1969-I, p. 232) o Sent. Cour Cass. francesa, de 8 de febrero de 1972 (*La Sem. jur.-JCP*, 1973-I, 17386).

<sup>1219</sup> *Vid.* TREVES, T.: “Norme imperative e d’applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980” en *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 35.

materiales imperativas diferentes a las del juez que está conociendo (*lex fori*) y a las de la ley aplicable al contrato (*lex causae*)<sup>1220</sup>.

Por lo que se refiere a las normas materiales imperativas del foro, el Tribunal ordinario competente, en nuestro caso, el Tribunal español, está obligado a su aplicación respecto de los contratos internacionales de ingeniería. El art. 7.2 del Convenio de Roma dispone que “las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”.

En consecuencia, a las exigencias de la *lex contractus*, el Tribunal competente acumulará la aplicación de aquellas normas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, sean consideradas como materiales imperativas y afecten a los contratos internacionales de ingeniería. Serían normas tales como, por ejemplo, las normativas españolas relativas a especificaciones técnicas sobre la ejecución del inmueble objeto de construcción, las normas sobre urbanismo o la normativa relativa a las obras públicas. Ello obligará al juez, además de a verificar la imperatividad material de la norma en cuestión, a comprobar que el supuesto de hecho litigioso se ubica dentro del ámbito de aplicación material y espacial de la norma material imperativa del foro, esto es, afecta a los intereses del Estado en cuestión<sup>1221</sup>.

---

<sup>1220</sup> Vid. LIENARD-LIGNY, M.: “Forme du contrat international et lois étrangères internationalement impératives” en nota a Sent. Trib. Mons de 22 de noviembre de 1991, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 773-776. La admisión de la aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado es una cuestión discutida en la doctrina (vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, cit., p. 558y ss).

<sup>1221</sup> En relación con la verificación del carácter de norma material imperativa, vid., SARAVALLE, A.: “Conflitti di leggi...”, cit., p. 918, considerando como tal el art. 18 de la *Ley italiana* núm. 55 de 19 de marzo de 1990, que, para evitar las influencias de ciertos grupos (grupos ilegales organizados, clanes), ha considerado un máximo del 40% de cuota de *subappalto* en los *appalti* públicos. También, GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 555, considerando como material imperativa (aplicable, por tanto, cualquiera que sea la *lex contractus* reguladora del contrato internacional de ingeniería), la Ley francesa núm. 78-12, del 4 de enero de 1978, respecto de la regulación de la responsabilidad del contratista extranjero contra un tercero que ha adquirido un bien inmueble construido en Francia. Sobre

Si la aplicación de las normas materiales imperativas del foro se justifica por la vinculación del juez o Tribunal respecto de las disposiciones de su propio ordenamiento jurídico, no sucede lo mismo respecto de las normas materiales imperativas de terceros Estados. La polémica relativa a su aplicación o toma en consideración ha exigido siempre un esfuerzo argumentativo mayor. De ahí las justificaciones técnicas que se han empleado habitualmente para su aplicación. Por ejemplo, la atención al *orden público del foro* -consideración de contrarios al orden público aquellos contratos cuyo objeto implicase la violación de un Derecho extranjero-. O la subsunción de lo dispuesto en la norma material imperativa extranjera como un *dato* a valorar de acuerdo con la *lex contractus*<sup>1222</sup>.

Por ello, cobra especial relevancia un precepto como el art. 7.1 del Convenio de Roma, como criterio legitimador de la toma en consideración de las normas materiales imperativas de terceros Estados.

A tal efecto, el Convenio de Roma de 1980 exige, para su aplicación, que la norma ajena a la *lex contractus* revista el carácter de norma material imperativa según el ordenamiento jurídico del que proceden<sup>1223</sup>. Así es lo que

---

la consideración como material imperativa en Derecho belga de la norma reguladora de esta misma responsabilidad del contratista, *vid.*, la Sent. Trib. de Bruxelles, de 15 de febrero de 1988, *Rev. dr. comm. belge*, 1990, p. 309. Por otro lado, en relación con la verificación del ámbito de aplicación material y espacial de una norma material imperativa para proceder a su aplicación, MAYER, P., "Les lois de police étrangères", *Journ. dr. int.*, 1981, p. 277; y en la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, la Sent. Cour Cass. francesa, de 18 de julio de 2000 (*Journ. dr. int.*, 2001, pp. 97-99) o la Sent. Trib. Cass. italiano, de 18 de mayo de 1955 (*Giust. Civ.*, 1956-I, p. 1383), respecto de un contrato de *subappalto* no autorizado.

<sup>1222</sup> Sobre los argumentos técnicos de introducción de las normas materiales imperativas de terceros Estados en el régimen de un contrato, *vid.*, VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales, *cit.*", p. 185. Sobre la polémica relativa a la toma en consideración de estas normas, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, p. 558.

<sup>1223</sup> *Vid.*, VIRGÓS SORIANO, M.: "Obligaciones contractuales, *cit.*", pp. 181-188. Sería el caso ya referido de, por ejemplo, el art. 18 de la Ley italiana núm. 55 de 19 de marzo de 1990, relativo a los *appalti* públicos (*vid.*, SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 918). El caso de la Ley francesa núm. 78-12, de 4 de enero de 1978, que se aplicará, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de construcción, a la responsabilidad del *entrepreneur* extranjero contra un tercero que ha adquirido el inmueble construido en Francia (al respecto, *vid.* GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 553). El carácter de norma material imperativa del art. 1792 Code civ. Francés, en materia de responsabilidad de los constructores (*vid.* FOUCHARD, P.: "La responsabilité des constructeurs en droit

se desprende del art. 7.1 del Convenio cuando dice que “según el Derecho de este país (aquél con el que existen vínculos estrechos), tales disposiciones (las normas materiales sobre especificaciones técnicas relativas a la ejecución del inmueble, en materia de seguridad en el trabajo y de los materiales, urbanismo o la normativa de las obras públicas) son aplicables cualquiera que sea la ley que rige el contrato”.

Imperatividad material que no parece dudarse respecto de aquellas normas relativas a la seguridad en el trabajo, por ejemplo, dada la protección de un interés de la naturaleza de la seguridad e higiene en el trabajo, ni de las normas relativas a las obras públicas derivado del carácter administrativo y público de las normas sobre urbanismo. En cualquier caso, esta imperatividad material debe probarse respecto de cada norma que pretenda ser aplicada a través del art. 7.1 del Convenio, al margen de la *lex contractus* reguladora del contrato internacional de ingeniería.

Además de la verificación de este carácter, el art. 7.1 del Convenio exige que el supuesto de hecho, en este caso, los aspectos concretos a regular del contrato internacional de ingeniería, entre dentro del ámbito de aplicación de la norma material imperativa de ese tercer Estado y la situación presente un vínculo estrecho con el ordenamiento jurídico en el que nace esa norma material imperativa. Respecto de las normas materiales imperativas del foro, el juez que conoce ya está vinculado por ellas (es el juez del foro respecto de normas del foro), por eso la exigencia de vinculación estrecha es más significativa respecto de las normas materiales imperativas de terceros Estados (el art. 7.1 del Convenio habla de las “disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación

---

international privé”, Rapport français..., *cit.*, núm. 33). El art. L-241.1 del Code des assurances, sobre seguros obligatorios, también material imperativa en Derecho francés. O el Derecho federal americano relativo a los *Civil Rights in employment*, aplicable a los trabajadores asalariados americanos que trabajan en los Estados Unidos como a aquéllos que lo hacen en construcciones ubicadas fuera de este Estado (al respecto, MYERS, J.M.: “Labour law considerations..., *cit.*, p. 114).

presente un vínculo estrecho”)<sup>1224</sup>.

Por eso, hablaremos a continuación de aquellas normas materiales imperativas de aquellos ordenamientos jurídicos de terceros Estados que, en la práctica, se hallan vinculados con el contrato internacional de ingeniería. La aplicación de las normas materiales imperativas de un tercer Estado, es decir, las de un ordenamiento jurídico distinto al de las normas materiales imperativas del Derecho llamado a ser aplicable y las de la *lex fori*, se refiere, en los contratos internacionales de ingeniería, fundamentalmente, a dos aspectos. En primer lugar, al caso de las normas pertenecientes al lugar de ejecución de las obras. Y, en segundo, a las de la ley del contratista, en caso de que ninguna de estas leyes sea considerada como *lex contractus*, ni la ley del foro.

La admisión de la aplicación de las normas materiales imperativas de un tercer Estado supone, asimismo, una manifestación del intervencionismo del Estado en el ámbito del comercio internacional. En cualquier caso, no debe olvidarse que esta posibilidad de aplicar las normas materiales imperativas de un tercer Estado se presenta como una potestad discrecional del juez. Éste debe valorar en cada caso la conveniencia o no de su aplicación o toma en consideración, bajo el prisma de una interpretación restrictiva, dado que nos encontramos ante una posibilidad excepcional<sup>1225</sup>. La utilización extensiva de esta posibilidad daría lugar a la incertidumbre de la relación contractual, con un claro perjuicio de la seguridad jurídica y la previsibilidad, y, además, supondría un fraccionamiento excesivo de la legislación aplicable al contrato.

---

<sup>1224</sup> Vid., VIRGÓS SORIANO, M.: “Obligaciones contractuales, *cit.*”, pp. 181-188, RIGAUX, F. - FALLON, M.: *Droit international privé, cit.*, p. 565. Vid. *Sentencia del Tribunal de La Haya, de 17 de septiembre de 1982 (Rev. cr. dr. int. pr., 1983, p. 473)*, en la que no se tuvieron en cuenta las normas americanas imperativas (sanciones contra la antigua URSS) por no existir vinculación suficiente con el contrato (suministro de mercancías respecto de la construcción de un gaseoducto).

<sup>1225</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Contratación internacional...*, *cit.*, p. 127.

Con todo, también es cierto que, en un marco concreto como es un régimen convencional uniforme como el Convenio de Roma, la aplicación de las normas materiales imperativas de terceros Estados puede favorecer la integración de la situación jurídica ya que se tomarían en cuenta normas que, en la práctica, afectan al contrato de ingeniería y condicionan su posible ejecución. Todo ello, además de que, asumiendo las autoridades de foro, las españolas, en nuestro caso, la posibilidad de aplicar normas materiales imperativas de terceros Estados, se crean las condiciones para que los jueces y autoridades extranjeros tengan en cuenta las normas materiales imperativas españolas (desde su óptica, normas materiales imperativas de terceros Estados). Es lo que se denomina reciprocidad en sentido positivo, emparentado con el principio de solidaridad o de comitas gentium: se aplican las normas materiales imperativas extranjeras, en lo que ahora interesa, las relativas a los contratos internacionales de ingeniería, para que las autoridades extranjeras hagan lo propio con las normas materiales imperativas españolas en la misma materia<sup>1226</sup>.

---

<sup>1226</sup> *Vid.*, VIRGÓS SORIANO, M.: “Obligaciones contractuales...”, *cit.*, p. 184.

**TERCERA PARTE:**  
**LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS  
CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA**

**CAPÍTULO IV:**  
**LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS  
INTERNACIONALES DE INGENIERÍA**

**I.- Introducción**

***1.- Las características propias de los contratos internacionales de ingeniería  
en la resolución de controversias***



Constituye un lugar común en la doctrina aceptar que en los contratos internacionales de ingeniería existe una “certain inevitability to disputes”<sup>1227</sup>. Sus específicas características inciden directamente en el ámbito de la resolución de controversias. En este trabajo ya se ha hecho referencia a alguna de ellas, entre las que citamos ahora, la larga duración del contrato, su naturaleza jurídica, la complejidad de las operaciones a realizar y el alto coste de su ejecución. Asimismo, la posición de los sujetos en el contrato afecta a la solución de controversias; no puede olvidarse, así, que el conflicto de intereses presente en estas operaciones puede involucrar a entidades públicas o sociedades de inversión.

Desde una perspectiva general, debe valorarse la incidencia de otros factores como los cambios económicos, políticos o legislativos que afectan habitualmente a estos contratos de realización de obras debido a su larga duración. Piénsese, por ejemplo, en la falta de estabilidad de los gobiernos de los países en vías de desarrollo o los cambios producidos en los países de Europa del este en los últimos años, que influyen en la resolución de controversias en cuestiones como la validez de una cláusula arbitral debido a la desaparición de las instituciones arbitrales, o la sumisión al arbitraje sin un sistema de derecho privado desarrollado o sin el apoyo de un sistema jurisdiccional acostumbrado a los litigios del comercio o a la ejecución de laudos arbitrales<sup>1228</sup>. Asimismo, la reducción de la utilización de fondos públicos para la realización de obras de infraestructura dota de una mayor importancia a los mecanismos de financiación y a los seguros que se presentan como elementos susceptibles de generar disputas. Éstos afectan a la negociación del contrato –en la que se busca la opción que sea susceptible de una mejor financiación- o a la fase de renegociación, en caso de controversia, donde deban modificarse los términos de financiación.

---

<sup>1227</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: “Settlements in International Construction”, *Dispute Resolution Journal*, julio-septiembre 1995, pp. 80 y ss.

<sup>1228</sup> Vid. BÖCKSTIEGEL, K., H.: “Practical Problems in Resolving Disputes in an International Construction and Infrastructure Project”, *International Business Lawyer*, mayo 1999, pp. 196-

Más concretamente, también pueden señalarse otras circunstancias que interfieren de modo directo en el desarrollo del procedimiento, como son, la ingente documentación requerida que demorará, sin dudas, la resolución de la disputa. Así como la participación de numerosas empresas colaboradoras y subcontratistas que llevan a la utilización del denominado arbitraje multiparte.

En definitiva, todos estos aspectos dotan a los contratos internacionales de ingeniería de una especial tendencia a la litigiosidad y de unas características propias en la resolución de sus controversias. No en vano se ha afirmado que los contratos internacionales de ingeniería están “particularmente inclinados a atraer disputas”<sup>1229</sup>. Por ello, resultará necesario evitar o resolver el mayor número de litigios a través de vías alternativas que, bien de manera preventiva, o bien de forma expeditiva, resuelvan los problemas. Con la particularidad, en estos contratos, de desarrollarse sin paralizar los trabajos de realización de la obra y, por tanto, sin interrumpir la continuidad de la ejecución del contrato. Hecho que evita que las partes acudan al sistema de resolución como una vía dilatoria del normal desarrollo de las obras. Por esta razón analizaremos los procedimientos preventivos, que evitan la formación de una disputa, y los mecanismos prearbitrales, que resuelven las controversias con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral. Instrumentos que pueden considerarse habituales y que se combinan entre sí, caracterizando la resolución de controversias en el ámbito de los contratos objeto de nuestro estudio.

Además, como veremos, estas vías suelen integrarse en el contrato como un sistema jerarquizado para la solución de disputas con base en la colaboración de las partes en el contrato. Éstas deben, pues, notificarse la existencia de cualquier problema y negociar su solución. Sólo ante la inexistencia de acuerdo, las partes acudirán a la intervención de un tercero

---

199.

<sup>1229</sup> Vid. HOFFMANN, B.: “International Construction Arbitration”, *ICLR*, 1989, pp. 214-240.

imparcial o un mecanismo prearbitral. Y, finalmente, si no se alcanza una solución satisfactoria a través de este instrumento, puede recurrirse al arbitraje.

En definitiva, nos encontramos ante dos fenómenos que se concretan en (1) la prevalencia de la vía arbitral frente a la judicial y (2) el fomento de nuevos mecanismos de prevención de disputas en los contratos internacionales de ingeniería. Y es que no puede perderse de vista que una manera de dinamizar el sector consiste en facilitar las inversiones de contratistas extranjeros en obras de ingeniería, a través, precisamente, del establecimiento de un sistema de resolución de controversias imparcial y eficaz.

En cualquier caso, el recurso a estos nuevos procedimientos y su manera de combinarse queda en manos de la autonomía de la voluntad de las partes, que podrán pactar en el contrato la solución que deseen. Por esta razón y pese al recurso generalizado al procedimiento jerarquizado o escalonado en este tipo de contratos –como ocurre en el asunto Eurotúnel–, también se encuentran soluciones diferentes. Por ejemplo, en el contrato de ingeniería celebrado entre una empresa de ingeniería alemana y el Ministerio iraquí de Obras Públicas para la realización de una autopista en Irak, el sistema de resolución de controversias partía de la conciliación entre las partes. En caso de desacuerdo, la disputa se sometía a un *Planning Board* (mecanismo prearbitral de ADR) y, finalmente, las partes podían acudir igualmente a los tribunales iraquíes competentes<sup>1230</sup>.

## **2.- La vía arbitral como alternativa a la justicia estatal**

---

<sup>1230</sup> Vid. la Sentencia del TJCEE, de 15 de junio de 2000, núm. 237/98 P, en el asunto Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de

El arbitraje comercial internacional se presenta, actualmente, como una indiscutible alternativa a los tribunales estatales en la resolución de controversias. Concretamente, se considera un método "tradicional"<sup>1231</sup> en el ámbito de la construcción por su carácter neutral y especializado. Estos rasgos generales del arbitraje se agudizan especialmente en los contratos internacionales de ingeniería. La habitual participación de empresas públicas como parte en el contrato y el carácter extremadamente técnico del objeto de sus disputas, agudizan la exigencia de la intervención de árbitros imparciales y altamente cualificados.

Los arbitrajes en este sector se han denominado "arbitrajes de construcción" y se definen como aquellos arbitrajes referidos a toda clase de disputas que puedan surgir de un contrato de construcción de una obra, principalmente, los relativos a la ejecución de los servicios (por ejemplo, los servicios de ingeniería) y las prestaciones necesarias para la realización del proyecto<sup>1232</sup>.

De modo general, la opción por el arbitraje acarrea unas ventajas indudables con respecto al recurso a la jurisdicción estatal. En primer lugar, las partes, normalmente, pertenecen a países diferentes y, por ello, prefieren evitar la jurisdicción nacional de alguna de ellas, como opción neutral. Pero, en segundo término, hay otras razones más específicas, como son la informalidad procedimental y la flexibilidad, así como su mayor rapidez y su discreción. Sin olvidar la circunstancia que las partes designan al árbitro/s especializado/s que dirimirá la controversia, de modo que esta vía les ofrece una mayor confianza porque tienen la certeza de la condición de experto del árbitro en la materia objeto de la controversia. A todo ello, debe unirse el hecho de la existencia del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958,

---

las Comunidades Europeas (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

<sup>1231</sup> Vid. KENDALL, J.: "Role of the Expert/Adjudicator in Support of Arbitration in International Long-Term Contracts", *International Business Lawyer*, mayo 1999, pp. 290 y ss.

<sup>1232</sup> Vid. Final Report on Construction Industry Arbitrations, ICC International Arbitration Bulletin, vol. 12, n.2, fall 2001, pp. 8-41, esp. p. 8.

que, dado el altísimo número de ratificaciones, permite el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, prácticamente con carácter universal<sup>1233</sup>.

Además, en este tipo de contratos la práctica pone de manifiesto cómo, mayoritariamente, la sumisión se produce al arbitraje institucional de la CCI, atendiendo a dos razones principales. En primer lugar, porque el modelo contractual más difundido en el ámbito de la construcción internacional es el de la FIDIC, que remite al arbitraje CCI. Y, en segundo, porque los modelos contractuales utilizados por los proyectos financiados por el Banco Mundial, recurren, asimismo, el arbitraje CCI para la resolución de sus controversias.

En este sentido, las cifras de esta institución son muy significativas, por ejemplo, en el año 1984, el número de asuntos arbitrales de la CCI referidos al campo de la construcción se situaba en un porcentaje del 28.7% con respecto al total. Con la precisión de que, después de una década, en 1997, la cifra de arbitrajes sometidos a la CCI sobre esta materia se situaba en el 14%, con respecto al volumen total de asuntos resueltos por esta institución<sup>1234</sup>.

Así, y gracias a la FIDIC, en los contratos internacionales de ingeniería existe un sistema de reglamentación de litigios “integrado”<sup>1235</sup> en el contrato que analizaremos. Esta circunstancia presenta la ventaja para las partes de conocer *a priori* el sistema de resolución de sus controversias futuras y se caracteriza, además, por imponer la obligación contractual en el convenio arbitral de continuar las obras en caso de disputa.

---

<sup>1233</sup> Vid. CUSHMAN, R.-HEDERMANN, C.-TUCKER, A.: *Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry*, New York, Wiley Law Publications, 1991, p. 83.

<sup>1234</sup> Vid. SEPPALA, C.: "Commentary on ICC Awards Dealing with the FIDIC International Conditions of Contract", *International Court of Arbitration Bulletin*, noviembre, 1998 y *RDAl/IBLJ*, núm. 6, 1999, pp. 700 y ss.

<sup>1235</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 464.

### **3.- El desarrollo de los mecanismos de ADR –Alternative Dispute Resolution-**

En los últimos años, las modalidades alternativas de solución de conflictos, conocidas por el acrónimo de sus siglas en inglés *ADR - Alternative Dispute Resolution-* han experimentado un desarrollo importante<sup>1236</sup>. Nos encontramos ante procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje queda excluido<sup>1237</sup>.

Las circunstancias que han llevado al desarrollo del denominado movimiento de ADR<sup>1238</sup> para los conflictos que se plantean en este sector de la ingeniería son tres. a) En primer lugar, las necesidades prácticas en este tipo de contratos de larga duración. b) En segundo lugar, el carácter cada vez más sofisticado del arbitraje. c) Y, finalmente, los inconvenientes que plantea en estos contratos en los que los procedimientos arbitrales en este ámbito resultan demasiado largos y costosos.

Por esta razón, las características propias de estos negocios jurídicos exigen una adaptación de los métodos de resolución de controversias –no sólo el arbitraje, sino también de las técnicas de ADR- a sus específicas necesidades<sup>1239</sup>.

---

<sup>1236</sup> Vid. CALLER, R.: *ADR and Commercial Disputes*, London, Sweet and Maxwell, 2002, p. 12.

<sup>1237</sup> Según la noción del *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* de la Comisión Europea, de 19 de abril de 2002. Vid. el Documento COM (2002) 196 *final*, p. 6. Así como el Informe sobre este *Libro Verde* del Parlamento Europeo, de 21 de febrero de 2003, Documento de sesión A5-0058/2003 y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el mismo texto publicado en el DOCE, de 8 de abril de 2003, pp. 8-13.

<sup>1238</sup> Vid. BARONA VILAR, S.: Solución extrajudicial de..., *cit.*, p. 52.

<sup>1239</sup> Vid. BÖCKSTIEGEL, K., H.: "Practical Problems in...", *cit.*, p. 198.

En este sentido, esta adaptación se centra, fundamentalmente, en dos razones. En primer lugar, se necesitan unos mecanismos contractuales que, previamente al procedimiento arbitral, solucionen con carácter inmediato las disputas entre las partes, la modificación del contrato o la falta de especificaciones del proyecto<sup>1240</sup>. En segundo término, la necesidad de intervención de una tercera parte neutral y especializada que, vinculada directa y permanentemente a la ejecución de la obra, resuelva las disputas o conserve las pruebas para un futuro arbitraje<sup>1241</sup>. Precisamente, la nueva reglamentación de la CCI en materia de ADR denomina a esta tercera parte imparcial “the neutral”<sup>1242</sup>.

Particularmente, en relación con los contratos internacionales de ingeniería, las cuestiones objeto de controversia son numerosas y altamente técnicas, razón por la que se requiere la opinión de un ingeniero especializado en la materia objeto de la controversia en muchas ocasiones, y que obre con la mayor rapidez posible<sup>1243</sup>.

En este sentido, la intervención de técnicos especializados para asesorar a las partes en la solución de las diferencias y la adaptación de los mecanismos a las particularidades de estos contratos se convierte en una necesidad que caracteriza el sistema de resolución de controversias<sup>1244</sup>. Así, la participación de técnicos expertos se produce a lo largo de todo el sistema

---

<sup>1240</sup> Vid. MACKIE, K.: *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, London, Butterworths, 2000, p. 183.

<sup>1241</sup> Vid. JARVIN, J.: “Alternative Solutions to the Decision of the Engineer” en *International Council for Commercial Arbitration*, 1990, Kluwer, serie de Congresos, núm. 5, pp. 385 y ss.

<sup>1242</sup> Vid. las *ICC ADR Rules*, publicadas en junio de 2001, que sustituyen a las reglas de conciliación de la CCI de 1988 y *ADR International Applications*, París, CCI, 2001, publicación CCI núm. 640, pp. 34 y ss.

<sup>1243</sup> Vid. SANTOS, G.: “The Advantages of Arbitration in Construction Contracts”, *Revue suisse du droit international de la concurrence*, 1983-1984, pp. 85 y ss.

<sup>1244</sup> Vid. DERAIS, Y.: “Effective Proceedings in Construction Cases”, en *International Council for Commercial Arbitration*, 1990, Kluwer, serie de Congresos, núm. 5, pp. 351 y ss.

resolutorio, desde la intervención del ingeniero –como primer paso-, hasta el arbitraje –como fase más avanzada-<sup>1245</sup>.

Además, es precisamente el carácter cuasi-judicial del arbitraje el que parece impedir que las partes se enfrenten en un procedimiento arbitral y, al mismo tiempo, mantengan un cierto grado de armonía y colaboración en el desarrollo del proyecto<sup>1246</sup>. Inevitablemente, esta situación litigiosa repercutirá negativamente en la ejecución del contrato que, además, no debemos olvidar, suele ser de larga duración<sup>1247</sup>. Es por ello que, en muchas ocasiones, la existencia de ese vínculo contractual entre las partes les llevaba a retrasar el comienzo del proceso arbitral hasta la finalización del proyecto. De manera que, cuando llegaba el momento de resolver el conflicto, como habían existido tensiones internas durante el periodo de ejecución del contrato, lo que inicialmente era una pequeña controversia se había convertido –generalmente- en un litigio de grandes dimensiones<sup>1248</sup>.

Las ventajas que aportan las técnicas de ADR se concretan, entre otras, en favorecer un acceso a la justicia más rápido en comparación con las vías judicial y arbitral. Además, se caracterizan por su flexibilidad en la elección de sus miembros y en el procedimiento a seguir y por resultar una opción menos costosa económicamente. Estas características han llevado a que estas técnicas susciten un interés que a nivel europeo se ha tildado de “prioridad política”<sup>1249</sup>.

De esta suerte, se trata de una vía mucho más expeditiva que la arbitral en cuanto que, con carácter general, los plazos previstos son mucho

---

<sup>1245</sup> Vid. DAVIES, M.: “Dispute Resolution in International Long-Term Construction and Infrastructure Projects: the Private Finance Initiative”, *International Business Lawyer*, mayo 1999, pp. 209-211.

<sup>1246</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice*, London, Sweet and Maxwell, 1999, p. 137.

<sup>1247</sup> Vid. CALLER, R.: *ADR and Commercial...*, cit., p. 22.

<sup>1248</sup> Vid. MYERS, J.J.: “Could Arbitration be...”, cit., p. 316.

<sup>1249</sup> Vid. el Libro Verde sobre..., cit., p. 10.



más breves, como veremos. De ahí que, por lo que a lentitud se refiere, el arbitraje quedaría asimilado a la jurisdicción en este tipo de contratos<sup>1250</sup>. Precisamente, se están desarrollando las técnicas de ODR –*on line dispute resolution*–, bajo el soporte de internet, sobre las que la Comisión europea se encuentra trabajando actualmente<sup>1251</sup> y que contribuyen a simplificar y a acelerar estos trámites.

Y, además, es una vía más económica en cuanto que se estima que el coste de los miembros de uno de los mecanismos de ADR, el DAB –*Dispute Adjudication Board*–, durante un periodo de cinco años, por ejemplo, probablemente sería menor que el del tribunal arbitral, si el proceso se lleva a cabo una vez finalizados los trabajos<sup>1252</sup>.

Todas estas circunstancias han desencadenado un desarrollo muy notable de las técnicas de ADR en este tipo de contratos, que se imponen con preferencia a la vía arbitral<sup>1253</sup>. Tanto es así que se ha afirmado que las técnicas de ADR se han convertido, de hecho, en el procedimiento preferido para la resolución de controversias en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería<sup>1254</sup>.

En las técnicas de ADR, donde las partes someten sus diferencias a una tercera parte imparcial, en la mayor parte de los contratos internacionales de ingeniería, se establecen como un mecanismo al que debe acudirse con carácter previo antes del arbitraje, junto a la posibilidad de la resolución amistosa de controversias<sup>1255</sup>. El carácter preliminar de las técnicas de ADR se presenta con especial fuerza en estos contratos y se ha

---

<sup>1250</sup> Vid. MYERS, J.J.: “Could Arbitration be...”, *cit.*, p. 318.

<sup>1251</sup> Vid. el Libro Verde sobre..., *cit.*, p. 20.

<sup>1252</sup> Vid. JARVIN, S.: “Alternative Solutions to the Intervention of the Engineer”, AA.VV.: *ICCA Stockholm arbitration congress-working group II*, 1990, p. 391.

<sup>1253</sup> Vid. DAVIES, M.: “Dispute Resolution in...”, *cit.*, p. 210.

<sup>1254</sup> Vid. STEIN, G.M.S.: *Construction Law*, vol. IV, Nueva York, Lexis Publishing, 2000, p. 21-114.

<sup>1255</sup> Vid. STEIN, G.M.S.: *Construction Law*, *cit.*, p. 21-114.

subrayado como una posibilidad para evitar el exceso de procedimientos judiciales y arbitrales<sup>1256</sup>.

Para su operatividad es necesario que el contrato contenga una cláusula con la inclusión de los procedimientos de ADR, en la que las partes gozan de una amplia discrecionalidad. Por ejemplo, pueden determinar, directamente, el número de miembros de los denominados Comités de Resolución de Litigios –CRL- (normalmente, uno o tres), el procedimiento, la ley aplicable al fondo de la controversia y el idioma<sup>1257</sup>. En cualquier caso, ya se ha comentado que las ediciones más actuales de los contratos modelo en materia de ingeniería proponen cláusulas al respecto. Precisamente, los modelos contractuales de mayor difusión introducen, como veremos, cláusulas contractuales que contienen mecanismos previos a la vía arbitral, esto es, técnicas de resolución alternativas.

Bajo esta perspectiva, las técnicas de ADR y los procedimientos arbitrales se consideran vías complementarias. De modo que, si las partes no son capaces de resolver sus diferencias a través de ADR, pueden acudir al arbitraje<sup>1258</sup>. Incluso, una vez iniciado el procedimiento arbitral pueden desarrollarse mecanismos de ADR<sup>1259</sup>.

Por ello, entre los mecanismos de resolución de controversias haremos referencia, junto al arbitraje, a las técnicas de ADR que gozan de mayor difusión en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería y entre los que cabe destacar la conciliación, la mediación, los Comités de Resolución de Litigios –DAB y DRB- o los *mini-trials*<sup>1260</sup>.

---

<sup>1256</sup> Vid. el Libro Verde sobre..., cit., p. 16.

<sup>1257</sup> Vid. CALLER, R.: ADR and Commercial..., cit., p. 54.

<sup>1258</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, cit., p. 137.

<sup>1259</sup> Vid. la *Guide to ICC ADR Rules*, publicada en junio de 2001, p. 4.

<sup>1260</sup> En ocasiones, no coincide la enumeración de las técnicas que se integran bajo esta denominación. Sólo a modo de ejemplo, en las citadas Reglas de la CCI sobre ADR de 2001, no se incluye la conciliación expresamente, si bien se especifica que sustituyen a las Reglas de conciliación de 1988 (*Vid. ICC ADR Rules...*, cit., p. 2). Sin embargo, el Proyecto de Guía

No obstante, en los contratos internacionales de ingeniería inciden otros factores, como la intervención del Estado como parte en el contrato, que afectan a la resolución de controversias y que exigen una aproximación.

#### **4.- La intervención del Estado**

A lo largo de este trabajo se ha señalado que, en muchas ocasiones, es el Estado, o una delegación pública, el que ocupa la posición jurídica de cliente en el contrato destinado a promover la realización de obras públicas de infraestructura.

En estos casos debe tenerse en cuenta, como ya hemos visto, que en muchos ordenamientos jurídicos –fundamentalmente, los de tradición romanista- este tipo de contratos se regulan por el Derecho administrativo, mientras que, en los sistemas de corte anglosajón, dada la ausencia de distinción entre Derecho público y privado en los mismos, cabrían dentro de la esfera del Derecho privado. Esta circunstancia puede incidir en el ámbito de la resolución de controversias, puesto que determinados sistemas presentan, en su legislación interna, límites a la voluntad de las partes que impidan someterse al arbitraje y otros mecanismos de resolución de controversias. De modo que puede resultar obligatorio acudir a la vía judicial cuando se trate de contratos administrativos, salvo autorización administrativa o gubernamental para recurrir a la vía extrajudicial.

---

para la promulgación de la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI, utiliza el término conciliación “como sinónimo de todos estos procedimientos” (los atinentes a vías alternativas de resolución de controversias, que pretende regular la Ley Modelo). *Vid.* el Proyecto de Guía para la promulgación de la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI , de 12 de octubre de 2001, documento A/CN.9/WG.II/WP.116, p. 6. De modo general, y también en estos dos casos, se excluyen la negociación y el arbitraje de las técnicas de ADR.

En otros casos, se favorece la vía arbitral cuando los ordenamientos jurídicos quieren atraer inversiones extranjeras para la realización de obras públicas de infraestructura, garantizando al contratista inversor un mecanismo imparcial y más rápido que la vía judicial para la resolución de controversias.

Efectivamente, con frecuencia el Estado actúa como cliente en un contrato internacional de ingeniería y se someten las controversias a arbitraje comercial internacional. No obstante, deberá tenerse en cuenta si el Derecho interno del Estado parte permite la posibilidad de que los contratos públicos recurran a arbitraje, aunque se trata de una posibilidad prevista en convenios internacionales en materia de arbitraje como pueden ser el Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional y el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (del que se deriva el citado CIADI).

Por lo que se refiere al caso español, en defecto de aplicación de estos Convenios, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige la autorización del Consejo de Ministros para establecer una cláusula de sumisión a arbitraje en los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero con empresas extranjeras<sup>1261</sup>.

En materia de financiación privada de obras públicas encontramos una orientación diferente en nuestro ordenamiento jurídico, donde existe ya un Proyecto de Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas en proceso de tramitación parlamentaria<sup>1262</sup>. Esta iniciativa legislativa es otra propuesta de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la que la regulación de este contrato establece, sustancialmente, tres vías de financiación para la construcción de obras de infraestructuras.

---

<sup>1261</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los contratos internacionales de...", *cit.*, p. 337.

<sup>1262</sup> Vid. DOCCGG, serie A, 21 de junio de 2002, núm. 99, pp. 1 y ss.

Además de la financiación pública (contando con ayudas comunitarias), se prevé el pago anticipado por el contratista y su devolución aplazada por la Administración y la modalidad de financiación privada en régimen de concesión y explotación. Esta última vía es la que desarrolla la iniciativa legislativa. El sistema del Proyecto de ley prevé que sea la parte contratista la que asuma los riesgos de construcción, conservación y explotación.

Por lo que respecta a la resolución de controversias, la Propuesta de ley somete estos contratos a los órdenes administrativo y civil de la Administración concedente<sup>1263</sup>. En este sentido, sorprende que no se hayan incluido los mecanismos de resolución de controversias que propone la UNCITRAL, precisamente, en su Guía legislativa sobre proyectos de financiación privada<sup>1264</sup>. En ella, se sugiere un sistema de prevención de disputas para la solución de controversias que consiste, como veremos, en la composición de un *Dispute Avoidance Procedure* –DAP–, fomentando la vía asociativa.

La consideración del Estado como parte en el contrato y, por ende, en la resolución de controversias, ha sufrido su propia evolución en el ámbito de la práctica arbitral. Lo cierto es que cada vez es más habitual que los Estados sometan las diferencias que puedan surgir de los contratos que concluye con particulares a arbitraje internacional, y que esta elección se interprete como una renuncia de sus propios privilegios.

Así, si nos remontamos al asunto *Aramco*<sup>1265</sup>, que enfrentaba al Gobierno de Arabia Saudita con una petrolera norteamericana, el tribunal concluyó que por el principio de inmunidad de jurisdicción, este Estado no podía someterse a ley de otro Estado, por lo que rechazó la aplicación del

---

<sup>1263</sup> Vid. art. 260 del Proyecto *cit.*

<sup>1264</sup> Vid. la *Guía Legislativa de la CNUDMI* c, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, doc. Núm. A/CN.9/SER. B/4. p. 195 y el Informe del grupo de trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, de 26 de septiembre de 2002, doc. núm. A/CN.9/521.

<sup>1265</sup> Vid. Int. Law Reports, 1963, 117.

Derecho suizo y determinó que el procedimiento arbitral se regiría por las normas del Derecho internacional (distinguiendo entre la ley aplicable al fondo de la controversia y la ley aplicable al procedimiento arbitral).

En otro asunto arbitral posterior, el llamado *British Petroleum*<sup>1266</sup>, el tribunal arbitral rechazó el principio de inmunidad de jurisdicción considerando que la existencia de un convenio arbitral en el contrato implicaba la renuncia, por parte del Estado, a la especial protección de la que goza. En la misma línea, en el asunto *Texaco*<sup>1267</sup>, el árbitro consideraba que las partes en su elección evitaban implícitamente los tribunales locales y que presumían que los eventuales procedimientos arbitrales se regirían por el Derecho internacional.

En otras ocasiones, la práctica arbitral ha considerado, cuando participaba un Estado, que las normas procesales más apropiadas aplicables al arbitraje eran, precisamente, las de la institución arbitral. Y así, por ejemplo, el asunto *Algerian State Enterprise v. African State Enterprise*<sup>1268</sup>, el árbitro aplicó las normas de la CCI.

## II.- La resolución de controversias en el asunto Eurotúnel

### 1.- Introducción

---

<sup>1266</sup> Vid. *British Petroleum Co. (Libya) Ltd. V. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 de octubre de 1973, ILR, 1979, 177.

<sup>1267</sup> Vid. *Asunto Topco v. Libya*, 1978 (*Asunto Texaco Libia* 1977, 53, *Int. L.R* 389).

<sup>1268</sup> Vid. el asunto CCI núm. 3099/1982.

El asunto Eurotúnel se presenta como un excelente ejemplo de las particularidades que presentan los contratos internacionales de ingeniería en el ámbito de la resolución de controversias. En este caso, nos encontramos con el recurso a los mecanismos que se han señalado como habituales para resolver las disputas que generan estos contratos. Así, y como veremos, se utilizaron procedimientos prearbitrales de ADR, arbitrajes desarrollados en el seno de la CCI, e incluso, se recurrió a los tribunales estatales para la solicitud de medidas cautelares.

Las disputas surgidas fueron resolviéndose progresivamente por el órgano prearbitral, creado *ad hoc* en el contrato de ingeniería. Sin embargo, surgieron controversias relativas a la instalación de los equipos fijos de refrigeración que no estaban previstos en el contrato de ingeniería. Estos problemas llevaron a activar la maquinaria de resolución de controversias prevista en el contrato. Así, se sometieron al órgano prearbitral, que dictó unas decisiones que una de las partes recurrió en procedimientos arbitrales ante la CCI y que exigió, simultáneamente, la intervención de los tribunales estatales en la adopción de medidas cautelares.

Por esta razón, analizaremos, en función de la información con la que se cuenta, cuál fue el desarrollo procedimental para la resolución de controversias en el asunto Eurotúnel que pasa, primero, por el análisis del órgano prearbitral o Comité de expertos (2). Segundo, por el estudio del procedimiento arbitral (3) y, finalmente, por la referencia a la intervención de los tribunales estatales (4).

## ***2.- El Comité de expertos del Eurotúnel***

Una de las particularidades del asunto de túnel del Canal de la Mancha era, precisamente y como se ha señalado, la presencia de una

solución contractual integrada en materia de resolución de controversias. Para ello se estableció un mecanismo prearbitral inspirado en el de las condiciones FIDIC, pero, como veremos, dotado de originalidad en su composición y formación.

Así, la cláusula 67 del contrato de ingeniería establecía la formación de un Comité de expertos con el objeto de resolver, con rapidez y con carácter previo a recurso al arbitraje, las controversias surgidas. En caso de no alcanzar una solución satisfactoria a través de este mecanismo prearbitral –y bajo la condición de su utilización previa- se preveía el recurso al arbitraje de la CCI.

La función de este Comité o “Panel” de resolución de controversias consistía en ofrecer una cobertura ininterrumpida para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de las obras, intentando no paralizar el desarrollo de las mismas y mostrándose disponible en todo momento.

De este modo, el “Panel” quedaba constituido desde el principio del contrato y su duración se prolongaba a lo largo del desarrollo del mismo y hasta el momento último de la expedición del certificado de final de obra – *maintenance certificate*-. Además de su constitución permanente, el Comité debía estar informado regularmente de la marcha de las obras y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información.

Esta particularidad se presentaba como una ventaja, dado que una de las dificultades que presentaba la ejecución del contrato de ingeniería del asunto Eurotúnel era la falta de concreción del proyecto en el momento de la firma. Dada la complejidad técnica del mismo, algunas cuestiones no aparecían especificadas y, por ello, procedía la existencia de un órgano que pudiera mediar en las negociaciones de las partes sobre estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuara con rapidez y eficacia.



El “Panel” de expertos y el tribunal arbitral trabajaban de forma conjunta. Las controversias eran resueltas, sucesivamente, por los dos órganos –arbitral y prearbitral- y las obras no se paralizaron o retrasaron por razón de discrepancias comerciales o legales. Las partes mostraron su disconformidad con algunas de las decisiones adoptadas, pero debe tenerse en cuenta que para que las decisiones del “Panel” fueran obligatorias tenían que ser emitidas por unanimidad y que, pese a la cláusula de arbitraje de la CCI, todas las disputas se resolvieron con anterioridad a la terminación de la obra. El “Panel” decidió sobre 20 disputas por unanimidad, se dictaron dos laudos arbitrales de la CCI y se obtuvieron dos medidas provisionales – *interim measures*-, una de los tribunales franceses y otra de los tribunales ingleses<sup>1269</sup>.

El procedimiento para el arreglo de diferencias contenido en la citada cláusula 67 establecía un sistema escalonado con dos instancias. Así, obligaba, como primer paso, a someter todo tipo de disputa a un Comité de resolución de litigios –el “Panel” de expertos-. Para ello debía procederse a su composición que, en este caso, tenía la condición de un Comité con carácter permanente, que contaba con toda la información sobre el contrato, la obra y su desarrollo y que debían emitir una decisión con carácter previo a la posibilidad de acudir al arbitraje.

Este “Panel” se componía de cuatro ingenieros –dos titulares y dos suplentes- y un presidente que era un catedrático de derecho de nacionalidad francesa. Cada vez que surgía una disputa se sometía a un comité compuesto por dos ingenieros –el titular de cada parte- y el presidente. Los miembros del panel eran de nacionalidad inglesa y francesa y se designaban después de la firma del contrato y durante la duración del mismo, realizando visitas periódicas a la obra durante su realización<sup>1270</sup>. Si las decisiones eran unánimes se convertían en finales y obligatorias para las

---

<sup>1269</sup> Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking..., *cit.*, p. 27.

<sup>1270</sup> Vid. GUILLEMIN, J., F.: “Le tunnel sous..., *cit.*, p. 16.

partes –sin perjuicio de poder recurrirlas en arbitraje<sup>1271</sup>–, así que se veían obligados a dictar decisiones unánimemente, según se exigía en la cláusula 67.2 del contrato.

La elección de los miembros del Panel parece que obviaba determinadas cuestiones relativas a las condiciones que debían reunir los miembros (orígenes y persona que los designaba), circunstancia que podía generar cierta polémica, en caso de desacuerdo de alguna de las partes con la decisión adoptada por el órgano prearbitral<sup>1272</sup>.

Así, el Comité quedaba obligado por las reglas de procedimiento de la cláusula 67 del contrato, y condicionado por la fórmula de derecho aplicable de la cláusula 68 que les inducía, tanto a compatibilizar las culturas jurídicas inglesa y francesa, como a utilizar los principios generales del derecho del comercio internacional aplicados por los tribunales nacionales e internacionales. Por ejemplo, en una de las decisiones del Panel se reconocía como principio común al Derecho inglés y francés el de *pacta sunt servanda* que obliga a las partes de un contrato a cumplir lo pactado

Este Comité de resolución contaba con un plazo de 90 días para la emisión de una decisión prearbitral que pusiera fin a la controversia surgida, como hemos dicho ya. Si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión, podía someterla al procedimiento arbitral. Si, por el contrario, ninguna de ellas se oponía, se convertía en firme y obligatoria para las partes<sup>1273</sup>. El recurso al arbitraje también procedía, según la cláusula 67.3 del contrato, en caso de incumplimiento de la decisión por alguna de las partes o, cuando transcurrido el plazo previsto el Panel no hubiera emitido una decisión.

---

<sup>1271</sup> Se añade que la *House of Lords* apoyó este sistema elegido por las partes y actualmente se reconoce legalmente en la *Arbitration Act* de 1996. Vid. KENDALL, J.: “Role of the..., *cit.*, p. 295.

<sup>1272</sup> Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking..., *cit.*, p. 14.

<sup>1273</sup> Vid. GUILLEMIN, J., F.: “Le tunnel sous..., *cit.*, p. 23.

En cualquiera de estos tres casos, las partes cuentan, de nuevo, con un periodo de 90 días para acudir al arbitraje y se exige la notificación a la otra parte de esta intención.

Se cumple, de esta suerte, la exigencia de un procedimiento prearbitral como requisito previo para poder acudir al arbitraje que establece la FIDIC en sus modelos contractuales. En este caso, no se trataba de una decisión tomada por el ingeniero, de forma imparcial, sino de la creación de una comisión de técnicos especializados para la resolución de la controversia de manera imparcial. De modo que nos encontramos ante un procedimiento escalonado en el que el arbitraje se presenta como una segunda instancia y que exige para su intervención la existencia de una previa decisión del Panel de expertos.

En este supuesto se utilizan los mecanismos prearbitrales de resolución de controversias o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), cuya importancia en estos contratos ya se ha subrayado. El arbitraje se remitía a las Reglas de la CCI y, de hecho, la mayor controversia entre las partes del contrato –*Eurotunnel* y *TML*– se refería al coste del equipamiento instalado en el interior del túnel.

En este sentido se afirma que el Comité de resolución de litigios de las condiciones FIDIC es una forma de *adjudication* –figura de origen inglés prevista en la *Housing and construction Act* de 1996, a la que se hará referencia<sup>1274</sup>-. E, incluso, se ha planteado su naturaleza jurídica como figura de conciliación o de mediación cuando puede ser considerada como un mecanismo prearbitral de ADR que tiene unas características propias e independientes de estas figuras, tal y como veremos más adelante.

---

<sup>1274</sup> Vid. KENDALL, J.: “Role of the...”, *cit.*, p. 296 y MORRIS, M.: “Adjudication as Operated on the Construction of the Dartford River Crossing (The Queen Elisabeth II bridge)”, *Arbitration*, 1994-95, p. 15.

Con todo, el mecanismo previsto en el asunto Eurotúnel, el DAB o *Dispute Adjudication Board* –contenido en las actuales condiciones FIDIC- se modificó atendiendo a las necesidades particulares del proyecto<sup>1275</sup>. Por ejemplo, el número de miembros previsto para el DAB es de tres, pero en el caso Eurotúnel, como ya hemos apuntado, estos Comités se componían teóricamente de cinco miembros<sup>1276</sup>, si bien, en la práctica, decidían tres: presidente y dos miembros –uno elegido por cada parte- y los restantes actuaban de suplentes.

### **3.- Los arbitrajes Eurotúnel**

Según lo previsto en la cláusula 67 del contrato de ingeniería utilizado en el asunto Eurotúnel, como hemos visto, las partes, ante una disputa, debían dirigirse, en primer lugar, al órgano prearbitral –el Comité o Panel de expertos- y, sólo después de su decisión, recurrir al arbitraje. La cláusula contractual remitía al arbitraje de la CCI y determinaba como sede del arbitraje la ciudad de Bruselas.

En consecuencia, la norma aplicable al procedimiento arbitral era el Reglamento de arbitraje de la CCI de 1988, y en caso de lagunas, la ley elegida por las partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral, con referencia o no, a una ley interna de procedimiento aplicable al arbitraje.

El derecho aplicable al fondo del asunto se constituía, como ya se ha comentado, por los principios comunes del Derecho francés e inglés, y en su defecto, por los principios generales del Derecho del comercio internacional,

---

<sup>1275</sup> Vid. KENDALL, J.: “Role of the..., *cit.*”, p. 297.

<sup>1276</sup> Vid. GERBER, P.: “Dispute Avoidance Procedures (DAPS)- the Changing Face of Construction Dispute Management”, *International Construction Law Review*, enero 2001, pp. 122 y ss.

aplicados por los tribunales nacionales e internacionales (tal y como se establecía en la citada cláusula 68 del contrato).

Las disputas que llevaron a las partes a dos procedimientos arbitrales se referían a los trabajos denominados *à forfait* (esto es, por un lado la instalación de equipos fijos, maquinaria eléctrica y mecánica en los túneles y las terminales y, por otro, el diseño y la ejecución de las terminales inglesas y francesas)<sup>1277</sup>, en relación con la instalación de mecanismos fijos en el interior del túnel. Concretamente, la controversia se centró en la instalación de equipos de refrigeración en el interior del túnel que no estaban previstos originariamente.

En el contrato de ingeniería se preveía la posibilidad para el cliente – en este caso, Eurotúnel- de dictar modificaciones sobre la obra *-variation orders-* al amparo de la cláusula 51 del mismo. Modificaciones que debían ser aceptadas por el contratista si resultaban necesarias para la correcta y necesaria realización de la obra. Si estas modificaciones afectaban al precio, éste debía ser pactado por acuerdo entre las partes. En caso de no llegar a un acuerdo, el cliente proponía un precio razonable y sometía la disputa al Panel de expertos, según la cláusula 52 del contrato. En cualquier caso, y de acuerdo con el mandato de la cláusula 67, se establecía, asimismo, la obligación para el contratista de continuar las obras en caso de disputa.

Esto, precisamente, fue lo que ocurrió en este supuesto por cuanto Eurotúnel decidió introducir modificaciones en la obra *-variations orders-* relativas al establecimiento de un sistema de refrigeración *-cooling system-* del túnel que no se había previsto inicialmente. Las partes, ciertamente, iniciaron las negociaciones para pactar el precio del sistema de refrigeración pero no llegaron a un acuerdo.

---

<sup>1277</sup> Además de los trabajos *à forfait*, también existían los denominados a *dépenses contrôlées* y a *fournitures*.

Así, para la resolución del conflicto hubo que dilucidar si la inclusión de estos equipos podía considerarse como una *variation order* o como un incumplimiento contractual. La primera opción suponía una posibilidad de modificación del contrato prevista y admitida en el mismo a instancias del cliente (las denominadas *variation orders*), mientras que la segunda, consistía en un cambio fundamental e irreversible de lo pactado. Ésta última podía interpretarse como un incumplimiento contractual que ofrecía al contratista la posibilidad de rescindir el contrato y solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Además, otro elemento de disputa se refería, precisamente, a la determinación del precio de estos equipos de refrigeración y al hecho de que si las cláusulas de revisión de precios del contrato resultaban aplicables o debían aplicarse otros parámetros por tratarse de un elemento considerado nuevo.

En la azarosa práctica de este supuesto, la primera acción de una de las partes fue, precisamente, acudir a los tribunales ingleses para solicitar una medida cautelar que evitara la suspensión de las obras por parte de los contratistas. Al mismo tiempo, se sometió la disputa al Panel de expertos que dictó una resolución aproximadamente cuatro meses después de la sentencia de la *Court of Appeal* sobre la medida cautelar<sup>1278</sup>.

El 23 de abril de 1992 Eurotúnel presentó la demanda de arbitraje frente a *TML –Transmanche Link-* ante el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de la CCI con el fin de establecer los mecanismos para la determinación del precio y, asimismo, el precio apropiado y razonable que Eurotúnel debía pagar a TML por los equipamientos fijos.

La demanda sometía al arbitraje dos decisiones adoptadas por el Panel de expertos. De modo que el recurso al procedimiento arbitral se

---

<sup>1278</sup> En ella, precisamente, una de las partes alegaba la imposibilidad de acudir al arbitraje de la CCI sin antes agotar la vía del mecanismo prearbitral.

producía por desacuerdo de una de las partes con la decisión adoptada por el órgano prearbitral y no por incumplimiento de una de ellas. El tribunal arbitral dictó una primera sentencia parcial el 30 de septiembre de 1992, en la que invalidaba parcialmente algunos aspectos de las decisiones del Panel relativas a los procedimientos para la determinación del precio de los equipamientos. Además, estableció que las sumas entregadas por Eurotúnel a TML podían ser retenidas por esta última como cantidades a cuenta hasta el momento de la determinación del precio<sup>1279</sup>. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992.

El 25 de marzo de 1993, el tribunal arbitral dictaba una segunda sentencia parcial en la que establecía que las cláusulas de precios *à forfait* se aplicaban a los equipamientos fijos, de modo que la determinación del precio de los mismos debía hacerse de acuerdo con lo establecido en el contrato. Así como la aplicación preferente del art. 52 del contrato frente al 51, en materia de variación de precios. En este sentido, la cláusula 51 establece las variaciones introducidas en la calidad o cantidad de los materiales y el trabajo, mientras que la cláusula 52 se refiere a las modificaciones en las condiciones de ejecución de la obra, que pueden dar lugar a demandas de indemnización por daños y perjuicios más los intereses, en caso de probar que estos cambios han producido un perjuicio. De modo que TML debe presentar sus reclamaciones en el marco de lo dispuesto en el contrato o, en aplicación de los principios de responsabilidad, a través de una demanda de reparación de un perjuicio causado por incumplimiento contractual<sup>1280</sup>.

---

<sup>1279</sup> *Vid.* Primera sentencia parcial, de 30 de septiembre de 1992, asunto CCI sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

<sup>1280</sup> *Vid.* Segunda sentencia parcial, de 25 de marzo de 1993, sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

#### **4.- La intervención de los tribunales estatales en el asunto Eurotúnel**

El asunto Eurotúnel también es significativo de la intervención de los tribunales estatales en la resolución de controversias de un contrato internacional de ingeniería que contiene una cláusula de sumisión al arbitraje. En este caso, las partes solicitaron medidas cautelares ante los tribunales ingleses<sup>1281</sup> y ante los tribunales franceses<sup>1282</sup>.

La particularidad de las medidas cautelares en este asunto se centraba en que una de las partes dirigía su solicitud a un tribunal estatal, no sólo con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, sino previamente a procedimiento prearbitral del Comité de expertos.

Asimismo, estas medidas se solicitaban al tribunal inglés que, según su propia legislación interna, como veremos, carecía de competencia para dictar medidas cautelares en función de un arbitraje celebrado en el extranjero (concretamente, en Bruselas).

Según los hechos, ya hemos visto cómo la parte contratista consideró que Eurotúnel había incurrido en incumplimiento contractual por varias razones, entre las que se encontraba el establecimiento de un precio para la modificación del contrato que no resultaba, a su parecer, razonable y apropiado. Con base en ello, los contratistas decidieron paralizar las obras de instalación del sistema de refrigeración del túnel considerando que estaban legitimados por el incumplimiento contractual de la contraparte.

Esta circunstancia fue debatida por la *Court of Appeal* que precisó que, según el Derecho inglés, en caso de incumplimiento, la contraparte tiene derecho a rescindir el contrato, pero que resultaba muy difícil que, al

---

<sup>1281</sup> Vid. Channel Tunnel Group Ltd. And France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others, 22 enero 1992, 2 All ER 609.

<sup>1282</sup> Sobre la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales franceses no se ha encontrado ninguna referencia, ni doctrinal, ni jurisprudencial.



suspenderse los trabajos, el contrato siguiera vigente (puesto que, según el derecho inglés, la suspensión de las obras implicaba la rescisión del mismo). Sin embargo, las peculiaridades del derecho aplicable al contrato, a las que ya se ha hecho referencia, sí permitían la aplicación de la doctrina de la *exception d'inexécution* o la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, que posibilitaban la suspensión de la ejecución. Posibilidad que quedaba excluida, en cualquier caso, por lo establecido en la cláusula 67 que obligaba al contratista a continuar las obras en caso de disputa.

A la vista de la situación generada, el cliente –Eurotúnel- solicitó ante los tribunales ingleses –en concreto, la *High Court of Justice of England*- una medida cautelar –*interim injunction*- dirigida a evitar la paralización por parte de los contratistas de la instalación de los equipos de refrigeración el túnel, con base en que, contractualmente, quedaban obligados a continuar las obras. La parte contratista solicitó la suspensión del proceso. El tribunal denegó la solicitud con base en el acuerdo previo de los contratistas de no interrumpir el desarrollo de las obras y la imposibilidad de acudir al arbitraje por incumplimiento del requisito de dirigirse previamente al Panel de expertos. Además verificó su competencia para dictar una medida cautelar, aunque no la dictó contra los contratistas advirtiendo que, en todo caso, para paralizar las obras se requería un preaviso a Eurotúnel de 14 días

Recurrida la decisión, la *Court of Appeal* no concedió la medida cautelar por cuanto existía una cláusula de sumisión a arbitraje a desarrollarse fuera del Reino Unido y la disputa era arbitrable<sup>1283</sup>. La justificación se desviaba hacia los criterios de derecho aplicable del contrato a los que ya se ha hecho referencia<sup>1284</sup>. En este sentido, el tribunal consideró que, cuando existe una cláusula de sumisión a arbitraje con el requisito

---

<sup>1283</sup> Al mismo tiempo, se sometió la disputa al panel de expertos que dictó una resolución aproximadamente cuatro meses después de la sentencia de la *Court of Appeal*. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992.

<sup>1284</sup> *Vid.* RUBINO-SAMMARTANO, M.: “The Channel Tunnel...”, *cit.*, p. 9.

previo de un procedimiento prearbitral que no se ha cumplido, el órgano jurisdiccional tiene competencia para dictar una orden de suspensión del procedimiento de una acción pendiente de un arbitraje. No siendo así con la medida cautelar pues la legislación inglesa no permite al juez dictar una medida de esta naturaleza en función de un arbitraje que tiene lugar en el extranjero. Por ello el recurso de los contratistas fue admitido y se dictó la suspensión.

Eurotúnel recurrió la decisión de la suspensión ante la *House of Lords*<sup>1285</sup>, cuya sentencia ponía fin a la controversia denegando el recurso de los apelantes. Así, consideró que el tribunal inglés era competente para suspender el procedimiento respecto de un procedimiento arbitral con sede en el extranjero, aunque no lo era para dictar una medida cautelar en función de ese mismo arbitraje. Teniendo en cuenta además, que la ley elegida como aplicable al procedimiento arbitral era la belga.

Y, además, entre otros aspectos, concretó el término "sede" del arbitraje. Lo hacía en un sentido geográfico como lugar en el que se desarrollaba el procedimiento arbitral –diferente al de la *Arbitration Act* de 1996 que opta por la sede jurídica: el país cuya ley regula el procedimiento arbitral-. Con la consecuencia directa de la atribución de la competencia a los tribunales estatales de este lugar con vistas a controlar o apoyar el arbitraje. Dado que el arbitraje se celebra en Bruselas, la ley del procedimiento del asunto eurotúnel era la belga<sup>1286</sup>.

Así la *House of Lords* afirmaba que el tribunal inglés había dictado la suspensión y que era el Panel de expertos o los árbitros los que debían decidir si solicitaban una final *mandatory injunction*. Y que, asimismo, debían ser el tribunal belga el "juez natural" a efectos de conocer de la concesión de medidas cautelares. Y concluía que *esta estructura neutral anacional y*

---

<sup>1285</sup> Vid. Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others (1993) AC 334.

<sup>1286</sup> Vid. SHERIDAN, P.: Construction and Engineering..., cit., p.125.

*extrajudicial (de resolución de controversias y de derecho aplicable en el contrato eurotúnel) puede haber sido la elección correcta para las necesidades especiales de la realización del túnel del Canal de la Mancha. Pero con independencia de si es correcta o incorrecta, es la elección de las partes. Sin embargo, los demandantes cambian de opinión con respecto a esta elección y acuden a los tribunales ingleses que, en principio, trataban de excluir, pensando que una medida cautelar requiere un grado de inmediatez no previsto en los mecanismos de la cláusula 67 del contrato.*

El juez no dudó de la necesidad de que la jurisdicción estatal refuerce el procedimiento arbitral dictando medidas cautelares en función de arbitrajes, pero no le parece que sea este el caso. Y no le pareció porque concluyó que dictar una medida cautelar en el contexto de este supuesto resultaría *un acto contrario al tenor literal del contrato y al espíritu del arbitraje internacional*<sup>1287</sup>.

Probablemente, en este caso concreto, la crítica subyacente a la falta de poder coercitivo del mecanismo previsto en la cláusula 67 del contrato internacional de ingeniería, no se refería tanto al mecanismo en sí mismo, sino a la precipitación de las partes por acudir a un tribunal que finalmente no resulta competente en materia cautelar. No puede valorarse la eficacia o ineficacia de un mecanismo que ni siquiera había sido puesto marcha.

### **III.- La resolución de controversias en los contratos internacionales de ingeniería**

---

<sup>1287</sup> Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others (1993) AC 334.

## **1.- Introducción**

El asunto Eurotúnel pone de manifiesto toda una serie de dificultades y complejidades que acompañan a la resolución de controversias en los contratos internacionales de ingeniería. De hecho, este supuesto avanza la necesidad de analizar dos cuestiones comunes. Por un lado, los principales problemas que se plantean en las disputas surgidas en este tipo de contratos que, habitualmente -y como hemos visto en los principales contratos modelo-, suelen contar con una cláusula de sumisión al arbitraje -2-. Y, por otro, el análisis de las diferentes técnicas y procedimientos de resolución de controversias y el orden de prelación en el que se establecen en los contratos -3-.

## **2.- Problemas particulares que se suscitan en las disputas en los contratos internacionales de ingeniería**

### **A.- Factores que afectan al desarrollo temporal del contrato**

En los contratos internacionales de ingeniería, tal y como hemos visto en el asunto Eurotúnel, las disputas pueden surgir, no sólo entre los distintos sujetos que intervienen directa o indirectamente en el contrato, sino también, en el seno de las diferentes materias y a lo largo de las distintas fases del contrato de ingeniería, a las que ya se ha hecho referencia en este trabajo y que enumeramos a continuación.

### *a.- La fase inicial del contrato*

En la fase inicial del contrato puede ocurrir que el cliente sea un Estado que realiza una licitación pública para la realización de una determinada obra de infraestructura en la que las bases imponen un modelo contractual estándar -normalmente, las denominadas condiciones FIDIC-. Incluso, aunque no se trate, precisamente, de algún contrato tipo de la FIDIC, seguramente, reproducirá muchos de sus términos -supongamos que es el mismo Estado licitador quien propone o, mejor, impone, su modelo contractual, sin duda basado en los de la FIDIC, herederos de la tradición inglesa que impera en los contratos estándar del sector-.

En este concurso publico los aspirantes apenas cuentan con el tiempo necesario para realizar una valoración objetiva de todos los riesgos a los que está sometida la obra. De modo que, en un momento posterior, será el mismo contratista el que trate de hacer frente a los riesgos no valorados disminuyendo la calidad de los materiales utilizados o de la construcción realizada, situación especialmente conflictiva.

### *b.- La ejecución de las obras*

Pero, también puede ocurrir, de forma muy habitual, que los problemas se susciten, asimismo, durante la fase de ejecución de la obra<sup>1288</sup>. En este momento las disputas típicas radican en la larga duración del contrato. El hecho de que transcurran varios años para la realización de la obra facilita que surjan un número considerable de controversias referidas, por ejemplo, al aumento de costes de la obra. Además, otra de las causas

---

<sup>1288</sup> Vid. MOLINEAUX, Ch.: "Settlements in International...", *cit.*, p. 93.

que da lugar a controversias en el momento de la ejecución es la falta de especificidad de los planos de diseño.

Esta circunstancia puede implicar la inclusión de nuevos diseños no previstos en la proyección original, con el consiguiente aumento de costes y el retraso en el desarrollo de la obra. Tanto es así que se llega a afirmar que las disputas entre el cliente y el contratista relativas a la aprobación de los nuevos diseños, o las órdenes de variaciones o modificaciones sobre lo preestablecido en los planos originales, se presentan como el “campo de batalla” de las disputas entre las partes del contrato internacional de ingeniería<sup>1289</sup>. De hecho, esta es una de las cuestiones objeto de controversia en el asunto Eurotúnel.

### *c.- El periodo de concesión*

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en determinados contratos internacionales de ingeniería, como ocurre con la modalidad BOT –*build, operate and transfer*- el contrato no concluye con la entrega de la obra. Efectivamente, a la realización de la obra le suele suceder un periodo de concesión largo –normalmente, de entre 20 y 40 años- en el que la parte que la ha ejecutado repercute los gastos y realiza beneficios. Y ocurre que en este periodo es perfectamente posible que puedan surgir disputas en relación con circunstancias que no existían en el momento de celebración del contrato. En su previsión las partes pueden haber incluido en el mismo alguna cláusula de renegociación de la relación contractual.

Debido a su larga duración, las cláusulas de renegociación presentes en el contrato se utilizan de forma generalizada en los contratos

---

<sup>1289</sup> *Vid.* HOFFMANN, B.: “International Construction Arbitration...”, *cit.*, p. 230.

internacionales de ingeniería para la solución de los problemas imprevistos. Su gran ventaja consiste en permitir la continuidad de la relación jurídica. Las circunstancias que pueden cambiar a lo largo del desarrollo de la misma son numerosas: Desde, cambios económicos, a gubernamentales o legislativos. Por ello, la cláusula de renegociación debe ser lo suficientemente amplia como para cubrir todos estos acontecimientos que resultaban imprevisibles en el momento de celebración del contrato, así como para evitar la protección de las partes respecto de riesgos cubiertos por el mismo. En definitiva, se trata de dar la oportunidad a las partes de volver a negociar determinados aspectos de su relación jurídica.

Esta situación puede conducir a las partes a que renegocien de buena fe, tratando de buscar una solución justa y satisfactoria, en la medida de lo posible, para sus intereses comunes. Sin embargo, puede ocurrir que las partes hayan establecido la participación de un experto que, de forma independiente y con carácter neutral, intervenga facilitando el proceso de renegociación. Si no llegan a un acuerdo, pueden recurrir a una cláusula de mediación. Así, cuentan con la ayuda de un mediador experto para solucionar el problema y, en caso de fracasar en su intento, podrán acudir al arbitraje. La facultad de resolución en la renegociación de los términos del contrato a través del procedimiento arbitral se puede establecer, bien de modo general en la cláusula de sumisión al arbitraje, o bien, específicamente, en la cláusula de mediación<sup>1290</sup>.

## **B.- Disputas relativas a los sujetos implicados**

---

<sup>1290</sup> Vid. MYERS, J.: "Developing Methods for Resolving Disputes in World Wide Infrastructure Projects", *Journal of International Arbitration*, n. 13, 1996, pp. 101-112.

El contrato de ingeniería internacional, no sólo resulta especialmente conflictivo por cuanto a su larga duración y las distintas fases que se suceden, sino por la complejidad que implica la intervención de numerosos sujetos en su ejecución. Las disputas pueden surgir, perfectamente, entre el cliente y el contratista o, entre este último y el ingeniero, con los socios de la *joint venture* o los subcontratistas.

#### *a.- conflictos entre el cliente y el contratista*

Ésta es una de las fuentes típicas de controversias, como en casi todos los casos, puesto que se trata de conflictos entre las partes principales del contrato: cliente, por un lado, y contratista, por otro. Además, estos problemas pueden suscitarse a lo largo de toda la vida del contrato. La práctica arbitral en materia de contratos de ingeniería se centra en dirimir como cuestión central las controversias entre cliente y contratista que, en definitiva, son las partes principales del contrato, tal y como ocurría en el asunto Eurotúnel y en otros laudos arbitrales<sup>1291</sup>.

Piénsese, a modo de ejemplo, en el laudo arbitral de la CCI, dictado en Londres, relativo a un contrato de instalación de planta industrial en India, celebrado entre una empresa española –como contratista- y otra indú –como cliente-, en el que las partes habían elegido el Derecho inglés como ley aplicable al fondo del litigio. Después de la instalación surgieron varios problemas técnicos que llevaron al cliente al impago de la cantidad final del precio. La empresa española inició el procedimiento arbitral demandando al cliente por incumplimiento contractual y exigiendo, no sólo esta parte del

---

<sup>1291</sup> Sólo a modo de ejemplo, véanse, en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería, los asuntos de la CCI núms. 5600/1987, 5597/1990, 5634/1989, 6326/1990, 5938/1991, 5948/1993 y 7641/1996, publicados en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1999, pp. 19 y ss.



precio, sino también una indemnización por daños a su imagen. La demandada, a su vez, acusó a la demandante de varios incumplimientos contractuales relativos, entre otros, a defectos del equipamiento y retraso en la entrega de la obra<sup>1292</sup>.

Las disputas pueden surgir con anterioridad al inicio de las obras y así puede ocurrir que, una vez firmado el contrato, el cliente decida renunciar al proyecto por bien distintas razones, que abarcan desde los problemas económicos o por presiones de gobiernos locales. El contratista podría reclamar, de acuerdo con los términos del contrato y de la ley reguladora, una indemnización y recuperar los gastos efectuados hasta ese momento.

Una vez entregada la obra pueden surgir determinados defectos que el cliente atribuya a un trabajo defectuoso del contratista y le reclame por ello. O también, en sentido contrario, en los casos de retraso en la construcción de la obra, cuando el contratista culpa al cliente debido a la ausencia de especificaciones técnicas en el momento necesario y reclame.

#### 1.- Disputas relativas al pago

Otro problema típico que se da en relación con otro aspecto del contrato es el referido al pago. Ya hemos visto que, habitualmente, se establece un calendario de pagos que pasa por un fraccionamiento del mismo. Así, para el pago del precio suele darse, en primer lugar, el abono de un anticipo, con posterioridad se establecen unas cantidades mensuales y, en último lugar, se fija la entrega de una cantidad final, después de la terminación de la obra. En ocasiones, el cliente cuando llega el momento de realizar el pago final, puede que realice deducciones a esa suma

---

<sup>1292</sup> Vid. el asunto CCI núm. 9594/1999, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n. 2, fall 2001.

justificándolas en eventuales retrasos en la entrega de la obra, o en deficiencias de la misma con respecto a las especificaciones del proyecto.

Asimismo, puede ocurrir que sea el cliente el que se retrase en los pagos de las cantidades acordadas como anticipo, de modo que el contratista le exija una indemnización por los daños ocasionados por este retraso. En este sentido, en el supuesto relativo a un contrato de ingeniería, la práctica arbitral ha establecido que el contratista no puede reclamar los daños producidos por los retrasos debidos al incumplimiento del contrato por su parte -o a aquellas circunstancias sobrevenidas que resultaban previsibles en el momento de la firma del contrato-<sup>1293</sup>.

## 2.- Disputas derivadas del cambio de circunstancias

Cuando el problema se centra en la concurrencia de nuevas circunstancias imprevisibles que implican un aumento de costes para el contratista, éste sí que puede reclamarlos frente al cliente. Por ejemplo, como ocurrió en un asunto arbitral relativo a un contrato de construcción en el que se produjeron determinados cambios en los materiales utilizados en la obra que no podían preverse razonablemente<sup>1294</sup>, sin perjuicio del reembolso de los costes adicionales<sup>1295</sup>.

Otro de los problemas que se suscitan en relación con las circunstancias imprevisibles, se refiere a que en el país en el que se está ejecutando la obra tenga lugar un conflicto armado. En esta situación caben

---

<sup>1293</sup> Vid. el asunto CCI número 5948/1993, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1998, mayo, p. 80.

<sup>1294</sup> Vid. el asunto CCI núm. 5597/1990, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1991, p. 19.

<sup>1295</sup> La cláusula 12 de las condiciones FIDIC permite el reembolso de los costes adicionales, cuya valoración se realiza conforme a lo dispuesto en la cláusula 52 de las mismas condiciones.

dos hipótesis: en primer lugar, puede ocurrir que el contratista abandone la obra, de modo que el cliente se vea obligado a buscar un nuevo contratista con el que firmar otro contrato para su conclusión, bajo unas condiciones bien distintas, y que reclame al primer contratista los gastos adicionales del nuevo contrato. O, en segundo lugar, cabe la posibilidad de que el contratista continúe con la realización de la obra, incurriendo, eso sí, en gastos adicionales por la adversidad generada por las nuevas circunstancias.

La reclamación, por parte del contratista, relativa a los costes adicionales que determinadas condiciones imprevisibles pueden producir, y que se han previsto en el contrato, no plantea problemas, tal y como hemos visto. Por lo que respecta a las ampliaciones en los plazos de entrega de la obra y a las condiciones de financiación de la misma, la adecuación a las nuevas circunstancias se ha reconocido en la práctica arbitral relativa a los contratos internacionales de ingeniería<sup>1296</sup>.

Asimismo, y como ocurría en el asunto Eurotúnel, suele ser fuente habitual de disputas las órdenes de modificaciones o variaciones de la obra que puede establecer el cliente y por los que, según ha reconocido la práctica arbitral<sup>1297</sup>, el contratista tiene derecho al reembolso de los costes adicionales. En principio, la cláusula 52 de las condiciones FIDIC no legitima al contratista para exigir los costes sobrevenidos por la concurrencia de trabajos adicionales. Sin embargo, cuando los mismos responden a una orden de modificación o variación del cliente, entonces el contratista cuenta en la cláusula 52 de las condiciones civiles con lo que se ha dado en denominar un "remedy"<sup>1298</sup>, esto es, la posibilidad de ajustar las tarifas de precios a la nueva situación.

---

<sup>1296</sup> Vid. el asunto de la CCI núm. 5634/1988.

<sup>1297</sup> Vid. el asunto de la CCI número 5600/1987, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1991, p. 16.

<sup>1298</sup> Vid. "Extracts from ICC awards" en *The ICC International Court of Arbitration*", vol.II, núm.1, 1991, pp. 15-29, esp. p. 23.

En esta misma cláusula es donde se establecen los criterios para la nueva valoración, que deben distinguirse de los establecidos para la estimación de los costes que pueden reportar las órdenes dictadas con retraso por el cliente, que se establecen en la cláusula 6.4 de las condiciones civiles, razón que obliga a los árbitros a realizar un esfuerzo en la calificación del supuesto para su integración en la cláusula apropiada<sup>1299</sup>.

### 3.- Las disputas derivadas de los sistemas de garantías a primera demanda

Las controversias pueden originarse en relación con las garantías de ejecución que se configuran como garantías a primera demanda. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que el cliente deje de pagar al contratista las sumas mensuales y éste cese en la realización de la obra. El contratista ha pagado una garantía de buena ejecución que suele situarse en el 5% del montante de la obra. Esta garantía es ejecutable a primera demanda, es decir y como hemos visto, por la mera solicitud del cliente. En estas circunstancias, el contratista tratará de evitar que el cliente ejecute esta garantía, de modo que acudirá a los tribunales solicitando una medida provisional que paralice el cobro de la garantía que ha depositado. El juez exigirá del contratista un laudo arbitral que confirme, efectivamente, que los pagos mensuales no se han efectuado y que la medida está justificada<sup>1300</sup>.

En ocasiones, las disputas surgidas en torno a las garantías de ejecución se someten al ingeniero. Por ejemplo, en el supuesto CCI relativo a un contrato de construcción en el que el contratista reclamaba los gastos que producía la realización del total de una garantía de ejecución de la obra.

---

<sup>1299</sup> Vid. el laudo arbitral de la CCI número 5634/1989, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1991, p. 22.

<sup>1300</sup> Vid. HOFFMANN, B.: "International Construction Arbitration...", *cit.*, p. 238.

En este caso, la reclamación fue denegada por el ingeniero, lo que desembocó en un procedimiento arbitral<sup>1301</sup>.

#### *b.- Disputas con el ingeniero*

En los contratos internacionales de ingeniería suele ser el cliente, tal y como ya se ha visto, el que contrata los servicios del ingeniero. Y, desde la perspectiva de este último, puede ocurrir que la disputa surja, bien con el cliente, bien con el contratista. Normalmente, será el cliente el que reclame los gastos por defectos en el diseño o la supervisión de la obra que sean atribuibles al ingeniero.

El carácter problemático de este supuesto se centra en aquellas relaciones contractuales que continúan utilizando los contratos modelo en los que se atribuye una función cuasi-arbitral al ingeniero. En estos casos, se atenta contra el principio de imparcialidad puesto que el ingeniero es, a su vez, parte en la disputa y juez que la dirime. Un sector de la doctrina ha llegado, incluso, a ver un lado positivo en esta situación por cuanto se presenta como una buena ocasión para el ingeniero de revisar la decisión que tomó en primer término, contando con más argumentos para ello. Así, se supone que el ingeniero es el que mejor conoce la disputa porque fue quien decidió<sup>1302</sup>.

---

<sup>1301</sup> Vid. el asunto de la CCI núm. 5600/1987, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1991, p. 16.

<sup>1302</sup> SEPPALA, C.: "The Pre-arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contracts", *International Construction Law Review* 1986, pp. 43-127.

Resulta indudable subrayar las ventajas de los nuevos procedimientos prearbitrales en estos supuestos en los que el ingeniero aparece como parte involucrada en la disputa. Y ello en aras a satisfacer el principio de imparcialidad. Como ya apuntamos en su momento, bajo el nuevo sistema FIDIC, desaparecen los problemas relativos a que la controversia surja entre alguna de las partes en el contrato y el ingeniero, porque quien decide es un órgano imparcial –el DAB, *Dispute Adjudication Board*- al que ya se ha hecho referencia.

Sin embargo, la operatividad en la práctica de estos métodos parece que todavía debe esperar porque, aunque pueda parecer extraño, la realidad pone de manifiesto que la utilización de las nuevas ediciones de las condiciones FIDIC se generaliza muy paulatinamente. Esta circunstancia se manifiesta, por ejemplo, en la publicación de extractos de decisiones arbitrales de la CCI –dictados en la década de 1990- concernientes a las condiciones FIDIC que realizó una revista jurídica especializada en 1998<sup>1303</sup> y en los que no se utilizaba la cuarta edición de las citadas condiciones (editada en 1987).

Los laudos publicados se refieren a contratos internacionales de ingeniería en los que se utilizan las condiciones FIDIC en su segunda y tercera edición, de 1969 y 1977 -respectivamente-. Y este hecho sorprende porque existen ediciones posteriores: la cuarta edición que data de 1987 y reformas posteriores, de 1992 y 1996 (de gran importancia puesto que eliminan la función cuasi-arbitral del ingeniero). Sin olvidar, por supuesto, la publicación en 1999 de las últimas ediciones de todos los contratos modelo de la FIDIC.

En definitiva, por un lado, las ediciones antiguas de la FIDIC mantienen, todavía, cierto interés puesto que su utilización se manifiesta en decisiones arbitrales publicadas hasta la segunda mitad de la década de

---

<sup>1303</sup> *Vid.* “Extracts from ICC..., *cit.*, p. 22.

1990. Y por otro lado, la incorporación de las modificaciones que introducen los sucesivos contratos tipo requieren un lapso de tiempo considerable que exigiría un mayor esfuerzo de difusión a las instituciones que los publican y de renovación a los operadores jurídicos.

*c.- Disputas entre los socios de una joint venture*

Se ha hecho referencia a la circunstancia de que, en ocasiones, la realización de una obra de infraestructura no puede llevarse a cabo por una única empresa. De modo que las sociedades de ingeniería suelen establecer figuras de colaboración interempresarial como son la *joint venture* o el consorcio.

Piénsese, por ejemplo, en dos supuestos. (1) En primer lugar, en el caso en el que la parte contratista se ha configurado como una *joint venture* entre distintas sociedades de ingeniería y constructoras, y que se produce un aumento en la obra a realizar considerada como incluida en las obligaciones del contrato. Como en los contratos de *joint venture* cada miembro asume un porcentaje del *lump sum* del contrato y estas modificaciones quedan fuera del mismo, la parte afectada que deba realizarlas reclamará una parte proporcional al resto de miembros de la *joint venture*.

(2) En segundo lugar, también puede ocurrir que los miembros de la *joint venture* hayan pactado el reparto equitativo de las ganancias o las pérdidas del proyecto, y que el problema surja en el reparto de las pérdidas

cuando las garantías a primera demanda se ejecutan contra uno de los socios<sup>1304</sup>.

#### *d.- Disputas con los subcontratistas*

Los contratos de ingeniería suelen conllevar subcontratación ya que su objeto se refiere a obras de infraestructura –como puede ser la construcción de un puerto marítimo o de un aeropuerto- complejos por su propia naturaleza, en las que intervienen un número considerable de subcontratistas (fácilmente 50 o 60 subcontratistas o, incluso, más).

La intervención de un gran número de sujetos puede acarrear retrasos en la entrega de la obra. Si éstos se producen, el cliente podría llegar a reducir la suma del precio teniéndolos en cuenta, incluso, cuando se hayan producido por culpa de los subcontratistas. De ser así, el contratista podría, posteriormente, reclamar a los subcontratistas estas sumas que el cliente ha deducido del precio por razón del retraso en la terminación de la obra.

1) La situación más habitual en los casos de subcontratación suele hacer referencia a la incorporación por referencia en el subcontrato de los términos del contrato principal. La cuestión que surge directamente de ello se refiere a si el subcontratista queda obligado al procedimiento prearbitral de la cláusula 67 de las condiciones civiles FIDIC incorporada por referencia en el subcontrato. En este sentido, la práctica arbitral en relación con las disputas relativas a los subcontratos dependientes de un contrato principal

---

<sup>1304</sup> Vid. SCHWARTH, E.: “Disputes Between Joint Venturers: a Case Study”, *International*



de ingeniería, se ha pronunciado reconociendo la obligatoriedad de la cláusula 67 del contrato principal, con respecto a los subcontratos, cuando éstos la han incorporado por referencia<sup>1305</sup>.

2) Asimismo, las disputas pueden originarse entre el contratista principal y alguno de los subcontratistas, teniendo en cuenta que el ingeniero sólo se designa en el contrato principal y no el subcontrato. Esta cuestión surgió en un supuesto relativo a un subcontrato de un contrato internacional de ingeniería en el que el árbitro acudió a la aplicación analógica de la cláusula 67 para la resolución de la misma. Así, estableció que la no designación del ingeniero para la resolución de controversias entre el contratista principal y el subcontratista puede llevar a la utilización del ingeniero designado en el contrato principal, incluso aunque durante la vida del contrato no se hubieran utilizado sus servicios de gestión o dirección de las obras, que eran ejercidas por otro técnico<sup>1306</sup>.

Es evidente la dificultad de admitir la competencia de un ingeniero distinto al técnico vinculado a las obras para la resolución de controversias, pero, en este supuesto, se aplica analógicamente el procedimiento de la cláusula 67 a este contrato, considerando que la única laguna existente consiste en que no se ha efectuado expresamente la designación del ingeniero. Cuestión que no resulta problemática por cuanto que se considera que el recurso al ingeniero como procedimiento prearbitral en este tipo de contratos resulta preceptivo, incluso en el caso en el que no se hubiera realizado esta designación, es decir, que se realice *a posteriori*.

En cualquier caso, las disputas surgidas entre el contratista y alguno de los subcontratistas pueden someterse al arbitraje, incluso en el supuesto

---

*construction law review*, 1985-86, pp. 360 y ss.

<sup>1305</sup> En este sentido, *vid.*, en materia de subcontratación, los laudos arbitrales CCI núms. 6611/1993, 7423/1995 y 6230/1990, publicados en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1998, mayo, pp. 54 y ss.

<sup>1306</sup> *Vid.* el asunto CCI número 6326/1990, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1991, p. 28.

en el que esta posibilidad no se prevea en el subcontrato. La remisión al arbitraje para dirimir estas controversias se realiza, pues, con base en la cláusula de sumisión del contrato principal. En la práctica arbitral se encuentran supuestos de sumisión en los que en el subcontrato se establece una referencia a los árbitros del contrato principal, estableciendo una relación directa, por lo que al mecanismo de resolución de controversias se refiere, entre uno y otro. El supuesto concreto versaba sobre un subcontrato del contrato principal de construcción en el que se hacía referencia al procedimiento arbitral del contrato principal en una de sus cláusulas. Así, las disputas relativas a la calidad de los materiales entre el contratista principal y el subcontratista, fueron resueltas por el tribunal arbitral del contrato principal, de una forma que el árbitro denominó "simultánea o consecutiva"<sup>1307</sup>.

#### 1.- Las cláusulas de pago *pay when paid* en materia de subcontratación

Otra de las fuentes de controversias en el ámbito de la subcontratación es la relativa a las cláusulas de pago *pay when paid*. En éstas, las partes acuerdan que el contratista pagará al subcontratista en un momento posterior a que el cliente haya pagado a aquél. De este modo se evita que pese sobre el contratista la carga de adelantar los pagos al subcontratista con respecto al cliente.

---

<sup>1307</sup> En este supuesto no nos encontraríamos ante un arbitraje multiparte entre el cliente, el contratista y el subcontratista, puesto que el mismo laudo aclara que para que exista la posibilidad de establecerlo, como veremos, todas las partes involucradas tienen que expresar su consentimiento. Consentimiento que no manifestó el cliente excluyendo, así, la posibilidad de desarrollarlo. Razón por la que el tribunal no pudo consolidar conjuntamente los dos arbitrajes, ya que, además, contaba con la oposición de dos de las tres partes a su propia competencia. *Vid.* el asunto arbitral CCI núm. 5898/1989, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1998, mayo, p. 84.

Las cuestiones suscitadas ante la práctica arbitral se refieren, en primer lugar, a si el subcontratista cuenta con un derecho de reclamación condicional o incondicional, con respecto al contratista principal. O lo que es lo mismo, si se exige que el cliente haya realizado el pago al contratista como requisito previo para que el subcontratista tenga derecho a reclamar. En un supuesto concreto de construcción en el que se insertaban las cláusula *pay when paid*, y el subcontratista reclamaba el pago al contratista, el árbitro se pronunció estableciendo que el subcontratista asumía todas las obligaciones y riesgos derivados del contrato principal, tanto, como si hubiese celebrado directamente un contrato con el cliente. De modo que el subcontratista también asumía el riesgo de que el cliente no realice el pago al contratista e incluso el riesgo del retraso en el pago. Incluso se reconoció en este laudo arbitral el derecho al subcontratista de reclamar el pago del contratista cuando el cliente hubiera realizado pagos a modo de anticipo <sup>1308</sup>.

En consecuencia, la realización del pago por parte del cliente al contratista es un requisito previo para que el subcontratista pueda reclamar el pago en estas cláusulas denominadas *pay when paid*. Son unas cláusulas muy extendidas en EEUU donde la jurisprudencia justifica su finalidad en la protección del contratista, como parte más débil, frente al cliente <sup>1309</sup>. Con todo, se apunta la necesidad de interpretar esta cláusula de manera compatible con el Derecho aplicable. En supuesto anteriormente citado, lo era en relación con el Derecho suizo, pero, sin embargo, podía ocurrir que se tratase de otro sistema en el que la noción de subcontrato implica una independencia absoluta entre el subcontratista y el cliente, que es parte del contrato principal <sup>1310</sup>.

---

<sup>1308</sup> Vid. el asunto arbitral CCI núm. 6611/1993, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1998, mayo, p. 71.

<sup>1309</sup> Vid. las Sentencias *West Fair Electrical Contractors and LJ Coppola Inc. V. The Aetna Casualty & Surety Company and Gibrane Building Company*, New York Court of Appeal, 638 NYS 2<sup>nd</sup> 394 (1995), ICLR, 1997, p. 245 y *Thomas L.Qyer Co. V. Bishop International Engineering, Co.* 303 F.2<sup>nd</sup> 655( 611 Cir. 1962).

<sup>1310</sup> Sobre el Derecho suizo en la relación cliente-subcontratista, *vid.* CHAIX, F.-MARCHAND,

### **3.- Otros mecanismos de resolución de controversias**

Ya se ha comentado la tendencia generalizada del recurso al arbitraje con preferencia a la remisión a la jurisdicción estatal en los contratos internacionales de ingeniería.

Pero es que, además, el cambio más notable en la resolución de controversias de estos contratos ha sido el desarrollo de los mecanismos alternativos denominados *Alternative Dispute Resolution* o ADR. Estas técnicas alcanzan desde la opción inhibitoria (prevención de los conflictos), pasando por la negociación entre las partes, hasta la intervención de un tercero bajo diferentes modalidades. Así, los medios utilizados en ADR se manifiestan en la negociación, la mediación, la conciliación, los mecanismos heterocompuestos y otras figuras (*mini trials*, expertos neutrales)<sup>1311</sup>.

Una de las características de la resolución de controversias en los contratos internacionales de ingeniería es el desarrollo de la técnica de prevención de disputas, así como de numerosos procedimientos previos al arbitraje, que presentan las ventajas de resultar más económicos y más rápidos que este último<sup>1312</sup>. El objeto de estos mecanismos es evitar que surja una disputa –en los preventivos- o resolverla –mediación-, evitando,

---

S.: "The Right of Recourse of an Employer against Subcontractor", *International Construction Law Review*, 1998, pp. 211 y ss. y, en general, *vid.* BERTI, S.: *International Arbitration in Switzerland: an Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Basel, Helbing and Lichtenhahn, 2000.

<sup>1311</sup> *Vid.* BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos: "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

<sup>1312</sup> *Vid.* BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, *cit.*, p. 193.

así, tener que recurrir al arbitraje. Para ello, aparecen con un orden de prelación que configura un procedimiento resolutivo escalonado, por lo que, para poder acudir al arbitraje, habrá que agotar las vías previas que alcanzan, como veremos, desde las reclamaciones contractuales, hasta los procedimientos prearbitrales, pasando por la resolución amistosa<sup>1313</sup>.

La resolución de controversias en los contratos internacionales de ingeniería presenta, pues, varios niveles escalonados. Y el hecho es que la experiencia demuestra que la existencia de un nivel informal de resolución – en el que la decisión no es obligatoria para las partes- actúa de filtro de ciertas diferencias que ya no se convertirán en disputas. Y en caso de llegara ellas, tendrán que resolverse ante un tribunal arbitral<sup>1314</sup>.

Los mecanismos prearbitrales utilizados son numerosos y abarcan diferentes figuras. En ocasiones, la distinción entre todos ellos no es absolutamente clara y, además, las partes siempre podrán pactar modificaciones<sup>1315</sup>. Se considera muy apropiada la utilización de mecanismos prearbitrales que imponen una solución obligatoria para las partes. Sin embargo, uno de los problemas que plantea este procedimiento escalonado es garantizar la libertad de las partes para acudir a un tribunal arbitral o a un juez estatal para solicitar medidas provisionales que defiendan sus intereses a lo largo del desarrollo del procedimiento escalonado<sup>1316</sup>. Debe pensarse que, por ejemplo, las condiciones civiles de la FIDIC, no permite a las partes acudir directamente al arbitraje sin haber agotado la vía de procedimiento prearbitral<sup>1317</sup>. Circunstancia ésta que suele ser habitual en las cláusulas de resolución de controversias de este tipo de contratos.

---

<sup>1313</sup> Vid. DAVIES, M.: "Dispute Resolution in International...", *cit.*, p. 209.

<sup>1314</sup> Vid. MACKIE, K.: The ADR Practice..., *cit.*, p. 189.

<sup>1315</sup> Vid. JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", *cit.*, p. 387.

<sup>1316</sup> Vid. DAVIES, M.: "Dispute Resolution in International...", *cit.*, p. 210.

<sup>1317</sup> Vid. las cláusulas 20 y 67 de los libros rojos de la FIDID reproducidas en el Anexo Documental.

Nuestro análisis pretende enumerar los procedimientos de resolución de controversias más habitualmente utilizados en los contratos internacionales de ingeniería, desde la negociación entre las partes, pasando por la intervención de una tercera parte y el procedimiento arbitral, hasta la intervención de los tribunales estatales, tratando de mostrar el desarrollo de estos mecanismos y su variedad.

## **A.- Negociación**

A través de la negociación las partes tratan de alcanzar una solución a su conflicto sin la intervención de un tercero<sup>1318</sup>. Así, se han desarrollado técnicas que ayudan a las partes a acercar sus posiciones a través del diálogo (negociación competitiva o de colaboración)<sup>1319</sup>.

### *a.- La resolución amistosa (amicable settlement)*

La resolución amistosa –*amicable settlement*– se presenta como un mecanismo facultativo a través del que las partes por sí solas pueden alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia.

En el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería este instrumento juega un papel importante y, de hecho, se reconoce en las condiciones civiles de la FIDIC. Así, las cláusulas 67.2 y 20.5 del antiguo y nuevo libro rojo<sup>1320</sup> establecen esta vía para que las partes intenten la

---

<sup>1318</sup> Vid. el Proyecto de Guía..., *cit.*, p. 6.

<sup>1319</sup> Vid. BARONA VILAR, S.: Solución extrajurisdiccional de..., *cit.*

<sup>1320</sup> Vid. el Anexo documental.

resolución amistosa, con anterioridad al procedimiento arbitral<sup>1321</sup>.

Se trata de una vía facultativa que pueden utilizar las partes, pero su importancia radica en que aparece en el procedimiento escalonado de estos contratos modelo, que dan una gran importancia a la negociación de las partes en materia de resolución de controversias<sup>1322</sup>.

La particularidad del *amicable settlement* en los contratos modelo de ingeniería es que se prevé en un momento posterior a la intervención del ingeniero o del DAB y no como primer paso negociador. En este sentido, este mecanismo no se constituye como un presupuesto necesario de la arbitrabilidad de la controversia pero sí que interrumpe el procedimiento prearbitral –del ingeniero o el DAB, según el modelo- prevaleciendo el acuerdo amistoso de las partes<sup>1323</sup>.

#### *b.- La prevención de disputas*

Ya se ha comentado que los contratos internacionales de ingeniería exigen una adaptación de los mecanismos de resolución de controversias a sus propias necesidades. Circunstancia que ha llevado a un desarrollo considerable de los procedimientos prearbitrales y de ADR en estos contratos. Pero, no sólo ello, la tendencia actual, además, consiste en desarrollar el método preventivo para evitar disputas en lugar de resolverlas. Lo cierto es que en términos económicos es mucho más rentable la primera posibilidad –la prevención, frente a la resolución-<sup>1324</sup>.

---

<sup>1321</sup> Vid. NICKLISCH, F.: “The Role of..., *cit.*, p. 333.

<sup>1322</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: “The Pre-Arbitral Procedure..., *cit.*, p. 333.

<sup>1323</sup> Vid. MACKIE, K.: The ADR Practice..., *cit.*, p. 203.

<sup>1324</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, *cit.*, p. 283.

Ejemplo de todo este movimiento son los denominados DAP o *Dispute Avoidance Procedures*<sup>1325</sup> y la denominada vía asociativa.

#### 1.- La vía asociativa

La vía asociativa consiste en la celebración de reuniones de trabajo entre las partes involucradas en las que se incide sobre objetivos comunes respecto a la ejecución de la obra, esta cooperación implica en muchas ocasiones que se coordinen los intereses de las diferentes partes antes de que puede surgir una controversia.

Este método preventivo crea una relación “asociativa” entre todos los implicados en la que la estrategia es crear un equipo de trabajo con un interés común. Para la definición de los objetivos comunes se redacta una carta asociativa que suele incluir alguna vía de resolución de controversias muy rápida sin, ni siquiera, la intervención de un tercero imparcial<sup>1326</sup>.

#### 2.- El DAP –Dispute Resolution Adviser-

Junto a esta opción “asociativa”, el DAP constituye un mecanismo innovador que propone una nueva perspectiva en materia de disputas que se centra en paralizar los conflictos que eventualmente darían lugar a una disputa y que se concreta en el denominado DRA –*Dispute Resolution Adviser*-.

---

<sup>1325</sup> Vid. GERBER, P.: “Dispute Avoidance Procedures...”, *cit.*, p. 126.

<sup>1326</sup> Vid. la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de financiación privada*, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, doc. Núm. A/CN.9/SER. B/4. p. 195.



El DAP se constituye de dos elementos fundamentales. En primer lugar, cuenta con un sistema informal de prevención de disputas que se basa en las visitas mensuales al lugar de ejecución de la obra y las reuniones frecuentes con las partes con el objeto de identificar posibles problemas que puedan surgir, tomar medidas para evitarlos y desarrollar soluciones comunes. Y, en segundo lugar, se complementa con un mecanismo sumarísimo de resolución de controversias.

Los acuerdos alcanzados por las partes cuentan con un plazo de 28 días para su recurso, que atenderá, de nuevo a la renegociación de las partes inspirada por el principio de buena fe. Si se fracasa en este intento, el DRA es el que decide qué mecanismo de ADR se utilizará para resolver la cuestión (mediación, *mini-trial* o la intervención de un experto) y redactará un informe justificando el fracaso de la negociación de las partes y proponiendo la solución. Si la disputa no se ha resuelto en un plazo de 14 días después de la emisión del informe, se acudiría a un arbitraje abreviado.

En cualquier caso, el DRA no puede intervenir a modo de árbitro. Este procedimiento arbitral es sumario porque debe referirse únicamente a una cuestión y desarrollarse en un solo día. Las partes pueden presentar sus alegaciones y el árbitro debe dictar una decisión en un plazo de 7 días, que será final y obligatoria para las partes.

Una de las experiencias prácticas del DRA tuvo lugar con ocasión del proyecto del *Hospital Queen Mary* de Hong Kong que atravesó numerosos cambios de circunstancias y otros problemas como la inadecuación de los planos o los cambios en las órdenes del cliente, así como la modificación de las legislaciones en materia de medioambiente. La intervención del DRA fue eficaz porque estos problemas se resolvieron por las partes y no llegaron a plasmarse en una disputa en sentido estricto. Es más, se pactaron todas las ampliaciones de los plazos de entrega de la obra, así como los costes adicionales, que suelen ser fuentes habituales de disputas en los contratos internacionales de ingeniería.

Lo cierto es que, difícilmente, las partes podrían alcanzar estos acuerdos sin la intervención del DRA y las cifras arrojan un resultado esperanzador: en Hong Kong se ha utilizado este mecanismo en aproximadamente 15 proyectos evitando en todos ellos el desarrollo de disputas<sup>1327</sup>.

*c.- El partnering o negociación facilitada*

Junto a la intervención del ingeniero, debe citarse como mecanismo prearbitral y que no puede considerarse formalmente como un procedimiento de ADR el denominado *partnering* o negociación “facilitada”. Esta figura ha tenido un desarrollo importante en Estados Unidos y tiene por objeto evitar las disputas. Así, desde la fase de negociación del contrato ya se prevé un programa de *partnering* en el que se involucran las partes y en el que unos especialistas denominados *facilitators* se encargan de formar a todos los participantes en el proyecto para crear una conciencia común de equipo que trata de eliminar la noción de adversario. De modo que los litigios que surjan deberán tratarse como problemas comunes, en una atmósfera de cooperación en la que la idea primordial es evitar las controversias y, en caso contrario, resolverlas de manera informal<sup>1328</sup>.

En definitiva, se trata de un mecanismo de prevención de controversias basado en la negociación de las partes involucradas en el contrato sin la intervención de un tercero neutral. En este sentido, los *facilitators* cumplen una función de formación de personal para la creación

---

<sup>1327</sup> Vid. TSIN, C.: “Dispute Resolution System in Hong Kong: Design and Development”, *Arbitration*, 1997, pp. 63 y ss.

<sup>1328</sup> Vid. MYERS, J.: “Developing Methods for...”, *cit.*, p. 107.

de un espíritu de colaboración entre las partes y no de resolución de controversias<sup>1329</sup>.

Los *facilitators* evitan aportar sus consideraciones personales con respecto al problema origen de la disputa y sólo se limitan a coordinar la negociación entre las partes, facilitar el intercambio de información y asegurarse de que las partes intercambien sus opiniones y sean conscientes del conjunto de circunstancias que rodean la controversia<sup>1330</sup>.

## **B.- La intervención de una tercera parte en la negociación**

La intervención de una tercera parte no presupone, necesariamente, la existencia de una disputa, como ocurre en la conciliación y el arbitraje, sino el recurso de las partes a un tercero neutral que ayudará a la ejecución del contrato<sup>1331</sup>.

### *a.- El Adviser o Intervener*

Las partes pueden designar en el contrato un consejero que les asesore en materia de resolución de controversias. Éstos pueden aconsejar a las partes a la hora de dirimir disputas de poca importancia, aunque su función principal es la de actuar con carácter previo indicando a las partes los pasos que deben seguir en caso de surgir una disputa de importancia.

---

<sup>1329</sup> Vid. GAEDE, J.: "Partnering: Preventing and Managing Claims", *International Construction Law Review*, 1995, pp. 70 y ss.

<sup>1330</sup> Vid. la Guía Legislativa de..., cit., p. 196.

<sup>1331</sup> Vid. JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", cit., p. 392.

Por ejemplo, ayudar en la designación de un técnico especializado o del método para resolverla<sup>1332</sup>.

*b.- El procedimiento para la adaptación del contrato*

Ya se ha comentado la existencia de cláusulas en el contrato que prevén la existencia de circunstancias imprevisibles que dificultan el desarrollo de la relación contractual y que buscan la adaptación del mismo a la nueva situación. En este sentido, son significativas las cláusulas de *hardship*.

En estos casos, las partes pueden designar un tercero neutral que intervenga para tomar una decisión que las mismas pueden pactar obligatoria. Razón por la que deberán respetarla como si fuera una cláusula contractual o, en su defecto, aceptarla a modo de recomendación<sup>1333</sup>.

Esta figura se regula en el Reglamento de la CCI para la regulación de las relaciones contractuales de 1978, en sus artículos 11 y 12. Según esta regulación, las partes deben dirigirse al Comité permanente de la CCI para la designación de la tercera parte neutral –que puede ser una persona o tres-. Una vez designado, cuenta con un plazo de 90 días para emitir su decisión que será analizada por el Comité permanente<sup>1334</sup>.

---

<sup>1332</sup> Vid. JARVIN, J.: “Alternative Solutions to..., *cit.*, p. 393.

<sup>1333</sup> Vid. MACKIE, K.: The ADR Practice..., *cit.*, p. 271.

<sup>1334</sup> Según establece el Reglamento CCI sobre la regulación de las relaciones contractuales de 1978 –publicación núm. 326-.

### *c.- La mediación*

Muy sucintamente diremos que la mediación se caracteriza por la intervención de un tercero que trata de alcanzar una solución a través de la negociación entre las partes<sup>1335</sup>. En principio, esta colaboración puede dirigirse a acercar a las partes –a ayudarles a encontrar una solución<sup>1336</sup>-, sin necesidad de pronunciarse sobre el fondo de la disputa<sup>1337</sup>.

La mediación se ha convertido en el mecanismo de resolución voluntario de controversias más difundido y, aparentemente, más eficaz en Estados Unidos y otros países anglosajones, donde los tribunales estatales cuentan con programa anexo de mediación, y, además, las partes suelen utilizarlo como un mecanismo previo al arbitraje<sup>1338</sup>. De hecho, las Reglas de ADR de la CCI aplican la mediación como regla general, en ausencia de elección expresa de las partes de otro procedimiento resolutorio<sup>1339</sup>.

La resolución de controversias a través de la mediación se considera un éxito en comparación con otros mecanismos, incluido el arbitraje, hasta el punto de considerar que los mediadores estadounidenses más expertos –abogados mayoritariamente- resuelven entre un 70 y un 80% de las disputas a través de la mediación<sup>1340</sup>. Lo cierto es que la mediación se considera en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería como un mecanismo complementario muy útil en la resolución de controversias<sup>1341</sup>.

---

<sup>1335</sup> Vid. BARONA VILAR, S.: Solución extrajudicial de..., cit.

<sup>1336</sup> Vid. el Informe del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión Europea, cit., p. 13.

<sup>1337</sup> Vid. ICC ADR Rules..., cit., p. 12.

<sup>1338</sup> Vid. MYERS, J.: "Developing Methods for...", cit., p. 105.

<sup>1339</sup> Vid. ICC ADR Rules..., cit., p. 14.

<sup>1340</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, cit., p. 354.

<sup>1341</sup> Vid. MYERS, J.: "Developing Methods for...", cit., p. 106.

El mediador –*mediator*- tiene la función de guiar a las partes para encontrar una solución neutral a la disputa<sup>1342</sup>. Así, éstas reciben por escrito la opinión de un experto en la materia que trata de encontrar una solución aceptable para ambas<sup>1343</sup>.

La característica de la mediación como técnica de resolución de controversias es que la decisión del mediador no es obligatoria para las partes, contrariamente a la decisión del ingeniero o de los Comités de resolución de controversias o la decisión arbitral.

El mediador se presenta como un experto que ayuda de manera informal a las partes a encontrar una solución al problema que haya surgido. La mediación no contiene fases procesales como audiencias o fases probatorias, sino que el mediador se reúne conjunta y separadamente con las partes para analizar los hechos y las diferentes posiciones. Normalmente, se comienza con una sesión conjunta en la que el mediador explica sus funciones y el desarrollo del procedimiento, y en la que cada parte –normalmente, a través de sus abogados- explica sus posiciones e intercambian información y documentos. Con posterioridad a esta sesión conjunta, el mediador se reúne separadamente con cada una de ellas, intentando acercar posiciones mediante el diálogo y la propuesta de soluciones alternativas o intermedias. Finalmente, -si así se decide- se llegará a un acuerdo que se formalizará por escrito y que firmarán todos los participantes. En caso contrario, si no se alcanza una solución se recurrirá a otros métodos de resolución que pueden estar previstos en el contrato<sup>1344</sup>.

Lo cierto es que el mediador evita la confrontación directa entre las partes y su función más eficaz se produce a través de reuniones en privado con las mismas en la controversia. La ausencia de formalidades dota a la

---

<sup>1342</sup> Vid. el Proyecto de Guía..., *cit.*, p. 8.

<sup>1343</sup> Vid. JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", *cit.*, p. 396.

<sup>1344</sup> Vid. MACKIE, K.: The ADR Practice..., *cit.*, p. 298.

mediación de una rapidez considerable que puede llevar a resolver las disputas en un margen de pocas horas<sup>1345</sup>.

En estos supuestos ya existe una disputa que resolver y se tienen posiciones enfrentadas. Para la resolución interviene una tercera parte cuya decisión no puede imponerse obligatoriamente a las partes, salvo pacto en contrario.

#### *d.- La conciliación*

La conciliación se presenta como un procedimiento a través del que las partes someten su controversia a una tercera parte –el conciliador- que propondrá las soluciones<sup>1346</sup>. El denominado *conciliator* no puede imponer su decisión obligatoriamente, razón por la que su utilización se prevé para estadios en los que las relaciones no están tan deterioradas como cuando recurren al arbitraje<sup>1347</sup>.

La diferencia entre la conciliación y la mediación se basa fundamentalmente en que el conciliador propone –mas no impone- una solución a las partes sin fomentar la negociación entre ellas<sup>1348</sup>. La diferencia radica en la intensidad de la participación del tercero, ya que el conciliador se limita a reunir a las partes y a transmitir informaciones mientras que el mediador utiliza técnicas específicas para el acercamiento de las partes<sup>1349</sup>. Así, la conciliación ayuda a que las partes se pongan de acuerdo, mientras que en la mediación, el mediador propone algunas condiciones para la

---

<sup>1345</sup> Vid. MYERS, J.: “Developing Methods for..., *cit.*, p. 106.

<sup>1346</sup> Vid. el Proyecto de Guía..., *cit.*, p. 6.

<sup>1347</sup> Vid. JARVIN, J.: “Alternative Solutions to..., *cit.*, p. 395.

<sup>1348</sup> Vid. MACKIE, K.: The ADR Practice..., *cit.*, p. 194.

<sup>1349</sup> Vid. BARONA VILAR, S.: Solución extrajudicial de..., *cit.*

resolución de controversias. No obstante, si bien puede hacerse esta distinción, en muchas ocasiones, sin embargo, se utilizan los términos mediación y conciliación como sinónimos<sup>1350</sup>.

Si las partes optan por este mecanismo en su contrato resulta aconsejable la inclusión o la remisión a alguno de los reglamentos de conciliación publicados por organizaciones y asociaciones internacionales, con el fin de intentar garantizar llegar a un acuerdo final<sup>1351</sup>.

En este sentido, la CCI publicó en 1988 un Reglamento en materia de conciliación<sup>1352</sup>, en el que se contempla este mecanismo como facultativo al que no es necesario acudir con carácter previo al arbitraje. Se trata de un instrumento dotado de una alta flexibilidad en el que no existe un procedimiento específico y en el que el *conciliator* decide sobre el desarrollo de la resolución de acuerdo con las partes. Este Reglamento ha sido sustituido por las Reglas de ADR de la ICC, publicadas en 2001. Estas reglas contienen mecanismos resolutorios, además de la mediación, como la denominada evaluación neutral, los *mini-trials* o las técnicas combinadas<sup>1353</sup>.

Asimismo, la CNUDMI también ha publicado en 1980 un Reglamento de Conciliación<sup>1354</sup> en el que se propone una cláusula contractual de sumisión a la conciliación cuando las partes desean alcanzar una solución amistosa. Más recientemente, esta institución ha elaborado el Proyecto de Guía para la promulgación de la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI, de 12 de octubre de 2001, en la que se utiliza un concepto amplio de conciliación. Concepto que incluye las técnicas alternativas de resolución de controversias (conciliación, mediación,

---

<sup>1350</sup> Vid. la Guía Legislativa de..., cit., p. 196.

<sup>1351</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, cit., p. 298.

<sup>1352</sup> Vid. *Reglamento de Conciliación*, publicación CCI núm. 447, 1988.

<sup>1353</sup> Vid. las ICC ADR Rules..., cit., p. 7.

<sup>1354</sup> Vid. *Reglamento de Conciliación de la CNUDMI*, Nueva York, Naciones Unidas, 1980, doc. núm. S.81.V.8.



dictamen pericial neutro y otros similares) y excluye la negociación y el arbitraje<sup>1355</sup>.

#### *e.- Fórmulas heterocompositivas de ADR*

En ocasiones es un tercero el que impone la solución al conflicto, de modo que se pacta la obligatoriedad de la decisión adoptada por el experto para poner fin al conflicto<sup>1356</sup>. Varias son las fórmulas que podemos incluir en este apartado<sup>1357</sup>.

##### 1.- El *expert* o el dictamen pericial no vinculante

Habitualmente, en los contratos internacionales de ingeniería, las partes deciden establecer un paso previo a los mecanismos prearbitrales para la resolución rápida de las disputas que puedan surgir. Y este mecanismo consiste en la designación de un experto especialista en la materia objeto de controversia, normalmente de carácter técnico, que deberá dar una opinión cualificada y neutral que ponga fin a la diferencia. Esta figura se denomina *expert* o *technical expertise* que deberá emitir un dictamen pericial no vinculante con el fin de ayudar a las partes a resolver su controversia desde un punto de vista especializado<sup>1358</sup>.

---

<sup>1355</sup> Vid. el Proyecto de Guía..., *cit.*, pp. 6 y 8.

<sup>1356</sup> Vid. BARONA VILAR, S.: Solución extrajudicial de..., *cit.*

<sup>1357</sup> En ocasiones no se especifica qué figuras se incluyen y cabe la posibilidad de que las partes pacten sobre el carácter vinculante o no de la decisión. Vid. ICC ADR Rules..., *cit.*, p. 14.

<sup>1358</sup> Vid. el Proyecto de Guía..., *cit.*, p. 8.

Se trata de un mecanismo que puede ser elegido por las dos partes en el contrato para la resolución de controversias o por una. En caso de ser elegido por una sola de las partes, su función se limita a la de redactar informes sobre los hechos o recabar pruebas para un procedimiento posterior<sup>1359</sup>. En caso de pactarse entre ambas partes el *expert* dirime las disputas de carácter técnico que surjan a lo largo del desarrollo de la obra<sup>1360</sup>.

La elección del *expert* se presenta como un procedimiento rápido y de bajo coste y además éste goza de la libertad de realizar las investigaciones que considere convenientes al margen de las partes en el contrato<sup>1361</sup>.

El *expert* es la figura elegida en el artículo GC6.2 del modelo contractual japonés ENAA –al que ya se ha hecho referencia con anterioridad-. En este caso concreto, la intervención del *expert* es facultativa para las partes que pueden acudir directamente al arbitraje si lo desean. Pero una vez iniciada la vía del experto no pueden acudir simultáneamente al arbitraje, que permanece, en cualquier caso, como una segunda instancia para recurrir la decisión del éste<sup>1362</sup>. El procedimiento establece unos plazos muy breves para la resolución de la disputa: las partes disponen de 14 días para designar conjuntamente al *expert*. Una vez determinado, el *expert* cuenta con 60 días para elaborar su decisión<sup>1363</sup>.

En este sentido, la CCI ha elaborado en 1976 el Reglamento de *Technical expertise* y ha creado un centro *ad hoc* con sede en París. La experiencia de esta institución arbitral muestra la idoneidad de este

---

<sup>1359</sup> Vid. ICC ADR Rules..., cit., p. 13.

<sup>1360</sup> Vid. JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", cit., p. 390.

<sup>1361</sup> Vid. KENDALL, J.: "Role of the Expert/adjudicator...", cit., p. 294.

<sup>1362</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los contratos internacionales de...", cit., p. 354.

<sup>1363</sup> Vid. DAVIES, M.: "Dispute Resolution in International...", cit., p. 210.

mecanismo para la resolución de problemas relativos a la adecuación de la ejecución de la obra y de los materiales a las disposiciones contractuales<sup>1364</sup>.

En suma, el *expert* se configura como un técnico especializado que evalúa objetivamente la situación proponiendo una solución, normalmente relativa a cuestiones técnicas<sup>1365</sup>. Además, en muchas ocasiones, también contempla los eventuales costes que supondrían para las partes acudir a otros mecanismos resolutorios o a la vía judicial<sup>1366</sup>.

## 2.- El adjudicator

El *adjudicator* es una figura de origen anglosajón para la resolución de controversias que se basa en la designación por las partes de un técnico neutral experto en materia de construcción<sup>1367</sup>.

La designación se produce con anterioridad a que haya surgido la controversia. Una vez surgida ésta, se somete al *adjudicator* que deberá resolverla en un plazo de 28 días. La decisión es obligatoria para las partes, que pueden recurrirla en arbitraje o ante los tribunales o modificarla de mutuo acuerdo a través de la resolución amistosa. Por eso puede entenderse que no vincula a las partes, aunque sí es obligatorio acudir al *adjudicator* antes de someter la disputa al arbitraje. Aunque debe precisarse que las partes pueden pactar el carácter obligatorio de la decisión del ingeniero<sup>1368</sup>.

---

<sup>1364</sup> Vid. JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", *cit.*, p. 389.

<sup>1365</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, *cit.*, p. 312.

<sup>1366</sup> Vid. la Guía Legislativa de..., *cit.*, p. 197.

<sup>1367</sup> Vid. SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering Arbitration*, Londres, Carswell, 1999, capítulo 35, pp. 120 y ss.

<sup>1368</sup> Vid. MACKIE, K.: *The ADR Practice...*, *cit.*, p. 307.

Las ventajas fundamentales que presenta este mecanismo se manifiestan en la brevedad de los plazos de resolución y la posibilidad de someter, también, las controversias relativas a los subcontratistas, como se ha demostrado en la práctica<sup>1369</sup>.

Este mecanismo se ha consolidado legislativamente en la normativa inglesa que lo ha establecido como el mecanismo de resolución de controversias de los contratos de construcción en la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996<sup>1370</sup>. La figura prevista en la legislación inglesa crea un derecho en este sentido para las partes en materia de construcción; es decir, aunque el contrato de construcción no lo establezca, éstas pueden someter sus disputas al *adjudicator*<sup>1371</sup>. Además, también se utiliza en contratos tipo de notable importancia como es el citado *new engineering contract* del ICE –*Institution of civil engineers*–.

#### f.- Otras técnicas (expertos imparciales y mini- trials)

##### 1.- Los *mini-trials* o juicios informales por jurado

Los *mini-trials* se presentan como instrumentos de resolución de controversias muy utilizados en Estados Unidos y que simulan procedimientos abreviados ante un juez, un jurado de seis personas o un “panel” o Comité de expertos.

En los contratos internacionales de ingeniería estos mecanismos suelen desarrollarse ante un “panel” de expertos que son los representantes

---

<sup>1369</sup> Vid. MORRIS, M.: “Adjudication as Operated..., *cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>1370</sup> Vid. KENDALL, J.: “Role of the Expert/Adjudicator..., *cit.*, p. 302.

<sup>1371</sup> Que entró en vigor en 1998. Vid. KENDALL, J.: “Role of the..., *cit.*, p. 300.

de las partes y sus abogados. De modo que son los abogados de cada parte los que defienden las posiciones de sus clientes y los representantes los que decidirán sobre la controversia. Suele tratarse de los representantes ejecutivos de las empresas involucradas que tienen poder para tomar una decisión sin necesidad de consultar y sin dudas sobre su aceptación<sup>1372</sup>. En ocasiones, puede designarse un tercero neutral –un consejero denominado *the neutral*<sup>1373</sup>- que asesore al “panel” en la toma de la decisión<sup>1374</sup>.

Se realizan unas sesiones que simulan un proceso y en el que interviene un experto a modo de juez o moderador y las partes presentan alegaciones ante un jurado compuesto por un ejecutivo de cada parte y un experto neutral. Las partes cuentan con asistencia letrada y los miembros del jurado suelen iniciar una negociación facilitada con la ayuda del experto neutral en sus deliberaciones. El presidente del “panel” traslada la decisión a las partes que estudian su idoneidad por separado. El procedimiento se caracteriza por su sumariedad ya que suele tener una duración de dos o tres días<sup>1375</sup>.

Normalmente, la decisión adoptada no es obligatoria para las partes, razón que puede justificar la pérdida de importancia de este mecanismo, que comenzó dotado de una gran importancia en Estados Unidos y que, actualmente, ya no es el instrumento más utilizado allí. De hecho, se califica como rara su utilización fuera de este país<sup>1376</sup>.

---

<sup>1372</sup> Vid. JARVIN, J.: “Alternative Solutions to...”, *cit.*, p. 397.

<sup>1373</sup> Vid. ICC ADR Rules..., *cit.*, p. 13.

<sup>1374</sup> Vid. DOUGLAS, D.: “Mini-trial of Construction Disputes”, *International Construction Law Review*, 1994, pp. 442 y ss.

<sup>1375</sup> Vid. BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice...*, *cit.*, p. 359.

<sup>1376</sup> Vid. MYERS, J.: “Developing Methods for...”, *cit.*, p. 110.

### *g.- Los procedimientos prearbitrales*

La diferencia entre los procedimientos prearbitrales y los mecanismos de ADR que hemos visto es que los primeros se imponen como un mecanismo obligatorio que debe utilizarse antes de acudir al arbitraje.

Así, en determinados modelos contractuales –como los de la FIDIC o el Banco Mundial- las partes deben acudir al ingeniero o al Comité de resolución de litigios antes de poder recurrir al arbitraje. Ello nos invita a analizar estas figuras en profundidad<sup>1377</sup>.

1.- La función del ingeniero en la resolución de controversias. La cláusula 67 de las condiciones FIDIC

Como ya se ha comentado el ingeniero ejerce una función de gran importancia en los modelos contractuales de la FIDIC. La cláusula 67 del libro rojo<sup>1378</sup> es la que establece esta función que encuentra sus orígenes en los poderes de que goza esta figura en el derecho anglosajón y que ha sido exportada a los distintos contratos modelo en materia de ingeniería<sup>1379</sup>. Efectivamente, la figura del ingeniero no sólo se dedica a la proyección de la obra y la supervisión técnica de su desarrollo, sino que, además cuenta con la potestad de certificación y de administración del contrato<sup>1380</sup>.

---

<sup>1377</sup> Las características propias de estas figuras han provocado su exclusión de la Reglas de ADR de la CCI. *Vid. ICC ADR Rules...*, *cit.*, p. 12.

<sup>1378</sup> Hasta la cuarta edición de 1987. No debe olvidarse que, a partir de ese momento, las modificaciones –1992 y 1996- y las nuevas ediciones –1999- no solo eliminan esta función, sino que introducen los mecanismos de resolución de litigios atinentes al ADR, los denominados Comités de Resolución de Litigios (CRL), concretamente, los *Dispute Adjudication Board* ( DAB).

<sup>1379</sup> *Vid. HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: Civil Engineering Contracts...*, *cit.*, p. 145.

<sup>1380</sup> La responsabilidad del ingeniero frente al cliente durante el desarrollo de la obra se

Pero desde la perspectiva de la resolución de controversias el ingeniero desarrolla una función cuasi-arbitral. De modo que cuando surge una disputa debe someterse, preceptivamente, al ingeniero, como condición para poder acudir al arbitraje. Así el recurso arbitraje se presenta como un requisito previo –un *prerequisite*<sup>1381</sup>–, una condición *sine qua non* del procedimiento arbitral. Esta situación altera el deber de imparcialidad<sup>1382</sup>, hasta el punto de que las últimas ediciones de los contratos modelo suprimen esta función y la sustituyen por los Comités de resolución de controversias métodos de ADR que han adquirido recientemente un gran protagonismo<sup>1383</sup>.

Debe pensarse que las críticas vertidas a este mecanismo plantean cuestiones tan básicas como la falta de imparcialidad, la autorevisión de las propias decisiones del ingeniero o la ausencia de conocimientos jurídicos para la resolución de disputas legales<sup>1384</sup>. Por estas razones, la función cuasi-arbitral del ingeniero se ha calificado como una solución inaceptable<sup>1385</sup>.

---

reconoce ampliamente en la jurisprudencia inglesa. Vid. *Whitehouse v. Jordan* (1981), 1 All E R 267 y *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* (1957) 2 All E R 118.

<sup>1381</sup> Vid. CUSHMAN, R.-HEDERMANN, C.-TUCKER, A.: *Alternative Dispute Resolution...*, cit., p. 114.

<sup>1382</sup> Vid., por todos, RUBINO-SAMMARTANO, M.: "The Role of the Engineer- Mith and Reality", *International Business lawyer*, marzo 1986, pp. 81 y ss; NICKLISCH, F.: "The Role of the Engineer as Contract Administrator and Quasi-arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects", *International Construction Law Review*, 1990, pp. 322-338; LYON, B.M.: "The Role of the Consulting Engineer in Developing Country Construction under the FIDIC Form Contract", *Law and Policy in International Business*, 1994-1995, pp. 273-294; KENDALL, J.: "Role of the Expert/Adjudicator in Support of Arbitration in International Long-term Contracts", *International Business Lawyer*, mayo, 1999; HOCHULI, U.: "Role of Engineer under FIDIC Standard Contracts", *International Business Lawyer*, diciembre 1991, pp. 542-543; EINBINDER, F.: "The Role of an Intermediary between Contractor and Owner on International Construction Projects: a French Contractor's Viewpoint", *International Construction Law Review*, 1994, pp. 175-188; POETIS, P. P.: "Powers of the Engineer in Settlement of Disputes under the FIDIC-Conditions", *International Contract Law and Finance Review*, 1981-82, pp. 623 y ss.

<sup>1383</sup> Vid. Final Report on..., cit., p. 11.

<sup>1384</sup> Vid. JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", cit., p. 312.

<sup>1385</sup> Vid. GOUDSMIT, J.: "Arbitration in Construction Contracts", *International Financial Law Review*, 1982, pp. 28 y ss.

Pero en cualquier caso, pese a las modificaciones establecidas en la reforma de los contratos modelo de la FIDIC, debe tenerse en cuenta, como ya hemos comentado, que la incorporación de los nuevos tipos contractuales en la práctica del comercio se produce muy lentamente. En consecuencia, puede deducirse que la función cuasi arbitral del ingeniero todavía será utilizada en la práctica durante, previsiblemente, mucho tiempo. Y, por esta razón, el recurso a los métodos alternativos de resolución de controversias tendrá que esperar todavía en este ámbito.

En definitiva, las diferentes ediciones de las condiciones FIDIC no pierden actualidad por la publicación de ediciones posteriores puesto que su utilización en la práctica puede calificarse de habitual, pese a la existencia de versiones más actuales. Muy gráficamente y por poner un ejemplo, piénsese que la edición de las condiciones FIDIC que data de 1977, es decir, la tercera edición es la que, actualmente, se sigue utilizando, por ejemplo, en Rusia para la realización de obras públicas de infraestructura<sup>1386</sup>.

La función cuasiarbitral del ingeniero se regula en la cláusula 67 de las condiciones FIDIC (en sus cuatro primeras ediciones) y ha supuesto una fuente habitual de controversias en las disputas que surgen en estos contratos, como ya se ha comentado. De hecho, la mayor parte de la práctica arbitral de la CCI sobre las condiciones FIDIC consultada se refiere a esta cláusula. En tal sentido, la doctrina afirma que, de cada diez laudos arbitrales sobre estas condiciones, al menos seis versan sobre la cláusula 67<sup>1387</sup>.

Por esta razón, se señala la importancia de conocer el funcionamiento del procedimiento arbitral establecido en esta cláusula, dado el considerable número de conflictos a que la misma da lugar. El sistema contenido en la misma no es complejo –como se ha visto–, pero los problemas surgen de la

---

<sup>1386</sup> *Vid.* SEPPALA C.: "Commentary on ICC...", *cit.*, p. 704.

<sup>1387</sup> *Vid.* SEPPALA C.: "Commentary on ICC...", *cit.*, p. 705.



interpretación del texto o de aquellos aspectos no tratados por el mismo. Más bien se trata de un procedimiento prearbitral que exige unos requisitos que veremos en nuestro análisis y que se desarrollan a lo largo de varias fases.

En primer lugar, con anterioridad al procedimiento prearbitral, las partes están obligadas a agotar otra vía establecida en el contrato para dirimir sus diferencias bajo la denominación de reclamaciones contractuales. Además, para poder acudir a mecanismo prearbitral debe existir lo que se denomina una disputa entre las partes. Seguidamente, las partes están obligadas a designar al ingeniero y a someter la controversia al mismo para su resolución.

A partir de este momento se desarrolla el procedimiento prearbitral, donde el ingeniero debe dictar una decisión que ponga fin a la controversia. Procedimiento que analizaremos conjuntamente con el de otros mecanismos prearbitrales.

Finalmente, las partes pueden acudir al arbitraje en apelación de esta decisión en el plazo que establece la cláusula, o también en el caso en que el ingeniero no haya dictado la decisión. Cuestiones éstas que se analizarán en los apartados relativos al arbitraje. Sin embargo, una vez el ingeniero ha dictado la decisión, si las partes no recurren al arbitraje en el plazo establecido, ésta deviene final y obligatoria, es decir, no susceptible de recurso y, además, tal circunstancia implica la renuncia al arbitraje de las partes.

#### *1.a.- La designación del ingeniero*

Normalmente, el ingeniero aparece designado desde el inicio de la relación contractual, sin que sea necesaria una referencia nominal en la cláusula 67 del contrato. La dificultad puede suscitarse, y de hecho se ha dado en la práctica, si no se ha designado previamente al ingeniero que debe dirimir las controversias.

Se trata de un problema surgido con anterioridad al comienzo del procedimiento prearbitral, y se presenta como una cuestión previa. Hemos visto cómo el recurso al ingeniero se presenta como un requisito anterior al arbitraje que tiene carácter obligatorio. De modo que cabe plantearse qué ocurre cuando el cliente no ha designado al ingeniero ¿Debe pensarse que el contratista puede recurrir directamente al arbitraje en caso de surgir una disputa, prescindiendo, así, del procedimiento arbitral?.

La respuesta que ofrece la práctica arbitral de la CCI en este sentido es muy clara: el hecho de que no se haya designado específicamente al ingeniero que desarrolla la función cuasi-arbitral no significa la desaparición del procedimiento prearbitral como requisito obligatorio para acudir al arbitraje. En estos casos será el contratista el que debe solicitar por escrito al cliente que designe o especifique el ingeniero que debe dirimir estas diferencias, y sólo en caso que el cliente se niegue o no lo haga, entonces podrá acudir al arbitraje<sup>1388</sup>.

2.- Los Comités de resolución de controversias: el DAB (*Dispute Adjudication Board*) y el DRB (*Dispute Review Board*)

---

<sup>1388</sup> Tal y como se resolvió en los asuntos de la CCI núms. 6276/1990 y 6277/1990, publicado en *ICC International Court of arbitration Bulletin*, 1998, mayo, p. 58.

Los Comités de resolución de controversias se configuran como los mecanismos de resolución de controversias de ADR que más se acercan en su configuración al arbitraje. Se trata de Comités que plantean un procedimiento independiente e imparcial, como es el caso del DAB, donde la decisión resulta, además, obligatoria para las partes. Estas características se constituyen en la clave de su éxito en relación con otros instrumentos de ADR y lo cierto es que suelen utilizarse como vía obligatoria previa al arbitraje.

Los modelos contractuales de la FIDIC de 1999 consolidan esta nueva realidad en la resolución de controversias surgidas en los contratos internacionales de ingeniería: la eliminación de la función cuasi-arbitral del ingeniero y su sustitución por los procedimientos prearbitrales de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Concretamente, el DAB (*Dispute Adjudication Board*) que es el mecanismo utilizado por todos los modelos contractuales en sus ediciones de 1999, en los que, únicamente uno de ellos –*Construction and Material Contracts*– mantiene la figura del ingeniero como administrador del contrato y permite la posibilidad de que actúe como *adjudicator* o DAB<sup>1389</sup>.

## 2.a.- El DAB

El DAB asume la función cuasi-arbitral que tenía atribuida el ingeniero. Este Comité dicta una decisión que pone fin a una controversia y, salvo oposición por alguna de las partes, se convierte en obligatoria y definitiva para ellas, como veremos.

---

<sup>1389</sup> Vid. LAPIEDRA ALCAMÍ, R.-REIG FABADO, I.: “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (De la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2001, pp. 315-345.

Este mecanismo presenta una indudable ventaja frente al ingeniero, puesto que se trata de un órgano imparcial, en cuanto que es nombrado por ambas partes. Las nuevas condiciones de contratación inciden, enormemente, en la necesidad de asegurar la imparcialidad de este órgano. Para ello, se exige, entre otras cosas, la independencia de los miembros del DAB respecto de las partes<sup>1390</sup>.

En este sentido, de entre las obligaciones de los miembros del DAB figuran la de no tener ningún interés económico, ni de cualquier otro tipo respecto del cliente, contratista o ingeniero. Se exceptúa, claro está, la remuneración que le corresponda por ser miembro de dicho Comité<sup>1391</sup>. Consecuentemente, se prohíbe la contratación de cualquiera de los miembros del DAB como asesor de alguna de las partes en el contrato. Este límite actúa, no sólo durante el periodo en que esté constituido el Comité, sino también con anterioridad. No obstante, estas restricciones quedan a salvo en el caso que se haga constar por escrito dicha circunstancia antes de firmar el Acuerdo de Resolución de Conflictos y nadie muestre su disconformidad<sup>1392</sup>.

Pero, además, se va mucho más lejos, en esta búsqueda de independencia, al añadir nuevos requisitos. En este sentido, cuando el DAB esté compuesto por un solo miembro, éste no podrá tener la misma nacionalidad que cualquiera de las partes implicadas. Esta misma limitación se impone para el Presidente, cuando el DAB esté compuesto por tres miembros<sup>1393</sup>. De modo que, ni el *adjudicator* -miembro único del DAB-, ni el

---

<sup>1390</sup> Vid. la cláusula 3 del Apéndice relativo a las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos donde se fijan las garantías del DAB.

<sup>1391</sup> Vid. la cláusula 4 apartado a) del Apéndice relativo a las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del *new red book*.

<sup>1392</sup> Vid. la cláusula 4 apartados b) y d) del Apéndice relativo a las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del *new red book*.

<sup>1393</sup> Vid. la cláusula 67.1 párrafos 7º y 8º bajo la rúbrica "Guía (FIDIC) sobre la enmienda introducida a la cláusula 67", en el Suplemento de 1996 a la 4ª edición de 1987 del *libro rojo*, p. A-6; SEPPALA, C.R.: "The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board", *International Construction Law Review*, 1997, p. 445.

presidente -cuando el DAB se compone de tres miembros- podrán ostentar la nacionalidad de las partes.

Finalmente, la participación de ambas partes en el nombramiento de los miembros del DAB, como veremos a continuación, garantiza, asimismo, la imparcialidad de este órgano. Y, a su vez, no cabe la menor duda de que este Comité es de la absoluta confianza de ambas partes.

#### 2.a.1.- Constitución y nombramiento del DAB

Los miembros que componen el DAB deberán ser expertos conocedores de la materia objeto de conflicto. Por tanto, generalmente, serán ingenieros, pero nada impide que se nombren abogados, si las necesidades así lo requieren<sup>1394</sup>. Este órgano estará constituido por un número impar de expertos que podrá ser de uno o tres<sup>1395</sup>. Si las partes no lo han especificado expresamente se dispone que será de tres<sup>1396</sup>. No obstante, la propia FIDIC aconseja que el número de miembros esté en función del volumen económico del proyecto. En este sentido, sugiere que cuando la cuantía supere los 25 millones de dólares se nombren tres<sup>1397</sup> y que se designe uno cuando se sitúe por debajo de 20 millones de dólares<sup>1398</sup>.

El nombramiento del DAB se realizará de común acuerdo por ambas partes, si se trata de un miembro único. Cuando esté compuesto de tres

---

<sup>1394</sup> Esto es precisamente lo que ocurrió en el caso del Tunel del Canal de la Mancha, donde el Presidente del Comité de Resolución de Disputas era un abogado.

<sup>1395</sup> Cuando se trata de un solo miembro, éste recibe el nombre de “adjudicator”, *vid.* la cláusula 20.2 apartado 5º de las condiciones del *new red book* de la FIDIC.

<sup>1396</sup> *Vid.* la cláusula 20.2 apartado 2º de las condiciones FIDIC del *new red book*.

<sup>1397</sup> *Vid.* la cláusula 67.1 párrafo 3º bajo la rúbrica “Guía (FIDIC) sobre la enmienda introducida a la cláusula 67”, en el Suplemento de 1996 a la 4ª edición de 1987 del *libro rojo*, p. A-5.

<sup>1398</sup> *Vid.* Final Report on..., *cit.*, p. 32.

personas, cada una de ellas deberá ser nombrada por una parte y contar con la aprobación de la otra. Finalmente, el Presidente será elegido de común acuerdo entre las partes y los dos miembros del Comité.

Para el caso que las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del DAB, se procederá al mismo por una institución nombrada a tal efecto en las condiciones particulares del contrato<sup>1399</sup>. La doctrina propone la posibilidad de designar al Presidente de la FIDIC, a tal efecto<sup>1400</sup>.

El DAB se constituye al comienzo del contrato o, en su defecto, en el plazo de 28 días desde que se firma<sup>1401</sup>.

#### 2.a.1.1.- Modalidades del DAB

##### 2.a.1.1.a.- El DAB Permanente

El DAB permanente se caracteriza por estar constituido desde el mismo momento en que se firma el contrato, y continuar como tal hasta que éste finalice.

Esta modalidad presenta tanto ventajas, como inconvenientes, para las partes. a) Por lo que respecta a los inconvenientes, destaca el elevado incremento de los costes que para ellas supone, puesto que la duración de los proyectos –por su propia naturaleza complejos- es siempre de varios

---

<sup>1399</sup> Vid. la cláusula 20.3 de las condiciones FIDIC del *new red book*.

<sup>1400</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: “The new FIDIC..., *cit.*, p. 445.

<sup>1401</sup> La nueva cláusula 20 no lo dispone expresamente, pero puede extraerse de la lectura conjunta del mismo y del Suplemento de 1996 a la 4ª edición de 1987 del *red book*, donde se recoge en la cláusula 67.1 párrafo 2º bajo la rúbrica “Enmiendas introducidas a la cláusula 67”, p. A-1. Vid. KENDALL, J.: “Role of the..., *cit.*; SEPPALA, C.R.: “FIDIC’S New Standard Forms of Contract- Force Majeure, Claims, Disputes and Other Clauses”, *International Construction Law Review*, 2000, p. 251.

años. Esto implica que el contratista y el cliente tienen que remunerar, a partes iguales, a los miembros del Comité durante todo el tiempo que permanezcan constituidos.

b) Como contrapartida, presenta varias ventajas. En primer lugar, la rapidez, en cuanto que permite una actuación de inmediato ante cualquier conflicto que pueda plantearse. En segundo lugar, el DAB puede actuar como órgano consultivo. Esta función es importantísima, ya que puede evitar que surja, efectivamente, un conflicto entre las partes. Por esta razón, tiene unos importantes efectos preventivos<sup>1402</sup>. Esto es, las partes podrán solicitar, de común acuerdo, una opinión del DAB sobre cualquier asunto relacionado con el contrato –función consultiva-. De este modo, se puede evitar una posible futura controversia –efecto preventivo-. Esta labor consultiva no puede ser utilizada de forma independiente por cada una de las partes, sino que tendrán que acudir conjuntamente<sup>1403</sup>. La doctrina ha puesto de relieve la enorme trascendencia de esta función del DAB, desde el punto de vista práctico<sup>1404</sup>. En definitiva, permite una prematura resolución de los desacuerdos que puedan surgir, antes de convertirse en un verdadero conflicto.

En tercer lugar, otra de las ventajas del DAB permanente es la de estar muy familiarizado con el desarrollo del proyecto. Esto es así porque el Comité se encuentra en continuo contacto con las partes, desde el comienzo hasta el final del contrato. En este sentido, las reglas de procedimiento previstas en el Anexo a las condiciones generales prevén visitas en intervalos regulares al lugar de ejecución de las obras, en presencia de

---

<sup>1402</sup> Vid. GENTON, P.M.: “The DRB/DAB: an Attractive Procedure if One Take Certain Precautions”, *Foundation Forum*, Volumen 4, abril, 2000, p. 7. Este autor pone de relieve la naturaleza complementaria entre los métodos de resolución y de prevención de conflictos del ADR.

<sup>1403</sup> Vid. la cláusula 20.2 apartado 7 de las condiciones generales de contratación del *new red book*.

<sup>1404</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: “FIDIC’S New Standard...”, *cit.*, p. 252.

ambas partes<sup>1405</sup>.

El hecho de que el DAB esté constituido de forma permanente y mantenga una comunicación fluida con las partes evita la sensación de rivalidad entre ellas. Y, a su vez, fomenta más bien la cordialidad, en cuanto que el recurso a este órgano quedará dentro de la naturalidad, lo que puede facilitar la resolución del mismo<sup>1406</sup>.

#### 2.a.1.1.b.- El DAB *ad hoc*

El DAB *ad hoc*, a diferencia del anterior, se constituye una vez ha surgido efectivamente el conflicto. Y, una vez resuelto éste, se disolverá inmediatamente, puesto que pierde su razón de ser. Sin duda alguna, supone un abaratamiento de los costes para las partes, puesto que tan sólo se crea si existe, efectivamente, una controversia entre ellas. Además, presenta la indudable ventaja, frente al DAB permanente, de poder elegir a expertos conocedores de la concreta cuestión en conflicto, ya que se nombran una vez éste se ha planteado<sup>1407</sup>.

Sin embargo, esta modalidad presenta el inconveniente de no poder ejercitar la función consultiva, tan importante como se ha visto, a efectos de evitar la aparición de conflictos. Y, asimismo, puesto que se constituye cuando ha surgido la controversia no está familiarizado con el proyecto, a diferencia del DAB permanente<sup>1408</sup>.

---

<sup>1405</sup> Vid. los párrafos 1, 2 y 3 del Anexo sobre las Reglas de Procedimiento de las Condiciones Generales de Contratación del *new red book*.

<sup>1406</sup> Vid. GAEDE, A.H.: "The Silver Book: an Unfortunate Shift from FIDIC'S Tradition of Being Evenhanded and of Focusing on the Best Interest of the Project", *International Construction Law Review*, 2000, p. 494.

<sup>1407</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "FIDIC'S New Standard...", *cit.*, p. 250.

<sup>1408</sup> Vid. JAYNES, G.L.: "FIDIC'S 1999 Edition of Conditions of Contract for 'Plant and Design-Build' and 'EPC Turnkey Contract': is the 'DAB' Still a Star?",



#### 2.a.1.1.c.- La modalidad elegida por la FIDIC

De entre éstos, la cláusula 20 del *nuevo libro rojo* opta, con buen criterio a nuestro juicio, por el DAB permanente<sup>1409</sup>. Efectivamente, en este tipo de contratos, las prestaciones se llevan a cabo, mayoritariamente, en un mismo lugar, esto es, en el lugar de ejecución de las obras. No obstante, y pese a ello, la doctrina recomienda utilizar, de acuerdo con el *nuevo libro rojo*, el DAB *ad hoc*, en lugar del permanente, para un proyecto cuyas prestaciones se desarrollen en lugares diferentes<sup>1410</sup>.

#### 2.b.- El DRB

El DRB –*Dispute Review Board*– suele contar habitualmente con tres miembros determinados en el contrato o elegidos en el momento en que surge la controversia. Habitualmente, de los tres miembros hay dos técnicos

---

<http://www.fidic.org/resources/contracts/jaynes00.asp>, p. 4, también publicado en *International Construction Law Review*, 2000.

<sup>1409</sup> Sin embargo, la solución de la FIDIC no es la misma para todos los libros citados. La elección entre una u otra modalidad está en función del tipo de proyecto. En este sentido, establece el DAB *ad hoc* para los contratos que incluyen prestaciones que deben ejecutarse, generalmente, en lugares diferentes. Realmente, carecería de sentido mantener un DAB permanente en ese tipo de contratos, no sólo por la falta de operatividad práctica, sino también por el incremento innecesario de los costes que implicaría para las partes. No obstante, en caso de encontrarnos ante un contrato de *New Plant* o un *EPC Contract*, para un proyecto cuyas obras se realicen en un único lugar, la propia guía de uso del *nuevo libro rojo* aconseja el DAB permanente.

<sup>1410</sup> *Vid.* SEPPALA, C.R.: “FIDIC’S New Standard...”, *cit.*, p. 250.

especialistas en la obra que se construye y un presidente que es jurista experto en construcción y/o arbitraje. Normalmente, cada parte en el contrato –cliente y contratista- elige uno de los miembros, y los elegidos designan al tercero como presidente. Todos los miembros del Comité tienen el deber de actuar neutral e imparcialmente.

El procedimiento del DRB cuenta con una audiencia para las partes en la que pueden presentar sus alegaciones y en la que no es necesario que estén presentes los abogados de las partes. Con posterioridad el DRB debe emitir su recomendación por escrito en un plazo de tiempo breve. Se trata de una decisión que no es obligatoria para las partes, por lo que el Comité deberá encontrar una solución satisfactoria para ambas y considerar la importancia de la unanimidad para dotar de mayor fuerza a la recomendación<sup>1411</sup>.

Una de las ventajas que se ha señalado del DRB deriva, precisamente de lo que podría parecer un inconveniente, a saber, el carácter dispositivo de la resolución. Se ha apuntado que, en los casos en los que la disputa no llega a resolverse, la intervención del DRB facilita, abrevia y, por ende, economiza considerablemente el procedimiento arbitral<sup>1412</sup>.

En ambos casos la ventaja se manifiesta en que son mecanismos de resolución de controversias previstos en el contrato y que se constituyen desde un principio. De modo que los miembros de los comités se involucran en el proyecto y son conocedores del desarrollo de la obra y, por lo tanto, tienen un mayor conocimiento de las circunstancias y los hechos que rodean una eventual disputa. La remuneración se divide equitativamente entre las partes y, habitualmente, el coste total depende del número de disputas y la media se establece entre el 0.1 y el 0.3 del total del coste del proyecto. El

---

<sup>1411</sup> *Vid.* GERBER, P.: "Dispute Avoidance Procedures...", *cit.*, p. 125.

<sup>1412</sup> *Vid.* JARVIN, J.: "Alternative Solutions to...", *cit.*, p. 386.

DRB también cumple una función preventiva por cuanto visita la obra regularmente –normalmente, cada 2 o 3 meses-<sup>1413</sup>.

Debe señalarse, en este sentido y como ya se ha comentado, que el Banco Mundial ha adoptado como modelo contractual para las obras que financia el libro rojo de la FIDIC. Sin embargo, el instrumento que se ha elegido no es el DAB, sino el DRB –*Dispute Review Board*-. La diferencia fundamental entre los dos procedimientos de ADR se basa en que la decisión del DAB es obligatoria y la del DRB es una recomendación. Además, el procedimiento del DAB es más rígido, con una serie de plazos con los que no cuenta el DRB, que por esta razón suele ser un mecanismo más rápido<sup>1414</sup>.

3.- El procedimiento en los mecanismos prearbitrales: análisis comparativo de los procedimientos de la intervención del ingeniero y del DAB

### 3.a.- Introducción

Pese a la reforma, puede afirmarse que el sistema de resolución de controversias de los modelos de la FIDIC, desde la perspectiva procedimental, mantiene una misma estructura. Esta circunstancia aconseja un tratamiento conjunto de ambos procedimientos; el antiguo –cláusula 67 del *red book*- y el nuevo –cláusula 20 del *new red book*-.

Este planteamiento reporta una doble ventaja. Por un lado, evita la reiteración en los puntos comunes, que son muy numerosos. Y, por otro, facilita el análisis comparativo subrayando las modificaciones que introduce

---

<sup>1413</sup> Vid. GERBER, P.: “Dispute Avoidance Procedures...”, *cit.*, p. 127.

<sup>1414</sup> Vid. GERBER, P.: “Dispute Avoidance Procedures...”, *cit.*, p. 125.

la reforma de 1999.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, que, actualmente, puede utilizarse cualquiera de estos dos modelos contractuales. De modo que la opción entre uno u otro depende, exclusivamente, de la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien es cierto que el objetivo de la FIDIC es que la práctica imponga la sustitución del antiguo modelo por el nuevo.

### 3.b.- Procedimientos escalonados

La cláusula 67<sup>1415</sup> de la cuarta edición<sup>1416</sup> del *red book* prevé un sistema escalonado para la resolución de controversias. En primer lugar, se establece un procedimiento en el que el ingeniero asume una función cuasi arbitral. Subsidiariamente, remite, con carácter facultativo, a la resolución amistosa y, finalmente, al arbitraje de la CCI, si bien las partes pueden acordar un Reglamento distinto.

También en el *new red book* el sistema de resolución de controversias previsto en la cláusula 20 es escalonado. Sin embargo, la gran diferencia es que se fija un mecanismo de ADR como condición previa y preceptiva al arbitraje: el DAB. La importancia de este cambio radica en que, bajo el nuevo planteamiento, queda perfectamente garantizada la imparcialidad del órgano decisorio. Además, presenta una reglamentación más detallada al incorporar por referencia las condiciones generales del Acuerdo de

---

<sup>1415</sup> Esta disposición tiene su precedente inmediato en la cláusula 66 del *Engineering Contract* del ya citado ICE. Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-arbitral Procedure...", *cit.*, p. 329. Debe señalarse que en el *New Engineering Contract (NEC)* del ICE, se ha suprimido la función cuasi arbitral del ingeniero y se ha sustituido por la intervención de un perito técnico independiente, denominado *Adjudicator*.

<sup>1416</sup> Resulta necesario precisar la edición por cuanto que los plazos varían de las ediciones anteriores, con respecto a la de 1987. Los plazos de las ediciones anteriores eran de 90 días.

Resolución de Conflictos que figura como anexo en las condiciones generales de dicho contrato<sup>1417</sup>.

En definitiva, en ambos casos, el arbitraje actúa con carácter subsidiario, esto es, en defecto de las vías anteriores. De modo que, en la práctica, el procedimiento prearbitral se constituye como un auténtico presupuesto de arbitrabilidad de la controversia. Hasta el punto de que, incluso una vez iniciado el arbitraje, si surgen nuevas controversias, no es el árbitro quien debe decidir las, sino el ingeniero o el DAB, por las soluciones previstas en las cláusulas 67<sup>1418</sup> o 20. La doctrina afirma contundentemente que, si los árbitros deciden sobre las nuevas disputas, actúan “exceeding their jurisdiction”<sup>1419</sup>. En consecuencia, el laudo arbitral sería inejecutable por incongruencia<sup>1420</sup>.

### 3.c.- Los requisitos previos al procedimiento prearbitral

---

<sup>1417</sup> La remisión se realiza en la cláusula 20.2 apartado 5º de las condiciones del *new red book* de la FIDIC. El Acuerdo del Anexo vincula a las partes y el DAB, garantiza la imparcialidad de este último y contiene las obligaciones de las partes y las condiciones de pago, entre otras. Debe subrayarse, según lo establecido en este Apéndice, que el acuerdo de sumisión deberá notificarse, una vez efectivo, a los miembros del DAB, en el plazo de 6 meses, so pena de nulidad.

<sup>1418</sup> En este sentido, la práctica arbitral de la CCI en los asuntos núm. 3790/1983, 4862/1986 y 6535/1992. *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales...*, *cit.*, p. 243; SEPPALA, C.R.: “The Pre-arbitral Decisions...*cit.*”, p. 379.

<sup>1419</sup> *Vid.* SEPPALA, C.R.: “The Pre-Arbitral decisions...”, *cit.*, p.381.

<sup>1420</sup> *Vid.* el artículo V.1. c). del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En este sistema escalonado se exige, para que pueda comenzar el procedimiento arbitral, que se hayan agotado las vías previas relativas a las reclamaciones contractuales y que nos encontremos ante lo que se denomina como una disputa.

### 3.c.1.- Las reclamaciones contractuales

En los contratos modelo de la FIDIC existen, además, unos mecanismos previos para determinadas reclamaciones que deben utilizarse con anterioridad al recurso a los procedimientos prearbitrales<sup>1421</sup> y que tienen su origen en el derecho anglosajón<sup>1422</sup>.

Concretamente, las condiciones civiles cuentan con las cláusulas 53 – en la edición de 1987- y la 20.1 –en la edición de 1999- que establecen los cauces para que el contratista reclame pagos adicionales. De esta suerte, el contratista debe acudir para las reclamaciones denominadas como pecuniarias, en primer lugar, a la cláusula 53. Y si esta vía no resulta satisfactoria puede, en segundo lugar, acudir al procedimiento prearbitral de la cláusula 67. Se trata, en definitiva, de otro escalón en la reglamentación de la resolución de diferencias en el seno de los contratos internacionales de ingeniería<sup>1423</sup>.

La nueva edición de las condiciones FIDIC de 1999 amplía el ámbito de estas reclamaciones del contratista. Además de las pecuniarias, ahora

---

<sup>1421</sup> La doctrina afirma la necesidad de utilizar estas vías contractuales para poder acudir a las vías prearbitrales previstas en el contrato. *Vid.* SEPPALA, C.: “Les nouveaux modèles de contrats FIDIC: réclamations, règlements des différences et Comité de résolution des litiges”, *RDA/IBLJ*, núm.1, 2001, pp. 3 y ss. La práctica arbitral de la CCI también se manifiesta en este sentido, como ocurre en el laudo 6535/1992.

<sup>1422</sup> Se trata de instrumentos muy utilizados en Estados Unidos, si bien la jurisprudencia alerta sobre la cautela en su utilización como primer paso en la creación de una diferencia. *Vid. Cervidone Construction Corp. v. US*, 931 F 2d 860 (*Fed. Cir.* 1991).

<sup>1423</sup> *Vid.* HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: *Civil Engineering Contracts...*, *cit.*, pp. 174 y ss.

alcanzan a las temporales: esto es, a la solicitud de ampliación de los plazos de entrega de la obra.

Pero estos procedimientos de reclamaciones contractuales no sólo corresponden al contratista ( como veremos, a continuación, en el epígrafe 1.a.1). De hecho, precisamente, una de las novedades que introduce el nuevo libro rojo es la reclamación prevista para el cliente (epígrafe 1.a.1.1.). Así, la reforma incorpora una nueva cláusula referida a las reclamaciones del cliente –concretamente la cláusula 2.5 del nuevo libro rojo-.

### 3.c.1.a.- El procedimiento de reclamación contractual del contratista

Las causas más comunes de las reclamaciones del contratista se refieren a la solicitud de un aumento del plazo de entrega –cláusula 44 del libro rojo- o del precio –cláusula 52 de las mismas condiciones-<sup>1424</sup>.

El procedimiento para las reclamaciones pecuniarias se regula en la cláusula 53 del libro rojo. En primer lugar, el contratista está obligado a notificar la reclamación que se somete al ingeniero o a su representante en la obra entregando la documentación necesaria. Si el contratista no está de acuerdo con la solución, entonces la reclamación se convierte en disputa y se ve compelido a volver a someterla al ingeniero por vía de la cláusula 67<sup>1425</sup>.

La cláusula 20.1 del nuevo libro rojo prevé para el contratista un procedimiento para la reclamación de pago adicional o una ampliación del plazo. En primer lugar, se establece la obligación para el contratista de

---

<sup>1424</sup> Vid. KUMARASWAMY, M.: “Common Categories and Causes of Construction Claims”, *Construction Law Journal*, 1997, pp. 21 y ss.

<sup>1425</sup> Vid. SEPPALA, C.: “Contractor’s Claims under the FIDIC Civil Engineering Contract”, *The Construction Lawyer*, enero, 1993, pp. 31 y ss.

notificar a la otra parte su pretensión en un plazo máximo de 28 días, computado desde que conoció la causa que cree facultarle para dicha solicitud. El carácter obligatorio de la notificación se presenta como un requisito para efectuar la reclamación. En este sentido, si no se realiza la notificación en plazo, el contratista pierde su derecho a reclamar<sup>1426</sup>.

Esta notificación debe hacerse a la otra parte, bien el cliente, o bien el contratista, dependiendo del contrato modelo que se utilice y, por ende, de la atribución de funciones que se realice al ingeniero. La notificación tiene por objeto poner en conocimiento de la otra parte la intención de reclamar un aumento del precio o del tiempo disponible. Por ello, basta con que se realice una simple comunicación (*bare notice*), que puede manifestarse, por ejemplo, en una carta enviada por el contratista al cliente, en la que se indique qué se reclama y en base a qué circunstancia, sin necesidad de mayores especificaciones.

Además, simultáneamente, el contratista cuenta con un plazo de 42 días desde que tiene conocimiento de la causa que da derecho a su reclamación para enviar un escrito de reclamación detallando todas las circunstancias al cliente o al ingeniero. Las partes pueden pactar la prórroga de este plazo.

Una vez el cliente o, en su caso, el ingeniero, recibe la reclamación se inicia otro plazo de 42 días para decidir sobre su aceptación o rechazo<sup>1427</sup>.

### 3.c.1.b.- El procedimiento de reclamación contractual del cliente

---

<sup>1426</sup> Algo parecido ocurre en la cláusula 20.1 del *libro naranja* y en la cláusula 53 del *libro rojo* el incumplimiento del requisito de la notificación en plazo limita la cuantía de la reclamación.

<sup>1427</sup> Se añade un nuevo párrafo en la cláusula 20.1 que dice que el incumplimiento de este procedimiento implicará la reducción de la cantidad reclamada en el montante de las pérdidas que se hayan ocasionado para el cliente, *vid.* la cláusula 20.1.



Ya se ha comentado que una de las novedades que introduce el nuevo libro rojo es, precisamente, un procedimiento para las reclamaciones que puede realizar el cliente que se regulan en la cláusula 2.5 de este modelo contractual.

En virtud de esta disposición, si el cliente piensa que tiene derecho a un pago basado en lo establecido en el contrato o en otras disposiciones y/o una prórroga para la notificación de defectos debe, en primer lugar, comunicárselo al contratista detallando las circunstancias que le facultan para ello y los detalles relativos a la base legal de la reclamación –es decir, la cláusula contractual en la que se basa-, la suma que se reclama o el tiempo que se solicita.

Esta comunicación debe realizarse en un plazo razonable y, en cualquier caso, por lo que se refiere a la prórroga del plazo para la notificación de defectos, deberá comunicarse con anterioridad al transcurso del mismo que suele ser de un año.

La suma a la que tenga derecho el cliente en virtud de esta cláusula se deducirá del precio establecido en el contrato por las partes o de los certificados de pago. Este modo de compensación obliga al cliente a utilizar este procedimiento de reclamación sin que pueda proceder unilateralmente a realizar estas deducciones. Así, el procedimiento previsto en la cláusula 2.5 del nuevo libro rojo contiene una vía de reclamación para el cliente que, en definitiva, protege la situación jurídica del contratista.

#### 3.c.1.1.- La existencia de una disputa

En el sistema de resolución de controversias de las condiciones civiles de la FIDIC, una vez agotada la vía de reclamaciones contractuales que

acabamos de ver (si es que procede), puede avanzarse un paso más hacia la intervención del ingeniero.

Para ello se requiere que exista una disputa entre las partes, entendida como una diferencia, derivada de la obra o del contrato, entre ellas que afecte al buen desarrollo de la relación contractual y que no se incardine en el ámbito de las citadas reclamaciones contractuales.

Este es un requisito esencial que determina la puesta en marcha o no del procedimiento arbitral previsto en la cláusula 67. Es decir, de no existir una controversia que pueda ser entendida como disputa, no cabe recurrir a la cláusula 67 de las condiciones FIDIC.

Esta circunstancia implica admitir la subsidiariedad del procedimiento prearbitral con respecto a los otros procedimientos contractuales previstos, ya citados, por ejemplo, para las reclamaciones pecuniarias, previstas, en la cláusula 52 -referida a los pagos debidos a las órdenes de variación de las obras-, o también, la cláusula 44 -relativa a las reclamaciones por ampliación en los plazos de entrega de la obra (*applications for extensions of time*)-<sup>1428</sup>.

De modo que, en primer lugar, habrá que calificar la diferencia surgida para canalizarla por la vía adecuada. Si se trata de una reclamación -*claim*- habrá que acudir a los procedimientos contractuales previstos para ello<sup>1429</sup>. Sin embargo, si nos encontramos ante lo que se domina como una disputa, habrá que dirimirla a través del procedimiento prearbitral previsto en la cláusula 67.

En todo caso, la relación de subsidiariedad entre los procedimientos de reclamación contractuales y la vía prearbitral de la cláusula 67 se ha

---

<sup>1428</sup> Vid. cláusulas 53 y 20.1.

<sup>1429</sup> La práctica arbitral llega a afirmar que “existe un mundo de diferencia” entre una reclamación contractual-*claim*-- y una disputa. El primer paso siempre es una reclamación contractual en el sistema FIDIC, que, en caso de fracaso en su resolución, se convertirá en disputa. Vid. el asunto CCI núm. 5428/1988 en *Yearbook Commercial Arbitration*, 1989, p. 132.

confirmado en la práctica arbitral. Ésta reconoce que, si nos encontramos ante una *claim* o *contention*, existe la obligación de haber incoado los mecanismos contractuales previstos para tales circunstancias, con anterioridad a la posibilidad de acudir al procedimiento prearbitral de la cláusula 67. Siendo así hasta el punto de que, si llega una de estas *claims* al ingeniero y no ha cumplimentado el procedimiento contractual, éste deberá, digamos, declinar su propia competencia. Solo en el caso en el que la reclamación no se haya podido solventar por el procedimiento contractual se puede acudir a la vía prearbitral del ingeniero<sup>1430</sup>.

Así es que de lo expuesto puede deducirse que la concurrencia de una disputa es un presupuesto necesario para poder acudir al procedimiento prearbitral de la cláusula 67. De no ser así, el ingeniero no será competente para conocer de la controversia.

Debe pensarse que las consecuencias de esta situación pueden resultar dramáticas para los intereses de alguna de las partes. Por ejemplo, en el asunto citado de la CCI número 6535 de 1992, el contratista sufrió el rechazo de 216 reclamaciones –*claims*– que no cumplimentaban el requisito del recurso previo.

### *3.d.- El procedimiento prearbitral*

El procedimiento prearbitral, en los dos sistemas, presenta unas fases comunes, que ha señalado la doctrina<sup>1431</sup> y que se concretan en las siguientes:

---

<sup>1430</sup> Tal y como se establece en los asuntos CCI núms. 6535/1992 y 4840/1985 Nota de JARVIN, S. en *JCLR*, 1986, p. 82.

### 3.d.1.- La obligación de someter la controversia

Los dos textos imponen la obligación de someter esta controversia, por escrito e invocando expresamente la cláusula 67<sup>1432</sup> o 20.4, al ingeniero o al DAB, respectivamente, con copia para las partes<sup>1433</sup>. Pueden hacerlo a lo largo de un periodo de tiempo muy amplio, esto es, durante y después de la ejecución de las obras<sup>1434</sup>. No obstante, en el *new red book*, las controversias surgidas una vez disuelto el DAB deben someterse directamente al arbitraje<sup>1435</sup>.

En ambos sistemas existe la obligación de notificar la disputa al órgano decisorio, con copia para las partes.

#### 3.d.1.1.- La adopción de la decisión

A partir del momento en que se notifica la controversia, tanto el ingeniero, como el DAB, cuentan con un plazo de 84 días para emitir su decisión, que deberán comunicar por escrito a las partes<sup>1436</sup>.

La diferencia entre ambos sistemas radica en que para la adopción de la decisión del ingeniero no existe una reglamentación detallada, mientras que el DAB sí la tiene.

---

<sup>1431</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-arbitral Procedure...", *cit.*

<sup>1432</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-arbitral Procedure...", *cit.*, p. 335.

<sup>1433</sup> Esto es, se dará traslado de una copia del escrito presentado al DAB en el que se expone la controversia, tanto al ingeniero como a la otra parte.

<sup>1434</sup> Vid. las cláusulas 67.1 y 20 del *red book* y *new red book*, respectivamente.

<sup>1435</sup> Vid. la cláusula 20.8 del *new red book*.

<sup>1436</sup> No obstante, nada impide que las partes y el DAB pacten, de mutuo acuerdo, un plazo distinto: cláusula 20.4 apartado 4º de las condiciones FIDIC del *new red book*.

Se presume que el ingeniero debe decidir justa e imparcialmente. Sin embargo, la cláusula 67 no regula el modo a través del que debe emitir su decisión<sup>1437</sup>. Sorprendentemente, un gran especialista en la materia – SEPPALA- afirma que el ingeniero no actúa como un árbitro puesto que no está obligado “to hear or receive submissions from both parties before reaching his decision”<sup>1438</sup>. Se trata de una cuestión de capital importancia, puesto que el ingeniero tiene la posibilidad de dictar su decisión sin conceder audiencia a las partes y sin aceptar sus alegaciones. Llama la atención que en este procedimiento prearbitral no se respeten los principios de audiencia y contradicción.

Sin embargo, este problema se soluciona con el nuevo sistema, ya que su decisión deberá ser razonada, con audiencia de las partes y aceptando sus alegaciones. Si bien debe puntualizarse que el DAB mantiene, no obstante, una amplia discreción a la hora de determinar el procedimiento a seguir para llegar a dicha decisión.

En cualquier caso, la mejora que introduce la reforma en este punto es innegable y debe calificarse de loable.

Una vez dictada la decisión, bajo los dos sistemas, deberá notificarse a las partes. A partir de este momento, deviene final y obligatoria, transcurrido un plazo de 70 días en el caso del *red book* y de 28 para el *new red book*, a menos que alguna de las partes manifieste su desacuerdo. Sin duda alguna, la reducción del plazo en el último caso denota la intención de convertir esta vía en mucho más expeditiva.

### 3.e.- *La resolución amistosa -Amicable settlement-*

---

<sup>1437</sup> Vid. BUDIN, R. P.: *Guide pratique de...*, cit., p. 283.

Las cláusulas 67.2 y 20.5 ofrecen la posibilidad para las partes de intentar la resolución amistosa *-amicable settlement-*, con carácter previo al arbitraje<sup>1439</sup>. En este sentido, la doctrina opina que se pretende dar preferencia al acuerdo de las partes para la solución de la disputa<sup>1440</sup>.

Esta vía se prevé en dos casos. En primer lugar, cuando alguna de las partes manifieste su oposición con la decisión del ingeniero o del DAB. O, en segundo lugar, en el supuesto de que dichos órganos no hayan resuelto en plazo de 84 días<sup>1441</sup>.

Aquí se plantean algunas cuestiones de interés. Por un lado, mientras que el recurso al ingeniero y al DAB es preceptivo, la resolución amistosa parece ser, en cierto modo, facultativa para las partes, en cuanto que las propias cláusulas 67.2 y 20.6 *in fine* disponen: "(...) y aun cuando no se haya intentado esta resolución amistosa (...)". De ahí puede deducirse que este mecanismo no se constituye como un presupuesto necesario de la arbitrabilidad de la controversia. Por otro lado, llama la atención que se prevea la resolución amistosa del conflicto con posterioridad al ingeniero y al DAB. Resultaría más lógico intentar esta vía previamente.

Por tanto, el orden lógico hubiera sido proceder al *amicable settlement* en primer lugar y, sólo cuando no fuera posible, recurrir al ingeniero o al DAB. Todavía con mayor razón en el nuevo sistema por cuanto que, ni siquiera la decisión de un tercero imparcial, altamente cualificado y familiarizado con el proyecto, ha servido para poner fin a la disputa.

Se podría pensar que en el *nuevo libro rojo*, donde se adopta el DAB permanente, la función consultiva del mismo podría equipararse a la

---

<sup>1438</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-arbitral Procedure...", *cit.*, p. 379.

<sup>1439</sup> En el sentido de que es una posibilidad y que es conciliación; *vid.* NICKLISCH, F.: "The Role of...", *cit.*, pp. 333.

<sup>1440</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-Arbitral procedure...", *cit.*, p. 333.

<sup>1441</sup> Vid. la cláusula 20.5 de las condiciones FIDIC del *new red book*.

resolución amistosa. Precisamente, aquélla trata de evitar que surja un conflicto.

#### *h.- El arbitraje internacional*

##### 1.- Introducción

Una vez agotados los mecanismos contractuales, si proceden, y los procedimientos prearbitrales, las partes se encuentran, finalmente, en disposición de acudir al arbitraje, si es que no han resuelto todavía la disputa<sup>1442</sup>.

El arbitraje se presenta como un mecanismo de resolución de controversias cuya decisión obliga a las partes<sup>1443</sup>. Habitualmente, se cuenta con el arbitraje como el método que definitivamente resuelve sobre el fondo de la disputa e impone a las partes una decisión obligatoria que podrá ejecutarse forzosamente<sup>1444</sup>.

La idoneidad del arbitraje en el ámbito internacional se manifiesta, fundamentalmente, en la consecución de un título ejecutivo susceptible de ser ejecutado en los sistemas de los distintos países<sup>1445</sup>. Por estas razones, se ha considerado que el arbitraje internacional se presenta como una “segunda fase”<sup>1446</sup> en la resolución de controversias, después de los

---

<sup>1442</sup> Vid. Final Report on..., cit., p. 11.

<sup>1443</sup> Vid. MYERS, J.: “Developing Methods for..., cit., p. 104.

<sup>1444</sup> Vid. DAVIES, M.: “Dispute Resolution in International..., cit., p. 206.

<sup>1445</sup> Vid. WHEELER, B.: International Arbitration Rules: a Comparative Guide, London, LLP, 2000, p. 17.

<sup>1446</sup> Vid. GLAVINIS, P.: Le contrat international..., cit., p. 478.

mecanismos prearbitrales. Si éstos se presentan como una vía expeditiva, el arbitraje es esa segunda fase más lenta, que supone mayores costes y que está judicializado en mayor medida. Con todo, también es cierto que el arbitraje dota de mayores garantías al procedimiento de objetividad e imparcialidad. Los procedimientos arbitrales no han respondido a las necesidades de rapidez y economía, razón que ha impulsado el desarrollo de otros mecanismos de resolución de controversias que, en ocasiones, deben utilizarse obligatoriamente antes de poder acudir al arbitraje<sup>1447</sup>.

En el ámbito de la construcción, pues, el arbitraje se presenta como el último recurso para la resolución de una disputa, como la vía a la que se acude cuando se han intentado otros mecanismos<sup>1448</sup>.

Con todo, y en comparación con la resolución jurisdiccional de las controversias, lo cierto es que en los contratos internacionales de ingeniería la inmensa mayoría de las disputas se someten a arbitraje<sup>1449</sup>. Tanto es así que se afirma que el árbitro es el “juez natural” en este tipo de disputas<sup>1450</sup>, hasta el punto de que más del 90% de las mismas en el seno de estos contratos se resuelven a través de la vía arbitral y no la jurisdiccional<sup>1451</sup>.

En caso de que el cliente sea un Estado, habrá que observar su legislación interna en aras a que posibilite el recurso al arbitraje, puesto que no será de extrañar que el Estado pretenda imponer la jurisdicción de sus tribunales nacionales a través de una cláusula atributiva. En este sentido, debe tenerse en cuenta el citado Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que ofrece la posibilidad de recurrir al arbitraje y a la conciliación para la resolución de controversias entre países miembros y los

---

<sup>1447</sup> Vid. Final Report on..., cit., p. 14.

<sup>1448</sup> Vid. HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: *Civil Engineering Contracts...*, cit., pp. 186 y ss.

<sup>1449</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 500.

<sup>1450</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los contratos internacionales de...”, cit., p. 328.

<sup>1451</sup> Vid. VAN HOUTTE, H.: “International Subcontracting”, *ICLR*, 1991, p. 306.



inversores que pertenecen a otros países miembros. Así las partes pueden recurrir por esta vía al arbitraje o la conciliación y, una vez sometidos, no pueden desvincularse unilateralmente. Además, todos los países miembros (y el Convenio está ratificado por 131 Estados) están obligados a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales del Centro. Además, en ocasiones, cuando el cliente es un Estado, son los mismos contratos modelo los que imponen procedimientos administrativos previos, que deberán agotarse con carácter previo al recurso al arbitraje. Esta circunstancia suele ser habitual en los sistemas administrativos de inspiración francesa y, concretamente, se prevé en los cuadernos FED<sup>1452</sup>.

El análisis de los arbitrajes en los contratos internacionales de ingeniería pasa por una referencia obligada a los procedimientos arbitrales de la FIDIC -que son los más utilizados en este ámbito- y a otras cuestiones que se suscitan, particularmente, en este sector, como son el arbitraje multiparte o la intervención de los tribunales estatales en función de un arbitraje.

## 2.- El arbitraje FIDIC

La FIDIC se presenta como la institución arbitral de mayor importancia en la resolución de controversias de los contratos internacionales de ingeniería. Además, también debe tenerse en cuenta que el Banco Mundial ha adoptado el libro rojo de la FIDIC como modelo contractual de las obras que financia.

Como ya hemos apuntado, todos los modelos contractuales de la FIDIC remiten a las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París –la CCI-. Ahora bien, al amparo de la autonomía de la

---

<sup>1452</sup> *Vid.* la cláusula 4.1 de los cuadernos FED.

voluntad, las partes cuentan con la libertad de someterse a otras normas o instituciones arbitrales. Así, el procedimiento arbitral se desarrollará según las reglas de la CCI, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa<sup>1453</sup>.

El hecho que la FIDIC mantenga la remisión al arbitraje de la CCI a lo largo del tiempo y de todas las ediciones de sus contratos modelo manifiesta la idoneidad de sus reglas en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería. Se trata de unas normas institucionales que emanan de un organismo neutral y que se renuevan ajustándose a las nuevas necesidades de los procedimientos arbitrales –el Reglamento de 1998 sustituye a las normas de 1988-<sup>1454</sup>.

Frente a las ventajas se señala los inconvenientes de los arbitrajes CCI que suponen tasas administrativas elevadas para las partes y la preferencia por los árbitros-juristas, antes que por los árbitros-técnicos, especialmente, en una materia técnicamente tan compleja como la ingeniería. Así como cierta lentitud en las primeras fases del procedimiento arbitral, sobre todo, en la recepción del árbitro del expediente<sup>1455</sup>.

Las cláusulas arbitrales 67 y 20 de las condiciones FIDIC contienen lo que se ha dado en denominar un arbitraje internacional “complementario”<sup>1456</sup>, que subraya la importancia de los mecanismos prearbitrales de resolución de controversias, pero que, asimismo, destaca la necesidad de su complementariedad con el arbitraje internacional, como mecanismo de obtención de un título ejecutivo.

## *2.a.- Los requisitos de la sumisión al arbitraje*

---

<sup>1453</sup> Vid. las cláusulas 67.3 y 20.6.1 del *red book* y del *new red book*, respectivamente.

<sup>1454</sup> Vid. BUNNI, N., G.: *The FIDIC Form...*, cit., pp. 412 y ss.

<sup>1455</sup> Vid. BUNNI, N., G.: *The FIDIC Form...*, cit., p. 414.

<sup>1456</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 464.

Una vez emitida la decisión del ingeniero o del DAB, si una de las partes no está de acuerdo, puede acudir al arbitraje durante un plazo establecido en la cláusula 67. En este punto surge una cuestión que puede considerarse como clásica en la práctica arbitral sobre esta cláusula y que se refiere a la concreción de los requisitos que son necesarios para considerar que una de las partes ha optado por acudir al arbitraje.

Es decir, el problema que se suscita es el relativo a si la parte que desea iniciar el procedimiento arbitral tiene que presentar una demanda de arbitraje ante la Secretaría de la CCI o, en cambio, basta para ello la indicación a la otra parte su intención de hacerlo. O, también, se considera la comunicación de la intención de acudir al arbitraje al ingeniero, o de forma equivalente, en otras ocasiones, al arquitecto<sup>1457</sup>, como un requerimiento válido.

En este sentido, la controversia se suscita por cuanto en la tercera edición de las condiciones FIDIC, de 1977, no se especifica qué debe hacerse, de modo que existe práctica arbitral relativa a esta edición que ofrece la solución a este extremo. La mayor parte de los laudos arbitrales consultados<sup>1458</sup>, optan por determinar que basta con que la parte que desea acudir al arbitraje comunique su intención a la otra parte. Además, esta posición ha sido confirmada en la cuarta edición de las condiciones FIDIC de 1987. Con todo, junto a la práctica arbitral contradictoria en este sentido<sup>1459</sup>,

---

<sup>1457</sup> Como ocurre en el asunto de la CCI número 5634/1988.

<sup>1458</sup> Como son los laudos de la CCI números 5029/1988, 4862/1988 y 5634/1988, y los números 6671/1996 y 7641/1996.

<sup>1459</sup> Cambio que zanja toda una discusión puesto que también podía encontrarse práctica arbitral de la CCI contradictoria a la que acaba de citarse que establecía la necesidad de incoar el procedimiento arbitral con la debida forma, como son los laudos arbitrales números 4707/1986 y 5277/1987.

también podían encontrarse posiciones doctrinales encontradas de especialistas sobre la materia de reconocido prestigio en este sentido<sup>1460</sup>.

Afortunadamente, la cuarta edición de las condiciones FIDIC zanja esta polémica, de modo que puede afirmarse que, después de esta reforma, la cláusula 67 de la cuarta edición de las condiciones FIDIC, establece, literalmente, que la parte debe comunicar a la otra parte y al ingeniero su intención de acudir al arbitraje, sin que sea necesario, pues, presentar una solicitud formal de iniciación de un procedimiento arbitral<sup>1461</sup>. De modo que el requisito exigido se refiere a la manifestación de la "seria" intención de acudir al arbitraje y no, desde luego, a su solicitud formal<sup>1462</sup>.

Otra de las cuestiones suscitadas se refiere a los efectos de una decisión prearbitral tomada por el ingeniero fuera del plazo establecido o, incluso, que el ingeniero, solicitada la consulta, no emita ninguna decisión. En estos casos, el árbitro se considera competente si el ingeniero no ha dictado una resolución durante el plazo establecido para ello, cuestión que se le impone como una obligación, únicamente eludible bajo unas razones específicas. La no actuación del ingeniero implica la competencia del árbitro para dirimir la disputa, una vez transcurrido el plazo establecido para que el ingeniero dicte su resolución<sup>1463</sup>.

---

<sup>1460</sup> *Vid.*, por ejemplo, WALLACE que considera desde el punto de vista de la doctrina mayoritaria que la mera notificación a la otra parte de la intención de acudir al arbitraje basta para interrumpir el plazo previsto para acudir al mismo (WALLACE, D.: *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, Londres, Sweet and Maxwell, 1986, p. 62). Sin embargo, desde una posición opuesta, SEPPALA mantiene que el arbitraje debe iniciarse formalmente para considerar que alguna de las partes ha ejercido su derecho de acudir al arbitraje (*vid.* SEPPALA, C.: "The Pre-Arbitral Procedure...", *cit.*, p. 82).

<sup>1461</sup> La diferencia entre los textos resulta evidente comparando el tenor literal de ambos textos. De este modo, la tercera edición de 1977 de este modelo contractual exige que "that the matter or matters in dispute be referred to arbitration as hereinafter provided". Sin embargo, la cuarta edición de 1987, establece la exigencia de comunicar a la otra parte y al ingeniero "his intention to commence arbitration".

<sup>1462</sup> *Vid.*, en este sentido, el asunto CCI n. 5600/1987 y en el 5029/1987 y WALLACE, D.: "The Time Bar in FIDIC Clause 67", *International Construction Law Review*, 1985, p. 51.

<sup>1463</sup> Tal y como se establece en el laudo arbitral de la CCI número 6230/1990 y en la sentencia parcial número 5634/1989.

En cualquier caso, tanto si la decisión no se ha emitido o si, emitida, una de las partes esta en desacuerdo, la otra parte podrá acudir al arbitraje en el plazo establecido para ello, tal y como se deduce de la cláusula 67 y de la práctica arbitral citada en el párrafo anterior.

Otra cuestión suscitada y que puede resultar conflictiva es la de determinar si la correspondencia establecida entre las distintas partes del contrato es una decisión en el sentido de la cláusula 67 de las condiciones FIDIC. Esto es, las cartas que le remite el ingeniero al cliente o contratista. Esta concreción resulta determinante por cuanto que supone la efectiva concurrencia del procedimiento prearbitral o no, que es obligatorio, en aras a considerar la competencia del árbitro. En este caso, la parte que decida acudir al arbitraje debe comunicarlo al ingeniero o a la otra parte en el plazo debido, el establecido en la propia cláusula 67. Si no se recurre al arbitraje en este plazo, se entiende que las partes renuncian a hacerlo<sup>1464</sup>.

#### *2.b.- La competencia del árbitro y el procedimiento prearbitral*

Un aspecto determinante en este tipo de contratos es el relativo a si la no concurrencia del procedimiento arbitral afecta a la competencia del árbitro. Pese a una larga polémica doctrinal que excede de los límites de este trabajo, actualmente, se acepta de modo general el principio, denominado *competenz-competenz*. Regla bajo la que el árbitro es competente para controlar su propia competencia; esto es, si lo es para conocer de la disputa, lo es también para verificar de oficio su competencia.

Pero en los contratos internacionales de ingeniería debe tenerse en cuenta la existencia de la función prearbitral obligatoria del ingeniero desde

---

<sup>1464</sup> Según se resolvió en el asunto de la CCI número 5634/1989.

el punto de vista, en este punto concreto, de como puede afectar a la competencia del árbitro.

Si se exige la consulta previa al ingeniero como requisito previo para acudir al arbitraje cabe preguntarse que ocurre con la competencia del arbitro cuando no se ha realizado la consulta previa al ingeniero o, habiéndose realizado, se han incumplido determinados requisitos procedimentales.

Con respecto, a la primera de las hipótesis, el incumplimiento del recurso a la decisión del ingeniero afecta a la competencia del árbitro<sup>1465</sup>. Pese al principio *favor arbitrii*, el árbitro no sería competente para conocer de la controversia juzgada. De modo que, de no ser así, de nada serviría la existencia de este procedimiento prearbitral obligatorio. Piénsese, por ejemplo, que la resolución amistosa *-amicable settlement-* sí se presenta como un mecanismo facultativo, al que las partes tienen la posibilidad de acudir o no).

Además, existe práctica arbitral que determina la obligatoriedad del procedimiento prearbitral con carácter previo al arbitraje. Obligatoriedad que se presenta incluso en los casos en los que no exista designación del ingeniero, teniendo que solicitar la parte en disputa que se especifique. El tribunal arbitral ha calificado de "prematura" la solicitud de arbitraje en el caso de falta de designación del ingeniero<sup>1466</sup>.

Con mayor razón todavía puede afirmarse la obligatoriedad de este procedimiento cuando la figura del ingeniero está designada. De modo que podría concluirse que obviar el procedimiento arbitral afectaría a la competencia del tribunal arbitral.

---

<sup>1465</sup> Vid. SEPPALA C.: "Prearbitral Decisions and Their Impact on the Arbitration: the Decisions Made by the Consulting Engineering" en *International Council for Commercial Arbitration*, serie de Congresos, núm. 5, pp. 377 y ss.

<sup>1466</sup> Tal y como se resolvió en los asuntos de la CCI n. 6276/1990 y 6277/1990. Vid. SEPPALA C.: "Commentary on ICC...", *cit.*

En consecuencia, puede pensarse que el carácter obligatorio del recurso previo al ingeniero es una condición previa para el arbitraje en estos contratos. Y esto queda apoyado por la idea de que las partes no son libres para acudir al arbitraje. Según el procedimiento establecido, en primer lugar se exige el recurso previo al ingeniero como condición indispensable para poder acudir al procedimiento arbitral, luego resulta cuanto menos dudoso admitir que las partes puedan acudir al arbitraje sin cumplir este requisito obligatorio.

Además, una vez realizada la sumisión al ingeniero, las partes sólo pueden acudir al arbitraje en dos supuestos y dos momentos muy concretos. En primer lugar, las partes pueden acudir al arbitraje en caso de desacuerdo con la decisión del ingeniero, contando para ello con un plazo de tiempo determinado. Si las partes no se someten al arbitraje durante este plazo de tiempo se entiende que renuncian al arbitraje y la decisión del ingeniero deviene obligatoria.

En consecuencia, no puede admitirse la posibilidad de que las partes acudan al arbitraje en cualquier momento bajo el genérico principio de *favor arbitrii*. Lo cierto es que la práctica arbitral es clara al respecto, el tribunal arbitral se declarará incompetente en caso de comprobar que no se ha cumplido con la obligación de acudir previamente al procedimiento prearbitral previsto en la cláusula 67 de las condiciones FIDIC<sup>1467</sup>.

La práctica arbitral se ha pronunciado en este sentido con claridad. En ocasiones, el tribunal arbitral ha declinado su competencia porque transcurrido el plazo del que disponen las partes para acudir al arbitraje, concurren dos consecuencias estrechamente vinculadas. Por un lado, la decisión del ingeniero deviene final y obligatoria y, por otro, las partes renuncian a la posibilidad de acudir al procedimiento arbitral. De modo que el recurso que puedan hacer las partes fuera de plazo al arbitraje afecta a la

---

<sup>1467</sup> Tal y como se establece en el laudo 6535/1992 de la CCI.

competencia del tribunal arbitral, en sentido negativo, que se declarará incompetente para conocer del asunto<sup>1468</sup>.

Otra de las cuestiones que se suscitan con respecto a la competencia del tribunal arbitral se refiere a si éste puede valorar, bajo la órbita de su competencia, el cumplimiento de los requisitos exigidos en la cláusula 67. Es decir, si se ha cumplido adecuadamente el *iter* procedimental de esta cláusula, circunstancia de la que depende la competencia del árbitro. En este sentido, la práctica arbitral de la CCI ha reconocido la competencia del tribunal arbitral para examinar la concurrencia de los requisitos procedimentales exigidos en el procedimiento arbitral que precede al arbitraje en estos contratos<sup>1469</sup>.

En definitiva, el cumplimiento de los procedimientos arbitrales en estos contratos se presenta como un presupuesto de arbitrabilidad de la controversia<sup>1470</sup>. Es más, la aceptación de la solicitud de arbitraje ante la Corte de la CCI no prejuzga el control de la competencia del árbitro, que deberá verificar, en todo caso, si ha existido una decisión prearbitral para poder entrar a conocer del asunto<sup>1471</sup>.

## *2.c.- El procedimiento arbitral*

Como ya se ha comentado, el arbitraje actúa en última instancia. Esta circunstancia no implica que las partes estén condicionadas en el procedimiento arbitral por las pruebas presentadas, así como por los

---

<sup>1468</sup> Tal y como ocurre en los asuntos CCI núms. 4840/1986 y 5634/1988, primera sentencia parcial.

<sup>1469</sup> Esta circunstancia se ha reconocido en el laudo arbitral CCI número 5634/1988.

<sup>1470</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 478.

<sup>1471</sup> Vid. el laudo arbitral de la CCI núm. 3790/1983 con notas de JARVIN, S. y WESTRING, G. en *International Construction Law Review*, 1983-85, pp. 371-378.



argumentos alegados ante el ingeniero o el DAB<sup>1472</sup>. Estamos, pues, ante un nuevo procedimiento, aun cuando tenga el mismo objeto. En cualquier caso, debe señalarse que, en el *new red book*, se reconoce expresamente la decisión del DAB como medio de prueba<sup>1473</sup>.

#### 2.c.1.- Recurso de la decisión prearbitral

La decisión, del ingeniero o del DAB, puede recurrirse en arbitraje en un plazo de 70 días en el *red book* y de 28 en el *new red book*. De no hacerlo, se convertirá en una decisión final y obligatoria, como ya se ha comentado.

Si alguna de las partes decide recurrir esta decisión prearbitral deberá comunicar a la otra su disconformidad con dicha decisión y su intención de recurrir al arbitraje, dentro de los citados plazos de 70 o 28 días. A tal efecto, basta esta notificación y no es necesario haber iniciado los trámites de un procedimiento arbitral ante la CCI<sup>1474</sup>.

En cualquier caso, la decisión del ingeniero o del DAB se hará efectiva, provisionalmente, hasta la emisión del laudo arbitral<sup>1475</sup>. Y, además, el contratista debe continuar la realización de la obra con la debida diligencia según la cláusula 67.1.

El arbitraje deberá comenzar una vez transcurrido un plazo de 56 días, en ambos libros, desde la notificación de una de las partes de su disconformidad y su intención de recurrir al mismo.

---

<sup>1472</sup> Vid. las cláusulas 67.3 y 20.6 párrafo 3º de las condiciones FIDIC previstas en el *new red book*.

<sup>1473</sup> Vid. la cláusula 20.6 *in fine*.

<sup>1474</sup> En este sentido los laudos arbitrales de la CCI en los asuntos núm. 7641/1996, 5948/1991, 4707/1986 y 3790/1983. Vid. SEPPALA, C.R.: "Commentary on ICC...", *cit.* Asimismo, del mismo autor: "The Pre-Arbitral Procedure...", *cit.*, p. 333.

Precisamente, el plazo de 56 días tiene por objeto posibilitar esta solución amistosa de las partes<sup>1476</sup> y/o dar un tiempo razonable para que preparen el procedimiento arbitral<sup>1477</sup>. Sin embargo, si las partes ya han sometido la controversia a la decisión del DAB y han obtenido su decisión, cabe preguntarse ¿de qué sirve el plazo tan amplio?. En realidad, este plazo tan extenso sólo servirá como forma de retrasar la resolución definitiva del asunto por vía arbitral<sup>1478</sup>.

Bajo el nuevo sistema, la novedad es que la parte que se oponga a la decisión del DAB deberá poner de manifiesto las razones de su disconformidad y argumentar por qué considera que es errónea. Tarea nada fácil teniendo en cuenta que los miembros del DAB han sido elegidos de mutuo acuerdo por las partes y están altamente cualificados. Además, puesto que nos encontramos, como regla general, ante un DAB permanente, sus componentes están totalmente familiarizados con el asunto<sup>1479</sup>.

#### 2.c.1.1.- Incumplimiento de la decisión prearbitral

Una vez expirado el plazo de recurso para el arbitraje, la decisión del ingeniero o del DAB deviene final y obligatoria, como ya se ha visto. Si las partes no recurren, pierden su derecho al arbitraje<sup>1480</sup>. Sólo se permite,

---

<sup>1475</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-Arbitral Procedure...", *cit.*, p. 329.

<sup>1476</sup> Vid. las cláusulas 67.2 y 20.5 del *red book* y del *new red book*, respectivamente.

<sup>1477</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "The Pre-Arbitral Decisions...", *cit.*, p.379.

<sup>1478</sup> Vid. GAEDE, A.H.: "The Silver Book...", *cit.*, p. 495.

<sup>1479</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: "FIDIC'S New Standard...", *cit.*, p. 252

<sup>1480</sup> Vid. el laudo arbitral de la CCI núm. 4862/1986 con nota de JARVIN, S. en *International Construction Law Review*, 1989, pp. 44-54, si bien es cierto que se refiere a la 2ª y 3ª edición del *libro rojo*. En este asunto se concluía que una reclamación al arbitraje una vez expirado el plazo a tales efectos no permitía una revisión del fondo de la decisión del ingeniero por parte del árbitro. Toda la práctica arbitral consultada, incluso la publicada en 1998, se refiere a estas ediciones 2ª y 3ª, de 1969 y 1977, respectivamente. Vid. "Extracts from ICC Awards (Construction Contracts referring to the FIDIC Conditions-Part I)", *The ICC International*

expresamente, la posibilidad de recurrir al mismo, en el caso de que una de las partes se niegue al cumplimiento de la decisión del ingeniero o el DAB<sup>1481</sup>.

De modo que se podrá someter directamente a arbitraje -y, por tanto, sin intentar la resolución amistosa del litigio-, el incumplimiento de la decisión, una vez se ha convertido en final y obligatoria<sup>1482</sup>. Nos encontramos, pues, ante una decisión que no constituye un título ejecutivo como en el caso de las sentencias o de los laudos arbitrales. Por tanto, aquí se plantea un problema importante de ejecución de las decisiones dictadas por el ingeniero o el DAB para el caso de incumplimiento.

La posibilidad de someter a arbitraje dicho incumplimiento plantea la siguiente disyuntiva: ¿significa que el árbitro debe hacer suya, necesariamente, dicha decisión convirtiéndose en un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada? o ¿debe entrar a conocer del fondo del asunto y dictar una decisión?.

Este es un aspecto controvertido porque, según el tenor literal de las cláusulas 67 y 20, caben ambas posibilidades. Así, por un lado, el árbitro puede asumir la decisión prearbitral convirtiéndola en título ejecutivo. Y, por otro, proceder a la revisión de fondo de una decisión firme, en el sentido que el plazo previsto para el recurso ha expirado.

Respecto de la primera de las hipótesis –el árbitro asume la decisión- la doctrina sostiene que contra la decisión del ingeniero o del DAB, una vez firme, no cabe recurso legal alguno. De ahí que hable del carácter “confiscatorio” –*forfeitary aspect*- del procedimiento prearbitral que persigue

---

*Court of Arbitration Bulletin*, mayo 1998, pp. 74-95.

<sup>1481</sup> *Vid.* las cláusulas 67.4 y 20.7 del *red book* y del *new red book*, respectivamente.

<sup>1482</sup> Esto es, si en el plazo de 28 días desde la notificación de la decisión del DAB, ninguna de las partes ha manifestado su disconformidad.

evitar el mayor número de procedimientos arbitrales<sup>1483</sup>. Si se considera que no cabe recurso, la revisión del fondo excedería de las competencias del árbitro y se constituiría como una causa de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, por incongruencia. De modo que, bajo este planteamiento, el árbitro únicamente podría asumir la decisión del ingeniero con el objeto de obtener un título ejecutivo<sup>1484</sup>.

Así, esta vía se configura como un medio de convertir la decisión del ingeniero o del DAB en título ejecutivo bajo la forma de laudo arbitral<sup>1485</sup>. La doctrina ha señalado el riesgo de que las partes incumplan la decisión del ingeniero, simplemente, como táctica dilatoria<sup>1486</sup>.

En este supuesto, lo que se somete a arbitraje es el incumplimiento de una de las partes. Se trata de una necesidad en materia de ejecución, convirtiendo la decisión del ingeniero o del DAB, inejecutable forzosamente por su propia naturaleza, en laudo arbitral y, por tanto, título ejecutivo internacionalmente bajo el régimen del Convenio de Nueva York de 1958. ¿Qué ocurrirá entonces si el tribunal arbitral no asume dicha decisión? En ese caso, sería inejecutable.

La segunda de las hipótesis –la revisión del fondo– se basa en el tenor literal de las cláusulas 67.4 y 20.7 que remiten a las cláusulas 67.3 y 20.6, respectivamente. Según estas disposiciones, el árbitro goza de plenos poderes para reabrir, revisar y modificar la decisión. Estas facultades se mantienen, además, en la última edición del *nuevo libro rojo*, de modo que no parece que sea una atribución por descuido en la redacción. Por tanto, el

---

<sup>1483</sup> Vid. SEPPALA, C.R.: “The Pre-arbitral Decisions...”, *cit.*, p. 379.

<sup>1484</sup> Un supuesto en el que el árbitro hace suya la decisión del ingeniero es el laudo arbitral de la CCI núm. 7910/1996.

<sup>1485</sup> Aquí la cuestión que se suscita es si el árbitro asume la decisión del ingeniero o revisa el fondo de la misma. Parece ser que el árbitro cuenta con plenos poderes para optar por una u otra vía. Asumir sistemáticamente la decisión del ingeniero supondría limitar el arbitraje a la consecución de un título ejecutivo.

<sup>1486</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: Los contratos internacionales..., *cit.*, p. 244.

árbitro no está vinculado por la decisión del ingeniero o del DAB.

Todo parece apuntar a que cabe la posibilidad de que el árbitro entre de nuevo en el fondo del asunto y resuelva la controversia. Cabría preguntarse qué utilidad tendría la decisión del ingeniero o del DAB. En este sentido, dispone, expresamente, la cláusula 20.6 apartado 3º del *new red book* que cualquier decisión del DAB podrá ser admitida como medio de prueba en el procedimiento arbitral<sup>1487</sup>. Sin embargo, el *red book* guarda silencio al respecto.

Además, debe añadirse que, bajo el sistema del *libro rojo*, la decisión del ingeniero se adopta en un procedimiento prearbitral, de naturaleza contractual, que no asegura las mínimas garantías procesales de imparcialidad, contradicción y audiencia. Así, no parece adecuado que no sea revisable en cualquier estadio en un procedimiento arbitral reglado.

Sin embargo, tampoco esta solución está exenta de inconvenientes. Por un lado, y teniendo en cuenta que, en este caso, las partes someten a arbitraje única y exclusivamente el incumplimiento de la decisión, el hecho de que el tribunal arbitral entre en el fondo del asunto y resuelva de nuevo, supone excederse en sus funciones. Esto significa que podrá denegarse el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral dictado, alegando la incongruencia, esto es, por haber resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

En definitiva, parece adecuado considerar como potestad discrecional del árbitro decidir si asume la decisión del ingeniero o del DAB como propia y la convierte en título ejecutivo, dictando el laudo arbitral. O, si lo cree más conveniente, proceder a la revisión del fondo, aun cuando sólo se le sometía el incumplimiento de la decisión. El control de las garantías procesales de la decisión del ingeniero o del DAB parece ser el criterio más adecuado para la

---

<sup>1487</sup> Vid. la cláusula 20.6 párrafo 3º de las condiciones FIDIC previstas en el *new red book*.

opción del árbitro<sup>1488</sup>.

#### 2.c.1.1.1.- El recurso directo al arbitraje

Otra aportación que realiza el *new red book* es que prevé un nuevo supuesto en el que las partes pueden acudir a arbitraje directamente, esto es, sin la obligación de un procedimiento prearbitral previo. Así, se da este caso cuando surge una controversia derivada del contrato o de la ejecución de las obras una vez expirado el nombramiento de los miembros del DAB<sup>1489</sup>.

#### 3.- La cláusula arbitral en otros modelos contractuales

Si bien es cierto, como se ha comentado, que el arbitraje FIDIC, es el más extendido en el ámbito de los contratos modelo, no lo es menos que otros modelos contractuales de considerable difusión también incorporan una cláusula de sumisión al arbitraje. El elemento común en éstos, inspirado por el sistema FIDIC, es la incorporación de un sistema escalonado de resolución de controversias, en el que se introduce algún mecanismo de ADR y se establece el recurso al arbitraje como última instancia.

Así, por ejemplo, las condiciones generales para los trabajos de obra del citado FED –Fondo Europeo para el Desarrollo- contienen en la cláusula

---

<sup>1488</sup> Este argumento puede refrendarse legislativamente en la ley estadounidense que establece, en este punto concreto, que la decisión del ingeniero “no puede considerarse *final and binding* en los supuestos de fraude, mala fe o incumplimiento por parte del ingeniero de juzgar honradamente o fundado en que la decisión era arbitraria”. Vid. SEPPALA, C.R.: “The Pre-Arbitral Decisions..., *cit.*, p. 383.

<sup>1489</sup> Vid. la cláusula 20.8 de las condiciones FIDIC del *new red book*. Vid. SEPPALA, C.R.: “The New FIDIC..., *cit.*, p. 452. Recuérdese que el *new red book* prevé, como regla general, el DAB permanente.

68 el sistema de resolución de controversias. En esta cláusula introduce un sistema escalonado en el que aparece, como primer paso, la resolución amistosa de controversias. En su defecto, remite a la conciliación entre las partes y, finalmente, si fracasa la conciliación, en caso de un contrato internacional, las partes tienen la libertad de pactar, o bien someterse a la legislación nacional del Estado parte, o bien al arbitraje.

Algo parecido ocurre con el modelo *Power Plant Model Form of contract* y el *Process Plant model Form of contract* de la ENAA que introducen, de nuevo, un sistema escalonado de resolución de controversias en la cláusula 6 del contrato. En ella, se prevé, en primer lugar, un recurso a la resolución amistosa de las disputas que surjan –denominado *mutual consultation*-. En caso de fracasar la resolución amistosa, las partes pueden dirigirse a un *expert* para dirimir la controversia. Si las partes no están de acuerdo con la decisión del *expert*, entonces pueden someterse al arbitraje de la CCI.

En el caso del modelo contractual del ICE, *new engineering contract* o NEC, sus cláusulas 90 y 91, introducen un sistema que condiciona la operatividad del arbitraje a la actuación previa del *adjudicator*. Se trata, esta última, de una figura anglosajona a la que ya se ha hecho referencia y cuyo recurso previo resulta obligatorio para acudir al arbitraje. Así, sólo podrán recurrir al procedimiento arbitral si el *adjudicator* no dicta una decisión en el plazo establecido o, haciéndolo, las partes no están de acuerdo con ella. En caso de acudir al arbitraje, las normas de procedimiento aplicables dependerán del lugar donde se desarrolle el procedimiento arbitral. Si éste tiene lugar en el Reino Unido, se aplicarán las normas procedimentales arbitrales del ICE –*Institution of Civil Engineering*-. Si el arbitraje tiene lugar fuera del Reino Unido, las partes pueden pactar la normativa aplicable al procedimiento.

El *adjudicator* como mecanismo previo al procedimiento arbitral también se ha establecido en el *Standard Bidding Documents for the Supply*

*and Installation of Plant and Equipment* del Banco Mundial. En la cláusula 6 del citado documento cabe la posibilidad de acudir al arbitraje sólo si el *adjudicator* no ha dictado su decisión o las partes están en desacuerdo con ella<sup>1490</sup>.

#### 4.- El arbitraje multiparte

En muchas ocasiones, las disputas surgen entre más de dos partes involucradas, como ocurre por ejemplo, cuando existen diferencias entre el cliente, el contratista principal y el subcontratista. O entre el cliente, el contratista y el ingeniero proyectista o entre los miembros de un mismo grupo de empresas<sup>1491</sup>. Y es entonces cuando surge la cuestión de realizar un arbitraje multiparte -*multiparty arbitration*- para dirimir la disputa. Además, el arbitraje multiparte se presenta como una vía más rápida y económica que el arbitraje convencional. Tanto es así que la posibilidad de arbitraje multiparte se ha convertido en un elemento característico de los contratos internacionales de ingeniería en materia de resolución de controversias<sup>1492</sup>.

El hecho es que, entre 1984 y 1988, el 21% de solicitudes de arbitraje a la CCI se referían a tres o más partes<sup>1493</sup>. En este sentido, las disputas surgen entre varias partes involucradas en la realización de la obra, por ejemplo, entre varias empresas de la *joint venture* o el consorcio o con otras empresas externas<sup>1494</sup>.

---

<sup>1490</sup> Vid. STEIN, G.M.S.: *Construction Law...*, *cit.*, p. 21-115.

<sup>1491</sup> Vid. NICKLISCH, F.: "Infrastructure Projects: Interlinked Contracts and Interlinked Arbitration?", *International Business Lawyer*, mayo 1999, pp. 212 y ss.

<sup>1492</sup> Vid. HOFFMANN, B.: "International Construction Arbitration...", *cit.*, p. 227.

<sup>1493</sup> Vid. SEPPALA, C.-GOGK, D.: "Multy-Party Arbitration under ICC Rules", *International Construction Law Review*, 1990, pp. 358 y ss.

<sup>1494</sup> Vid. BÖCKSTIEGEL, K., H.: "Practical Problems in...", *cit.*, p. 197.



El recurso al arbitraje multiparte puede darse por vía de una cláusula de arbitraje multiparte o, también, por los efectos extensivos de una cláusula arbitral bipartita, como veremos.

La realidad demuestra que, pese a ser habitual la participación de más de dos partes en los contratos, las cláusulas arbitrales utilizadas son las tradicionales en las que se prevé en arbitraje entre dos partes<sup>1495</sup>. En principio, el arbitraje sólo obliga a las partes firmantes del contrato que contiene el convenio arbitral. Pero, en este sentido, la práctica arbitral ha permitido la posibilidad de un arbitraje multiparte con base en una cláusula arbitral bilateral, si bien restrictivamente al exigir el consentimiento de las partes involucradas. Como ocurre en el laudo arbitral CCI número 5898 (1989), en el que se reconoce esta posibilidad pero se rechaza por la falta de consentimiento de las partes.

Sin duda, esta flexibilidad de la práctica arbitral reporta la ventaja de no obtener varias decisiones contradictorias en el desarrollo de varios procedimientos arbitrales<sup>1496</sup>. En cualquier caso, el consentimiento de las partes es necesario porque la consolidación forzosa de dos procedimientos arbitrales –sin el consentimiento de las partes– se considera contraria al orden público internacional. De modo que el laudo arbitral resultante no podrá ser ejecutado en el ámbito del Convenio de Nueva York de 1958 –art. V.1.d- (aunque debe señalarse que algunas legislaciones nacionales prevén la consolidación forzosa cuando ha sido ordenada por un juez (como ocurre con la ley holandesa de 1986).

Asimismo, existen una serie de condiciones que deben concurrir para poder canalizar dos disputas entre las diferentes partes involucradas en un solo procedimiento arbitral. En este sentido resulta significativo el Asunto *Dutco* sobre la obligación de las partes de participar en el arbitraje multiparte

---

<sup>1495</sup> Vid. SEPPALA, C.-GOGK, D.: “Multy-Party Arbitration under...”, *cit.*, p. 360.

<sup>1496</sup> Vid. BERNINI, G.: “L’arbitrato nel contratto di appalto: problemi generali e riflessioni sulla quarta edizione delle regole FIDIC”, AA.VV.: *Il contratto internazionale d’appalto*, Milán, Egea, 1992, pp. 221 y ss.

y la formación de tribunal arbitral. En este asunto, la empresa BKMI firmó en 1981 un contrato llave en mano con *Raysut Cement Corporation* para la realización de una fábrica cementera. Para llevarse a cabo la obra se creó un consorcio conformado por BKMI, *Dutco Construction* y *Siemens*. Con posterioridad, en 1986 *Dutco* presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI contra sus copartícipes del consorcio: BKMI y *Siemens*, con base en la cláusula arbitral del contrato de consorcio y alegando que habían incumplido sus obligaciones contractuales y reclamando una indemnización. El tribunal arbitral se compuso por un árbitro elegido por *Dutco*, otro por *Siemens* y BKMI y el presidente a elección de los dos árbitros designados. Esta composición fue recurrida por *Siemens* y BKMI, ante un tribunal estatal francés -alegando que cada parte disponía del derecho a designar un árbitro- que falló desestimando el recurso. La sentencia francesa estaba reconociendo la posibilidad de un arbitraje multiparte sin estar prevista expresamente en la cláusula arbitral.<sup>1497</sup>

Estas condiciones se concretan en las siguientes: en primer lugar, la disputa debe derivarse del contrato principal. En segundo lugar, el contratista debe considerar que esta disputa afecta al subcontrato. En tercer lugar, el contrato principal debe someter esta disputa al arbitraje y, en cuarto lugar, el contratista debe notificar al subcontratista que las disputas se someterán a los sujetos designados en el contrato principal. En quinto lugar, el contratista debe notificar al subcontratista el recurso al arbitraje con anterioridad a la sumisión a los árbitros. Finalmente, se reconoce la posibilidad para el árbitro de actuar como un *joint arbitrator*. Como ocurre en el laudo arbitral CCI número 5898 (1989) en el que el tribunal arbitral rechazó la posibilidad del arbitraje multiparte porque consideró que no

---

<sup>1497</sup> Vid. *BKMI Industrianlagen GmbH et al v. Dutco construction*, Cour d'Appel de París, Sala 1ª, 5 mayo 1989 en *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 723. Vid. SEPPALA, C.-GOGKE, D.: "Multy-Party Arbitration under...", cit., p. 361. Vid. CUISINIER, J.: "Typical Construction Dispute Problems", *International Council for Commercial Arbitration*, Kluwer, 1990, serie de Congresos, núm. 5, pp. 365 y ss. y GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 511 y ss.

concurrían las condiciones citadas. La práctica arbitral ha reconocido la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a terceras partes<sup>1498</sup>.

La hipótesis óptima, desde una perspectiva teórica, se basa en prever en el convenio arbitral del contrato la posibilidad del arbitraje multiparte. Para ello, pueden utilizarse dos vías: bien la redacción de una cláusula arbitral multilateral, o bien, la reproducción de la cláusula de sumisión a arbitraje del contrato principal en todos los contratos satélite<sup>1499</sup>.

No obstante la CCI ha publicado en 1988 una Guía de arbitraje multiparte que propone una solución para poder recurrir a este mecanismo cuando no existe un único contrato que vincula a todos los participantes en el mismo -que suele ser la situación habitual-. Con este objeto se proponen dos soluciones: en primer lugar, la firma de un protocolo de arbitraje adicional por todas las partes o, en segundo lugar, insertar una cláusula arbitral en cada contrato que prevea la resolución de controversias a través de un procedimiento arbitral común<sup>1500</sup>.

Así, bajo esta fórmula el arbitraje multiparte puede darse en contratos separados, en el ámbito de la subcontratación y en el de la colaboración interempresarial. En el primer caso, además de las partes principales, también pueden intervenir el ingeniero y otros contratistas. En el supuesto de la subcontratación, es el contratista el que sale beneficiado puesto que puede involucrar al subcontratista cuando el cliente le reclama a él. Aunque también supone favorecer al subcontratista que cuenta con la posibilidad de reclamar directamente al cliente. En los supuestos de *joint ventures*, las disputas entre el cliente y las empresas en horizontal no se consideran como arbitraje multiparte, porque éstas responden solidariamente frente al cliente.

---

<sup>1498</sup> Vid. Asunto CCI núm. 2375/1975 y CIADI de 25 de septiembre de 1983, *Amco Asia c. República de Indonesia*.

<sup>1499</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los contratos internacionales de...", *cit.*, .p. 361.

<sup>1500</sup> Vid. CUSHMAN, R.-HEDERMANN, C.-TUCKER, A.: *Alternative Dispute Resolution...*, *cit.*, p. 85.

Sin embargo, si se trata de una agrupación vertical, puede darse el arbitraje multiparte y el resto de empresas responderían frente al cliente al igual que los subcontratistas en el supuesto anterior.

En este sentido, debe considerarse que el arbitraje multiparte puede enfrentar intereses contrapuestos que no responden al esquema demandante-demandado y, puede ocurrir, incluso, que una de las partes se configure como demandante frente a una parte y, al mismo tiempo, demandado frente a la otra. En estos casos, el desarrollo del arbitraje es más complicado y se dilata en el tiempo. Además, no siempre el cliente y el contratista estarán interesados en someterse al arbitraje multiparte puesto que supone abrir la vía de reclamación directa del subcontratista contra el cliente o del ingeniero contra el contratista.

*i.- La adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje*

En ocasiones, estos contratos presentan la necesidad de adoptar medidas de carácter urgente que tiendan a la protección de determinados intereses o pruebas que afectan a la relación contractual. Así, puede que resulte necesario dictar medidas de protección de la obra o de suspensión de los trabajos, o por el contrario, su continuación. O la toma de muestras de determinados materiales o la cata de resistencia de materiales en la estructura, etcétera.

De este modo nos encontramos con medidas que deberán tomarse, incluso, antes del comienzo del procedimiento arbitral. Y pueden ser adoptadas por los mismos árbitros, por una tercera persona designada *ad hoc* o acudir a los jueces estatales para su solicitud. La ventaja de acudir a un juez estatal se manifiesta en el poder coercitivo con el que cuentan los

mismos para hacer efectivas estas medidas<sup>1501</sup>. Así, por esta razón se ha calificado como “juez natural” de las medidas cautelares al juez nacional de la jurisdicción del lugar de ejecución de las obras, mientras que se considera como “mediocre” el éxito de las medidas cautelares adoptadas por órganos no judiciales<sup>1502</sup>.

#### 1.- El procedimiento de *référé*

Existe la posibilidad de ejecutar medidas cautelares con anterioridad a recurrir al arbitraje o los tribunales estatales. Debe pensarse que, en ocasiones, resulta necesario tomar medidas urgentes a lo largo de la ejecución del contrato y el recurso a la vía arbitral o jurisdiccional es demasiado lento. Por esta razón, se ha previsto la intervención de una tercera parte –distinta al juez y al árbitro- que puede dictar medidas provisionales o conservatorias<sup>1503</sup>.

Para ello existe un procedimiento denominado de *référé* –con origen en el Derecho francés- que se basa en la designación de un tercero experto que decide sobre la adopción de medidas de urgencia o conservatorias (con el claro inconveniente de la ausencia de ejecución forzosa de dichas medidas).

Lo cierto es que se trata de la intervención de un tercero imparcial pero no para la resolución de controversias, sino para la adopción de medidas provisionales de carácter urgente. Por ello, se ha comparado esta figura con la del ingeniero FIDIC –cuya actuación es inmediata-, con la

---

<sup>1501</sup> Vid. SMIT, H.-PECHOTA, V.: *International Commercial Arbitration and the Courts*, London, Juris Publishing, 2000, p. 45.

<sup>1502</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 495.

<sup>1503</sup> Vid. JARVIN, J.: “Alternative Solutions to...”, cit., p. 390.

salvedad de la ventaja que puede representar que el *refere* arbitral sea elegido por las dos partes en el contrato y no únicamente por el cliente (como ocurre con el ingeniero FIDIC)<sup>1504</sup>.

La CCI ha elaborado un Reglamento en desarrollo de este procedimiento –número 482- (*ICC Prearbitral referee procedure rules*)<sup>1505</sup>, con el objeto de establecer un procedimiento a través del que una persona neutral decide unas medidas de urgencia a instancia de parte con anterioridad al inicio de un procedimiento arbitral. Se trata de medidas de carácter provisional que no prejuzgan sobre el fondo del asunto y que las partes deben comprometerse a llevar acabo sin demora. En este caso, el referee no sustituye al árbitro, no juzga sobre el fondo del asunto, y, entre sus funciones puede dictar las medidas de protección urgentes en supuestos de daño inminente o perjuicio irreparable, actuar de testigo en el pago que realice una parte a la otra, obligar a las partes al cumplimiento de sus obligaciones contractuales (firma de documentos, transmisión de información, etcétera) y dictar medidas en aras a la conservación o establecimiento de pruebas<sup>1506</sup>.

Las medidas pueden decidirse en el plazo de un mes desde su solicitud y hacen referencia a evitar un daño u obligar a determinados pagos o al cumplimiento de determinadas disposiciones contractuales, así como las relativas a la conservación de pruebas. Asimismo, las partes pueden pactar el establecimiento de otras medidas. El referee está obligado por el principio procesal de contradicción y audiencia a la otra parte, pero en caso de incomparecencia de ésta, deberá proceder a la adopción de las medidas

---

<sup>1504</sup> Vid. SCHMITTHOFF, C., M.: *Schmitthoff's Export Trade. The Law and Practice of International Trade*, London, Stevens and Sons, 1990 (reimpr. 1995), p. 751.

<sup>1505</sup> Vid. DAVIS, D.: "The ICC Prearbitral Référé Procedure in Context with Technical Expertise, Conciliation and Arbitration", *International construction law review*, 1992, pp. 218 y ss.

<sup>1506</sup> Vid. art. 2.1 del Reglamento citado.

necesarias o solicitadas. Las partes se obligan a cumplir las medidas adoptadas por el *refere* (art. 6 del Reglamento).

Una vez iniciado un procedimiento arbitral o jurisdiccional no cabe el recurso a este procedimiento, pero, en caso contrario –el arbitraje o el proceso se inician con posterioridad- el *référé* terminará su función para evitar el recurso a estos mecanismos como maniobras dilatorias de las partes.

Como ya hemos señalado, el problema que presentan estas medidas es el de su ejecución que se basa en el compromiso “espontáneo”<sup>1507</sup> de las partes, razón por la que no está garantizada. Así, si la gran ventaja es la rapidez, el inconveniente se centra en la ausencia de fuerza ejecutoria. Debe tenerse en cuenta que las medidas dictadas por un tercero no son decisiones de un árbitro.

Para su mayor eficacia puede combinarse con una cláusula arbitral teniendo en cuenta que algunos sistemas reconocen esta potestad a los árbitros (sin entrar en el carácter discutido de la cuestión)<sup>1508</sup>. Los problemas que plantea se concretan en la competencia para dictar esas medidas y la posibilidad de que sean ejecutadas por un tribunal estatal<sup>1509</sup>.

Así, aunque se reconoce la posibilidad para los árbitros de dictar medidas cautelares, su decisión no es ejecutable como un laudo arbitral, es decir, a modo de título ejecutivo. Con la excepción del Derecho holandés – ley de 1986- y el Derecho francés en materia de arbitraje que prevén la posibilidad de ejecución de la decisión del árbitro en materia cautelar como si fuera un laudo arbitral y cuando no sea objeto de recurso de anulación<sup>1510</sup>.

---

<sup>1507</sup> Vid. JARVIN, J.: “Alternative Solutions to..., *cit.*, p. 394.

<sup>1508</sup> Vid. PARODI, P.: “Interim Measures in Respect to Arbitration in the Construction Business”, *International Council for commercial arbitration*, 1990, Kluwer, serie de Congresos, núm. 5, pp. 485 y ss.

<sup>1509</sup> Vid. HOFFMANN, B.: “International Construction Arbitration..., *cit.*, p. 247.

<sup>1510</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, *cit.*, p. 496.

## 2.- La intervención del juez para adoptar medidas cautelares en función de un arbitraje

En ocasiones, la intervención de una tercera parte para la adopción de medidas cautelares o provisionales presenta la dificultad de no poder ser ejecutadas forzosamente si alguna de las partes se muestra en desacuerdo.

Por esta razón cabe la posibilidad de recurrir a un juez estatal para solicitar medidas cautelares en función de un arbitraje, incluso si éste ni siquiera ha comenzado. Se trata de una vía de colaboración entre los árbitros y los jueces que resulta efectiva, precisamente, porque subsana la falta de poder coercitivo que tienen estas medidas en el plano arbitral. Se trata de una intervención asumida de modo general que implica lo que se ha dado en denominar una “ultrajudicialización” del arbitraje<sup>1511</sup>.

Esta intervención es la que tuvo lugar en el asunto Eurotúnel, en el que, como hemos visto, se solicitaron medidas cautelares ante los tribunales ingleses<sup>1512</sup> y ante los tribunales franceses<sup>1513</sup>. Los clientes del Eurotúnel solicitaron ante los tribunales ingleses –la *High Court of Justice of England*– medidas cautelares dirigidas a evitar la suspensión de las obras por parte de los contratistas en la instalación de los equipos de refrigeración el túnel. La *Commercial Court* denegó la solicitud con base en el acuerdo previo de los contratistas de no interrumpir el desarrollo de las obras. Recurrida la decisión, la *Court of Appeal* no concedió la medida cautelar por cuanto existía una cláusula de sumisión al arbitraje fuera del Reino Unido y la

---

<sup>1511</sup> Vid. GLAVINIS, P.: *Le contrat international...*, cit., p. 487.

<sup>1512</sup> Vid. *Channel Tunnel Group Ltd. And France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. And Others*, 22 enero 1992, 2 All ER 609.

<sup>1513</sup> Sobre la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales franceses no se ha encontrado ninguna referencia, ni doctrinal, ni jurisprudencial.



disputa era arbitrable. La justificación se desviaba hacia los criterios de derecho aplicable del contrato a los que ya se ha hecho referencia<sup>1514</sup>.

Pese a lo ocurrido en el asunto del Eurotúnel, que ya hemos comentado, lo cierto es que lo habitual es solicitar las medidas cautelares al juez del lugar donde se está ejecutando la obra. Para ello habrá que estar a los criterios de competencia judicial internacional de ese Estado en materia cautelar y, si se trata de un país comunitario, habrá que observar lo previsto en el artículo 24 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968<sup>1515</sup> y en el artículo 31 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil<sup>1516</sup>, conocido como Bruselas I, con fecha de entrada en vigor 1 de marzo de 2002. Debe tenerse en cuenta que este Reglamento sustituye al Convenio, introduce algunas modificaciones y no se aplica en Dinamarca<sup>1517</sup>, donde sigue rigiendo el Convenio de Bruselas.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, introduce en su artículo 722 la competencia del juez ordinario para dictar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje, antes de su inicio o durante su desarrollo. El artículo 724 del mismo Texto legal introduce la competencia del juez del lugar de ejecución del laudo arbitral y, subsidiariamente, del lugar donde deben hacerse eficaces estas medidas.

---

<sup>1514</sup> Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: "The Channel Tunnel...", *cit.*, p. 12.

<sup>1515</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los contratos internacionales de...", *cit.*, p. 335. La jurisprudencia comunitaria ha aplicado el artículo 24 en la solicitud de medidas cautelares en apoyo de arbitraje, pese a tratarse de una materia excluida del ámbito de aplicación del Convenio. De este modo, a partir de la sentencia *Van Uden*, un juez comunitario puede dictar una medida cautelar en apoyo de un arbitraje con base en el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, actual art. 31 del Reglamento Bruselas I, que, según la interpretación de esta Sentencia, remite a las normas de competencia judicial internacional nacionales. Vid. la Sentencia del TJCEE, de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-319/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line*, *Rev. Arb.*, 1999, núm. 1, pp. 143 y ss.

<sup>1516</sup> Vid. DOCE, de 16 de enero de 2001.

<sup>1517</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J., C.-SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 99 y ss.

En el ámbito de estos contratos se considera indispensable acudir al juez del lugar de ejecución de la obra para solicitar la adopción de medidas cautelares de carácter urgente<sup>1518</sup>.

---

<sup>1518</sup> *Vid.* Asunto CCI núm. 2444/1976.

## CONCLUSIONES

### I

La transformación de la industria de la construcción en el último siglo presenta un nuevo panorama en las relaciones contractuales de ingeniería del comercio internacional. Actualmente, la ingeniería se caracteriza por la existencia de una diversidad de modalidades contractuales que abarcan, desde el diseño *-design-*, hasta las complejas tipologías de concesión, como son los proyectos BOT y que incluyen prestaciones que superan la mera realización de la obra.

La proliferación de los contratos modelo y de los usos en este sector, así como su análisis, refleja la existencia de una realidad contractual compleja, en la que intervienen una pluralidad de sujetos. Estas circunstancias otorgan unos rasgos propios a los contratos internacionales de ingeniería, que se alejan de los relativos a las relaciones puramente internas, y que requieren de una reglamentación específica para dar una respuesta adecuada a sus propias necesidades.

Esta situación se agudiza por la ausencia de reglamentación en los Derechos estatales y por la remisión generalizada al arbitraje para la resolución de controversias en este tipo de contratos.

### II

Todo ello ha desembocado en la elaboración de un marco de reglas transnacionales que se han desarrollado extraordinariamente en el

ámbito de la ingeniería a través de los contratos modelo, los usos y prácticas del comercio internacional y los principios generales que se aplican en el mismo.

Asistimos, pues, al surgimiento de un orden transnacional que se configura como una parte especializada de la nueva *Lex Mercatoria* y que, en el ámbito de la ingeniería, recibe la denominación de *ius ingeniorum*.

Los contratos modelo utilizados reiteran en su articulado cláusulas relativas a cuestiones como las obligaciones de las partes, el sistema de garantías a primera demanda, las cláusulas de variación de precios, las de fuerza mayor o las de *hardship*. Así como las disposiciones relativas a la modificación de las órdenes del cliente o a la ampliación del plazo de entrega de la obra y las atinentes al Derecho aplicable o la resolución de controversias.

Estos aspectos se convierten, en definitiva, en constantes en la reglamentación de los contratos internacionales de ingeniería, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad material. Esto es, la posibilidad para las partes en el contrato de insertar los términos que crean más convenientes para la regulación de su relación.

Sin embargo, pese a la existencia de una realidad autorreguladora, lo cierto es que debe señalarse su carácter incompleto. La ausencia de vocación para regular de manera integral la relación contractual aboca en un conjunto de reglas que adolece de importantes lagunas como el plazo de prescripción de las acciones o el régimen de incumplimiento del contrato. Cuestiones que, además de resultar determinantes para la relación contractual, presentan desarrollos diversos en los distintos sistemas nacionales.

### III

La cuestión relativa a la determinación de la ley estatal aplicable al contrato internacional de ingeniería no se presenta de manera habitual en la práctica jurisprudencial ordinaria y arbitral.

A.- La razón fundamental se halla en el peso específico que ocupan los procesos de autorregulación de conductas en la solución de controversias derivadas de este tipo contractual. La complejidad de los contratos internacionales de ingeniería, unida a la ausencia de normas materiales estatales que ordenen este tipo de contratos, otorga un gran protagonismo a los procesos de autorregulación de conductas. La labor de instituciones como la FIDIC, promoviendo la identificación y codificación de una serie de reglas de conducta convenidas entre los distintos participantes en el tráfico comercial referido a los contratos internacionales de ingeniería, refuerza la función del *ius ingeniorum* y de los contratos-modelos surgidos a su amparo. La existencia de este *conjunto de reglas ad hoc adaptadas* a la problemática concreta que surge de la interpretación y ejecución de los contratos internacionales de ingeniería favorece, en consecuencia, la remisión de cliente y contratista a las disposiciones del *ius ingeniorum* frente a una eventual remisión a una ley estatal teóricamente alejada de las especificidades de la realidad transnacional.

B.- Dentro de la escasa práctica existente relativa a la determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, la mayoría de los supuestos en los que se ha planteado esta cuestión se concentra en manos de los Tribunales arbitrales. La influencia de los procesos de autorregulación de conductas también en materia de resolución de controversias, así como la flexibilidad de un operador jurídico como el

árbitro, que no se halla vinculado por un ordenamiento jurídico estatal, son factores que contribuyen a desviar la problemática relativa a la determinación de la ley estatal aplicable los contratos internacionales de ingeniería de las jurisdicciones nacionales a los Tribunales arbitrales. Ello explica la escasa práctica judicial relativa a la aplicación del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales respecto de este tipo de contratos.

## IV

La referida escasez de práctica jurisprudencial ordinaria y arbitral no convierte en cualquier caso en un problema menor la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de ingeniería.

A.- Por una parte, el ejercicio de la autonomía de la voluntad dirigido a la selección del *ius ingeniorum* como el régimen jurídico aplicable difícilmente cubre la totalidad de los aspectos constitutivos de las relaciones jurídicas nacidas al hilo del contrato internacional de ingeniería. Por ello, pese al amplio desarrollo de la autonomía privada, resulta inevitable recurrir a un Derecho estatal para complementar la regulación de determinados aspectos contractuales que suelen permanecer al margen de las especificaciones de cliente y contratista.

Desde un punto de vista arbitral, no existe duda respecto del carácter complementario del Derecho estatal frente al *ius ingeniorum*: la selección del *ius ingeniorum* como normativa reguladora del fondo del contrato implica su aplicación directa en caso de controversia. Solamente en ausencia de disposición específica derivada de los usos y prácticas del comercio

internacional en materia de ingeniería, el árbitro se verá obligado a recurrir a una ley estatal.

Desde un punto de vista jurisdiccional ordinario, el carácter complementario del Derecho estatal respecto del *ius ingeniorum* parece ratificarse desde la óptica de las normativas que vinculan a jueces y Tribunales, si bien su alcance difiere en función del régimen aplicable.

El art. 9.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994, permite la aplicación directa del *ius ingeniorum*. Por tanto, una vez elegido por cliente y contratista, el *ius ingeniorum* será aplicado directamente por el Tribunal en caso de controversia. Ello supone, al igual que sucedía en el supuesto anterior, que solamente en ausencia de disposición específica derivada de los usos y costumbres del comercio internacional en materia de ingeniería, el Tribunal ordinario vinculado por la Convención de México se verá obligado a recurrir a una ley estatal.

En cambio, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales no permite la elección directa del *ius ingeniorum*. En consecuencia, su elección como normativa rectora de los derechos y obligaciones surgidos del contrato internacional de ingeniería no implica en todo caso su aplicación: ésta se halla condicionada por lo determinado en la *lex contractus* (ley estatal). De ajustarse el *ius ingeniorum* a las disposiciones de la ley estatal reguladora del contrato, el Tribunal ordinario vinculado por el Convenio de Roma procederá a su aplicación, y solamente en ausencia de respuesta específica derivada del mismo, recurrirá a una ley estatal. En caso contrario, de oponerse a las disposiciones imperativas de la *lex contractus*, el *ius ingeniorum* resultará inaplicable y el Tribunal procederá a resolver las controversias surgidas del contrato de ingeniería de acuerdo con la *lex causae*.

B.- Por otro lado, el ejercicio de la autonomía de la voluntad material dirigido a la selección del *ius ingeniorum* como el régimen jurídico aplicable al contrato internacional de ingeniería no está garantizado en todo caso. En consecuencia y lógicamente, será necesario determinar la ley estatal aplicable al fondo del contrato en aquellos casos en los que, legítimamente, cliente y contratista hayan decidido *no ejercer* su derecho al efecto. La selección de la *lex contractus* procederá de acuerdo bien con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual (cliente y contratista seleccionan la ley estatal reguladora del fondo de su contrato), bien a través de los criterios de selección de ley en defecto de pacto.

## V

La *autonomía de la voluntad conflictual* ha sido ampliamente reconocida como criterio de determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en la mayoría de los sistemas legales nacionales de D.i.pr., así como en los distintos instrumentos de arbitraje y Convenios internacionales. Así se observa, a pesar del silencio de instituciones como la FIDIC, de las Recomendaciones de la CCI o de ciertas cláusulas FED y, desde una perspectiva jurisdiccional comunitaria, del art. 3 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

A.- En consecuencia, cliente y contratista podrán seleccionar la ley estatal aplicable que regule el fondo del contrato internacional de ingeniería.

Esta elección, que podrá ser total o parcial, asentarse en el propio contrato de ingeniería o en documento separado, y conformarse durante la celebración del contrato o con posterioridad, podrá ser realizada de forma



expresa o tácita. La manifestación expresa suele plasmarse por escrito. La verificación de la existencia de una voluntad tácita a favor de la aplicación de una ley estatal debe deducirse de una serie de circunstancias derivadas del contrato de ingeniería, como el comportamiento de las partes ajustado a los parámetros de instituciones propias de un ordenamiento jurídico concreto relativas a la construcción, el idioma empleado por contratista y cliente, o la designación de una determinada jurisdicción.

B.- La elección de una ley estatal reguladora de las relaciones jurídicas permitirá unificar el régimen aplicable a la totalidad de los contratos de ingeniería que firmen las partes aun cuando las empresas participantes se hallen establecidas en diferentes Estados, evitando de este modo la pluralidad de leyes designadas por la normativa aplicable en defecto de pacto.

Asimismo, la elección de una única ley por cliente y contratista permitirá, de nuevo, unificar el régimen aplicable y evitar la aplicación de tantas leyes como partes separables existan en el contrato internacional de ingeniería: la elección por las partes de una ley estatal aplicable al todo evitará la dispersión normativa producto de la pluralidad derivada de la fragmentación judicial del contrato y, con ello, el riesgo de inadaptación de soluciones.

No obstante, la habitual participación del Estado como cliente en los contratos internacionales de ingeniería constituye un factor de riesgo en la medida en que, dado que ostenta una cierta posición de fuerza, puede dirigir la selección del Derecho aplicable hacia el ordenamiento jurídico del lugar de realización de las obras que, normalmente, suele coincidir con su propia ley.

Asimismo, la doble condición del Estado como parte en el contrato y como sujeto con poder soberano plantea el problema de la posible modificación del Derecho nacional a su favor y en perjuicio de la otra parte

contratante. De ahí la existencia de un conjunto de cláusulas contractuales denominadas de estabilización o intangibilidad (cláusulas de *gel*), muy utilizadas en los contratos internacionales de concesión petrolífera y que, en el ámbito de la ingeniería, se han extendido en los contratos BOT (*Build, Operate and Transfer*) para la realización de obras públicas de infraestructura.

La alternativa a la evicción de la modificación del Derecho estatal pasa por el establecimiento de sanciones para el Estado que se acoja a tal comportamiento, tal como se recoge en los principales modelos estándar contractuales, fundamentalmente de la FIDIC y del FED (como muestra, la cláusula 36.1 del *Standard Bidding Documents for the Supply and Installation of Plant and Equipment*; o la cláusula 70.2 de las *FIDIC Conditions* para los supuestos en los que las alteraciones legislativas impliquen un aumento o reducción del coste de ejecución de los trabajos).

C.- De acuerdo con lo expuesto, cliente y contratista pueden seleccionar la ley aplicable a las obligaciones principales derivadas de su contrato. Esta ley elegida reguladora de las obligaciones principales podría ser extendida a aquellas partes del contrato de ingeniería que, aunque separables, presentan una conexión importante con las prestaciones principales, si bien nada impide que, salvando los riesgos de inadaptación, puedan ser reguladas por aquella ley estatal elegida expresamente por las partes, en ejercicio legítimo de su autonomía de la voluntad conflictual.

En efecto, la complejidad del contrato internacional de ingeniería favorece la fragmentación voluntaria del régimen del fondo de este contrato, alternativa permitida por los diferentes instrumentos normativos que vinculan a Tribunales ordinarios y arbitrales. Ello supone la posibilidad de seleccionar a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual la ley estatal aplicable a cada parte separable del contrato internacional de ingeniería. Sería así en lo que afecta a las cláusulas penales, las cláusulas de revisión de precios, o los contratos de transferencia de tecnología, los cuales,

aunque accesorios respecto de las relaciones marco de ingeniería, serían susceptibles de requerir su propia operación de determinación del Derecho aplicable.

Aspecto distinto es aquél relativo a la determinación del Derecho aplicable a los contratos interrelacionados con el contrato de ingeniería, como aquéllos de subcontratación o de seguros. En estos supuestos, dado su grado de independencia, la mejor opción pasa por la determinación de la ley aplicable a cada contrato. De acuerdo con ello, en el marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, la selección por cliente y contratista de una ley estatal para regular las relaciones principales del contrato de ingeniería no debe extenderse necesariamente a las obligaciones secundarias o complementarias: conviene un pacto expreso o tácito entre las partes que permita realizar esta extensión respecto de los contratos interrelacionados.

## VI

El no ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por parte de cliente y contratista hace necesario determinar la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto.

A.- La normativa a considerar desde una *perspectiva judicial* es el art. 4 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, dirigido hacia la identificación y aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el contrato internacional de ingeniería.

a.- De acuerdo con el art. 4.2 del Convenio de Roma y en ausencia de una regla específica para los contratos internacionales de ingeniería, la ley más estrechamente vinculada operativa a título de *lex contractus* coincidirá con el ordenamiento jurídico donde se halla la residencia habitual o la sede

del establecimiento del contratista, como parte contractual que desenvuelve la prestación característica (proyección, realización y ejecución de la obra).

La aplicación de la ley del establecimiento del contratista, además responder a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, resulta una opción económica en cuanto a costes de gestión se refiere al unificar la normativa aplicable para el conjunto de sus relaciones contractuales. Se ajusta, asimismo, a la naturaleza especial de los contratos internacionales de ingeniería: muchas de las prestaciones que conforman este tipo contractual, como la proyección y la confección de planos, o la elaboración de elementos técnicos que, por su complejidad, deben montarse en la sede del contratista, se vinculan directamente con el lugar donde se ubica su establecimiento.

b.- No obstante lo expuesto, existe una serie de supuestos en los que, del conjunto de circunstancias que los conforman, se deduce que la ley más estrechamente vinculada con el contrato internacional de ingeniería no coincide con el ordenamiento jurídico donde se ubica la sede del establecimiento del contratista, sino con aquél donde se ejecutan las obras. Serían casos tales como aquellos contratos de ingeniería en los que el cliente se involucra en la ejecución de la obra aportando el personal local o los materiales, el terreno donde se proyecta la obra o la energía eléctrica; o respecto de los contratos de ingeniería comercial, que incluyen dentro de sus prestaciones la construcción de la obra.

En estos supuestos, la presunción *iusuris tantum* contenida en el art. 4.2 del Convenio de Roma cede a favor de la aplicación del ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado en el caso concreto (art. 4.5 del Convenio de Roma).

La aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras a través del art. 4.5 del Convenio de Roma, siempre excepcional y nunca regla general, constituye la alternativa más habitual. No puede negarse que gran parte de

las prestaciones a realizar en un contrato internacional de ingeniería se ejecutan en el lugar de la sede de la construcción, desvinculándose en cierta medida de la ley del lugar de residencia o establecimiento del contratista. Existe, asimismo, un importante grado de conexión con aspectos directamente vinculados a la relación contractual, como la subcontratación del personal local o los procedimientos de licitación. Además, se produce una identidad con la ley a la que pertenecen las normas materiales imperativas de la ley del lugar de ejecución de la obra, muchas de ellas de carácter público, unificándose el régimen regulador del contrato de ingeniería al coincidir éstas con la *lex contractus* y disminuyendo el riesgo de inseguridad jurídica que genera la facultad que ostenta el operador jurídico de tomar en consideración este tipo de normas.

c.- Cabe la posibilidad de fraccionamiento judicial del contrato internacional de ingeniería.

Respecto de la totalidad de las prestaciones complejas que componen el contrato de ingeniería, podría considerarse la presunción a favor de su regulación conjunta: los contratos accesorios podrían regirse por la misma ley que regula el contrato principal. No obstante, nada impide que, en virtud de su grado de separabilidad y aun con un mayor riesgo de inadapatación de soluciones, el Tribunal considere su regulación por una ley estatal distinta a la del contrato principal (fragmentación). Esta ley vendría también determinada por las soluciones generales antes expuestas.

Respecto de los contratos complementarios del contrato internacional de ingeniería, como los grupos de empresas, la subcontratación o los seguros, dado el grado de independencia respecto del contrato principal, la respuesta pasaría por designar de manera específica la ley estatal aplicable en defecto de pacto a cada tipo contractual complementario concreto.

B.- Desde una *perspectiva arbitral*, no existe unanimidad a la hora de decidir cuáles son los cauces adecuados para seleccionar la ley estatal aplicable en defecto de pacto.

a.- Por un lado, aplicar directamente el *ius ingeniorum* (art. 13.5/17 del Reglamento de Arbitraje de la CCI), aun cuando constituya una alternativa ajustada a la internacionalidad de los contratos de ingeniería, cuenta con el inconveniente de la necesidad de determinar qué ordenamiento jurídico aplicar en aquellos supuestos no cubiertos por sus disposiciones. Por otro, atender a la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje no se ajusta al hecho de que el árbitro no administra justicia en nombre del Estado donde se ubica su sede, sino en nombre de cliente y contratista, además de las dificultades para identificar la sede del Tribunal en caso de *arbitrajes sin sede*.

b.- A nuestro juicio, la alternativa arbitral más saludable en orden a identificar el Derecho estatal aplicable en defecto de pacto pasaría por seleccionar una norma de conflicto de acuerdo con los parámetros empleados en aquellos ordenamientos jurídicos estatales más vinculados con el contrato de ingeniería. Ello supondría tener en cuenta criterios de conexión como el lugar de ejecución de las obras, o aquél del establecimiento principal del contratista o cliente, que son los vínculos más utilizados por los diferentes legisladores nacionales y convencionales en materia de construcción.

Así se entiende, asimismo, por los diferentes regímenes aplicables al proceso arbitral, tanto los generales, como el art. VII.1 del Convenio de Ginebra de 1961, como los específicos relativos a la ingeniería. Los Reglamentos de arbitraje surgidos al hilo de la práctica relativa a la construcción, así como los contratos-modelo de las diferentes modalidades de ingeniería, atienden a la aplicación de la ley de la sede del establecimiento del contratista (cláusula 28.2 de las *General Conditions of Contract of the Economic Commission of the United Nations for Europe, ECE*

*General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export*) o a la aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras (Recomendaciones de la CCI, cláusulas FED o FIDIC). Alternativas éstas, cuyas razones son las expuestas anteriormente en relación a la perspectiva judicial, que se ven corroboradas por una amplia práctica arbitral.

c.- Desde una óptica arbitral, cabe, asimismo, la fragmentación del régimen regulador del contrato internacional de ingeniería, tanto respecto de los contratos accesorios como de los complementarios. El comportamiento del Tribunal arbitral en este sentido se ajusta a lo expuesto en relación con la actividad judicial, si bien su práctica es más rica en la aportación de soluciones de ley aplicable, sobre todo respecto de las relaciones de subcontratación y de grupos de empresas, en atención al grado de flexibilidad de la actividad arbitral frente a la jurisdiccional.

## VII

El alcance de la *lex contractus* reguladora del fondo de los contratos internacionales de ingeniería se halla mediatizado por el juego de las normas materiales imperativas.

A.- Las normas materiales imperativas, dirigidas al respeto de cierto tipo de valores o intereses públicos preferentes del Estado, se proyectan en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería sobre aspectos tales como las especificaciones técnicas relativas a la ejecución del inmueble, delimitación de las parcelas, características técnicas de la obra, permisos de construcción, normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, características de los materiales de construcción, inspecciones y controles,

cualificaciones profesionales, normativas sobre urbanismo o la normativa relativa a las obras públicas.

B.- El operador jurídico, el Tribunal o el árbitro, deberá aplicar o tomar en consideración las normas materiales imperativas de aquellos ordenamientos jurídicos vinculados con el contrato internacional de ingeniería. Con carácter general, estos ordenamientos jurídicos vinculados (y, con ello, sus normas materiales imperativas) coinciden con el seleccionado a través de la *lex contractus*, el ordenamiento jurídico del foro, aquél en el que se ubica la sede del establecimiento del contratista y, finalmente, el determinado a través del lugar de ejecución de las obras.

La aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex contractus* podría venir justificada por la remisión integral que realiza la norma de conflicto a ese Derecho. Menos problemas plantean las normas materiales imperativas del foro, dada la vinculación del operador jurídico respecto de su legislador (Tribunal ordinario) o la necesidad de tener en cuenta la regulación de orden público del Estado de la sede del arbitraje (Tribunal arbitral). En cualquier caso, su aplicación pasa por buscar un equilibrio entre el respeto a sus normas materiales imperativas y el favorecimiento de las inversiones extranjeras, introducidas esta vez a través de la contratación internacional para la construcción de obras de ingeniería.

La toma en consideración de las normas materiales imperativas del lugar de ejecución de las obras o del establecimiento del contratista viene determinada por la necesidad de atender a aquellas leyes con las que se halla relacionada la propia ejecución del contrato. El suministro de materiales por el propio contratista, directamente o a través de subcontratación, hace conveniente atender a la ley de su Estado. Lo mismo sucede respecto del Derecho urbanístico, a la normativa en materia de permisos y licencias de construcción, el Derecho aduanero o el Derecho de seguros del lugar donde se proyectan las obras.



C.- La aplicación de las normas materiales imperativas a los contratos internacionales de ingeniería desde la óptica de un Tribunal ordinario se ampara en el art. 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 que legitima la aplicación de las leyes de policía del foro y/o su toma en consideración si se trata de aquéllas pertenecientes a terceros Estados.

Cuando es un Tribunal arbitral el encargado de resolver la controversia, la legitimación es más conflictiva. Respecto de la aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex contractus*, la remisión integral que los instrumentos que vinculan al Tribunal arbitral realizan al Derecho aplicable al contrato internacional de ingeniería permitirá considerar su aplicación. En cambio, dado que los árbitros no son garantes de un sistema legal estatal, más problemas presenta la toma en consideración de normas materiales imperativas pertenecientes a sistemas legales ajenos a la *lex contractus*, sobre todo, aquéllas relativas al lugar de ejecución de las obras.

La práctica demuestra, no obstante, que, en muchas ocasiones, no han dejado de tenerse en cuenta estas normativas. Por una parte, porque los mismos árbitros consideran la aplicación de aquellas normas que *de facto* afectan al régimen del contrato de ingeniería, a fin de garantizar la eficacia de la solución propuesta como resolución de la controversia. Y, por otra, porque los instrumentos normativos que regulan el arbitraje comienzan a considerar la incidencia en el contrato de ingeniería de normas materiales imperativas ajenas a la *lex contractus*. Y lo hacen por medio de cláusulas recogidas en la mayoría de los contratos-tipo y en las condiciones generales relativas a los contratos de ingeniería, que exigen el respeto a las normas y reglamentos del Estado del lugar de ejecución de la obra. Así se redactan las cláusulas 1.13, 2.2, 2.3 y 4.18 de la *FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*; o las cláusulas 15.1 y 15.2 de las *FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*.

D.- Verificada la naturaleza de material imperativa de la norma en cuestión y comprobada su vinculación el contrato, será el operador jurídico,

juez o árbitro, el encargado de decidir la efectiva incidencia de cada concreta norma material imperativa sobre el régimen del contrato internacional de ingeniería, así como a modular o combinar su aplicación con la aplicación, a su vez, de la *lex contractus*.

## VIII

Si el *ius ingeniorum* se presenta como un elemento determinante en la esfera del derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, hay otro ámbito que ha experimentado un desarrollo notable y que es el referido a la resolución de controversias. Las particularidades propias de estos contratos, a las que ya se ha hecho referencia, conducen inevitablemente a considerarlos como relaciones muy susceptibles a la existencia de disputas. Entre estos rasgos, cabría subrayar la complejidad de la operación, la larga duración del contrato o la participación en el mismo de una pluralidad de sujetos, así como su importancia económica y la necesidad de solventar rápidamente las disputas.

## IX

Estas razones justifican que la ingeniería se presente como un sector pionero en el recurso a la intervención de una tercera parte especializada para dirimir las diferencias entre las partes. Desde el siglo XIX y con origen en el Derecho anglosajón, el ingeniero ha ejercido una función cuasiarbitral en los contratos de ingeniería. Función que se ha extendido al ámbito internacional y se ha recogido, como hemos visto,

en los principales contratos modelo utilizados por organismos internacionales como la FIDIC o el Banco Mundial.

El constante dinamismo de las operaciones comerciales internacionales y, sobre todo, la influencia del desarrollo del arbitraje comercial internacional en este sector de la contratación, ha obligado a someter a revisión la figura del ingeniero, por lo que se refiere a su función cuasiarbitral. En efecto, el mayor inconveniente que presenta y que ha sido objeto de denuncia por la doctrina es, precisamente, su ausencia de imparcialidad. El ingeniero representa los intereses del cliente -que suele ser la parte que le designa e, incluso, la que le contrata-. Por ello, y pese a la obligación de actuar imparcialmente que se le impone, cabe plantear serias dudas en este sentido.

La evolución que ha experimentado esta función se ha manifestado en su progresiva desaparición y en la sustitución de la misma por modernos mecanismos de resolución de controversias atinentes a las técnicas de ADR. Concretamente, la intervención del ingeniero en la solución de disputas se ha reemplazado por Comités de Resolución de Litigios, cuyo exponente más representativo en este sector es el DAB – *Dispute Avoidance Board*-.

## X

Más allá de esta figura típica en el ámbito de la ingeniería, la resolución de controversias se presenta, en este sector de la contratación internacional, como un auténtico banco de pruebas de las tendencias hacia las que deriva el arbitraje comercial internacional. Circunstancia que, de nuevo, encuentra su justificación en la citada complejidad de estas operaciones, su trascendencia económica y la necesidad de una vía expeditiva de solución de disputas.

Fundamentalmente, dos son las tendencias operadas en esta dimensión: por un lado, la proliferación de las modernas técnicas de ADR y, por otro, la inserción de un sistema jerarquizado que supedita el recurso al arbitraje al agotamiento de otras vías previas.

## XI

La primera de las tendencias observadas se refiere a la difusión de las técnicas de ADR en la ingeniería. Esta situación es, actualmente, una realidad en las operaciones comerciales internacionales de ingeniería. El examen de los diferentes contratos modelo arrojan un resultado de hasta una veintena de diferentes mecanismos utilizados en los contratos internacionales de ingeniería para la resolución de controversias. Desde la resolución amistosa, hasta el DAB, pasando por la mediación, la conciliación y otras figuras típicas en este ámbito como el *adjudicator* o el ingeniero.

El alto grado de aceptación de estos mecanismos en este tipo de contratos parte de una base común. Por un lado, se trata de figuras que se presentan como una alternativa, tan real, como necesaria, no ya a la jurisdicción estatal, sino al mismo procedimiento arbitral. Y, por otro, se caracterizan por resultar una vía expeditiva que no paraliza el desarrollo de la realización de la obra. Y no sólo nos encontramos ante unos procedimientos sumarísimos que se ajustan a la necesidad de continuidad en la ejecución de estos contratos, sino que, asimismo, resultan económicamente menos costosos y no trascienden del ámbito de las partes. Por estas razones, los contratos internacionales de ingeniería han acogido en términos de absoluta idoneidad los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

## XII

En segundo lugar, asistimos a otra tendencia consolidada en la resolución de controversias de este tipo de contratos. Tendencia que se concreta en el establecimiento de un sistema que condiciona el recurso al arbitraje a la utilización previa de otros procedimientos de solución de disputas.

En este sentido, la mayor parte de cláusulas arbitrales de los contratos modelo de ingeniería establecen un sistema resolutorio jerarquizado. Esta circunstancia implica que el arbitraje se configura como la última posibilidad procedimental para las partes en la solución de sus diferencias. De esta suerte, suelen introducirse procedimientos prearbitrales a los que deberán acudir preceptivamente con carácter previo al arbitraje. Normalmente, estos mecanismos se concretan en la intervención del ingeniero o la inclusión de Comités de Resolución de Litigios.

Las partes deberán, pues, agotar estas vías antes de poder acudir al arbitraje. Asimismo, se introduce la posibilidad de poner fin a la disputa, a través de la resolución amistosa, en cualquier momento del procedimiento, bien sea en la fase prearbitral, bien en la arbitral.

El establecimiento de un orden de prelación implica que el arbitraje se configura, actualmente, como una segunda instancia en los contratos internacionales de ingeniería. De modo que se puede acudir al mismo en dos supuestos: 1) para recurrir la decisión prearbitral y 2) para denunciar el incumplimiento de la misma por la otra parte. Esta circunstancia responde a las necesidades de la contratación internacional y ha sido recogida en los últimos trabajos de la UNCITRAL sobre la materia.



## **JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICA ARBITRAL**

### **I.- JURISPRUDENCIA**

#### **A.- JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

- STS, de 14 de febrero de 2003, *RJA* 2003/1019.
- STS, de 31 de diciembre de 2002, *RJA* 2003/337.
- STS, de 20 de diciembre de 2002, *RJA* 2002/10984.
- STS, de 13 de diciembre de 2002, *RJA* 2003/375.
- STS, de 12 de diciembre de 2002, *RJA* 2002/10743.
- STS, de 8 de noviembre de 2002, *RJA* 2002/9833.
- STS, de 16 de octubre de 2002, *RJA* 2002/8762.
- Sent. AP de Zaragoza, de 7 de octubre de 2002, *AC* 2002/1597.
- STS, de 27 de junio de 2002, *RJA* 2002/5500.
- STS, de 14 de mayo de 2002, *RJA* 2002/4443.
- Sent. AP de Navarra, de 30 de abril de 2002, *RJA JUR* 2002/173967.
- Sent. AP de Salamanca, de 11 de marzo de 2002, *RJA JUR* 2002/128326.
- STS, de 15 de marzo de 2002, *RJA* 2002/2844.

- Sent. AP de Zaragoza, de 5 de febrero de 2002, *RJA JUR* 2002/99973.
- STS, de 31 de enero de 2002, *RJA* 2002/2097.
- STS, de 10 de diciembre de 2001, *RJA* 2002/1028.
- STS, de 3 de diciembre de 2001, *RJA* 2001/9924.
- STS, de 20 de noviembre de 2001, *RJA* 2001/9461.
- Sent. AP de Bilbao, de 6 de noviembre de 2001, *RJA JUR* 2002/81398.
- Sent. AP de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de octubre de 2001, *RJA JUR* 2002/6422.
- Sent. AP de Valencia, de 13 de septiembre de 2001, *RJA JUR* 2001/314596.
- STS, de 13 de julio de 2001, *RJA* 2001/5222.
- Sent. AP de Tarragona, de 21 de diciembre de 2000.
- STS, de 27 de julio de 2000, *RJA* 2000/7199.
- STS, de 6 de junio de 2000, *RJA* 2000/4402.
- Sent. AP de Madrid, de 14 de febrero de 2000, *RJA AC* 2000/3061.
- Sent. AP de Cuenca, de 4 de noviembre de 1999, *RJA AC* 1999/9937.
- Sent. AP de Badajoz, de 7 de abril de 1999, *RJA JUR* 1999/4256.
- STS, de 28 de diciembre de 1998, *RJA* 1998/10160.
- STS, de 20 de junio de 1998, *RJA* 1998/4903.
- STS, de 8 de junio de 1998, *RJA* 1998/4125.
- STS (Sala de lo Civil), de 16 de marzo de 1998, *RJA* 246.
- STS, de 2 de julio de 1997, *RJA* 5474.



- STS, de 22 de marzo de 1997, *RJA* 2189.
- STS, de 13 de marzo de 1997, *RJA* 1934.
- STS, de 30 de enero de 1997, *RJA* 149.
- STS, de 7 de diciembre de 1996, *RJA* 9196.
- STS, de 9 de julio de 1996, *RJA* 5577.
- STS, de 5 de julio de 1996, *RJA* 1996/5560.
- STS, de 10 de junio de 1996, *RJA* 1996/5542.
- STS, de 10 de julio de 1995, *RJA* 5559.
- STS, de 18 de abril de 1995, *RJA* 1995/ 3520.
- STS, de 8 de octubre de 1994, *RJA* 876.
- STS, de 12 de julio de 1994, *RJA* 6731.
- STS, de 16 de junio de 1994, *RJA* 4927.
- STS, de 15 de junio de 1994, *RJA* 4925.
- STS, de 4 de septiembre de 1993, *RJA* 6636.
- STS, de 21 de julio de 1993, *RJA* 6104.
- STS, de 8 de abril de 1993, *RJA* 2213.
- STS, de 3 de mayo de 1992, *RJA* 1992/3305.
- STS, de 27 de enero de 1992, *RJA* 114 .
- STS, de 8 de mayo de 1991, *RJA* 3577.
- STS, de 29 de abril de 1991, *RJA* 3068.

- STS, de 11 de marzo de 1991, *RJA* 2212.
- STS, de 14 de noviembre de 1989, *RJA* 7878.
- STS, de 21 de octubre de 1985, *RJA* 4956.
- STS, de 30 de mayo de 1983, *RJA* 2918.
- STS, de 8 de abril de 1983, *RJA* 2198.
- STS, de 7 de julio de 1982, *RJA* 1982/4220
- Sent. de la AP de Valencia, de 7 de julio de 1982.
- STS, de 10 de junio de 1982, *RJA* 3112 .
- STS (Sala 3ª), de 4 de marzo de 1982, *RJA* 2133.
- STS, de 4 de abril de 1981, *RJA* 1480.
- STS, de 14 de junio de 1980, *RJA* 1980/3299.
- STS, de 6 de octubre de 1979, *RJA* 3326.
- STS, de 4 de junio de 1974, *RJA* .

## **B.- JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

### **a.- Reino Unido**

-*Smith Administrator of Cosslett (Contractors) Limited v. Bridgen County Borough Council*, Sentencia de la House of Lords, de 8 de noviembre de 2001, [2001] *UKHL* 58.

-*Gable House Estates v. The Halpern Partnership and Bovis Construction*, 1995, *Construction Law Digest*, 12-CLD-03-01 (QBD).

-*Holt v. Payne Skillington*, 1995, *Construction Law Digest*, 13-CLD-06-01 (CA).

-*Perar BV v. General Surety Guarantee* (1994) 66 *Build LR*.

-*Trafalgar House Construction Ltd. V. General Surety and Guarantee Ltd.* (1994) 66 *Build LR*. y *The House of Lords* (1996) 1 AC 199.

-*Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd and Others* (1993) AC 334.

-*Barclays Bank plc v. Fairclough Building Ltd.* (1993), *CILL*, 848 y *Const.L.J.*, 1994, p. 48.

-*Channel Tunnel Group Ltd. and France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and others* (1992), 2 *All E R* 609.

-Sent. de la *Court of Appeal* de 23 de marzo de 1987.

-*Whitehouse v. Jordan* (1981), 1 *All E R* 267.

-*Bolam v. Friern Hospital Management Committee* (1957) 2 *All E R* 118.

## **b.- Francia**

- Sent. *Cour de Cassation* francesa, de 3 de julio de 2001, *Bull.Civ.*, 2001, I, n. 200, p. 127.

- Sent. *Cour de Cassation* francesa, de 12 de enero de 2000, *Bull. Civ.*, 2000, III, n. 2, p. 1.

- Sent. *Cour de Cassation* francesa, de 24 de noviembre de 1999, *Bull. Civ.*, 1999, III, n. 225, p. 157.

-Sent. *Cour de Cassation*, de 10 de julio de 1990, *Bull. Civ.*, 199, II, n. 25, p. 217.

-Sent. *Cour de Cassation*, 15 de junio de 1982, , *Bull. Civ.*, 1983, II, n. 103, p. 183.

-Sent. *Cour d'Appel* de París (Sala primera), de 5 de mayo de 1989 (Asunto *BKMI Industrieanlagen GmbH et al v. Dutco construction*), *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 723.

-Sent. *Cour d'Appel* de París, de 22 de noviembre de 1980, *Bull. Civ.*, 1981, I, p. 23.

### **C.- Alemania**

-Sent. *BGH*, de 7 de diciembre de 2000 (*NJW - Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 1936-1937).

-Sent. *BGH*, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457).

-Sent. *BGH*, de 14 de enero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1999, pp. 537-538).

-Sent. *Oberlandesgericht Köln*, de 26 de agosto de 1994, núm. 19 U 282/93.

#### **d.- Estados Unidos**

- *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, United States District Court, S. D. de California, núm. 98-1165-B, Sent. de 7 de diciembre de 1998.

-*Cervidone Construction Corp. v. US*, 931 F 2d 860 (Fed. Cir. 1991).

-*West Fair Electrical Contractors and LJ Coppola Inc. V. The Aetna Casualty & Surety Company and Gibrane Building Company*, New York Court of Appeal, 638 NYS 2<sup>nd</sup> 394 (1995), *ICLR*, 1997, p. 245.

-*Thomas L. Qyer Co. V. Bishop International Engineering, Co.*, 303 F.2<sup>nd</sup> 655 (Fed. Cir. 1962).

#### **e.- Bélgica**

- Sent. *Cour de Cassation*, de 22 de octubre de 1999, *Passicrisie Belge*, 1999 (I/558).

- Sent. *Cour de Cassation*, de 8 de marzo de 2002, *RGC 00.0028.F.*

- Sent. *Cour de Cassation*, de 26 de abril de 2002, *RGC 01.0296.F.*

- Sent. de la *Cour de Cassation* belga, de 21 de diciembre de 2001, *RGC 00.0180.F.*

## F.- Otros

-Sent. *Court of Appeal* de Nueva Zelanda, de 27 de noviembre de 2000, en el asunto *Hideo Yoshimoto v Canterbury Golf International Limited*, núm. (2000) NZCA 350.

-Sent. *Suprem Court of New South Wales* australiana, de 1 de octubre de 1999, en el asunto *Aiton v. Transfield*, num. 996.

-Sent. Tribunal de La Haya, de 14 de septiembre de 1982 (*Rev.cr.dr.int.pr.*, 1983, p. 473)

-Sent. *Court of Appeal* de Mónaco, de 28 de junio de 1988.

## C.- JURISPRUDENCIA DEL TJCCEE

-Sent. TJCCEE, de 23 de enero de 2003, núm. C-57/01, en el asunto *Makedoniko Metro, Michaniki AE y Elliniko Dimosio* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 12 de diciembre de 2002, núm. C-470/99, en el asunto *Universale-Bau AG y Ent sorgungsbetriebe Smmering GmbH* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 5 de noviembre de 2002, núm. C-208/00, en el asunto *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 17 de septiembre de 2002, núm. C-334/00, en el asunto *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa vs. Heinrich Wagner Sinto*

*Maschinen Fabrik GmbH (HWS)*, (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 27 de noviembre de 2001, núms. C-285/99 y C286/99, en el asunto *Impresa Lombardini SpA-Impres Generale di Costruzioni et ANAS-Ente Nazionale per le strade y Societa Italiana per Condotte d'Acqua SpA y Impresa Ing. Mantovani SpA* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 18 de octubre de 2001, núm. C-19/00, en el asunto *SIAC Construction Ltd y County Council of the County of Mayo* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 11 de octubre de 2001, núm. C-77/99, en el asunto *Commission des Communautés Européennes c. Oder-Plan Architectur GmbH, NCC Deutsche Bau GmbH y Esbensen Consulting Engineers* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. TJCCEE, de 12 de julio de 2001, núm. C-399/98, en el asunto *Ordine degli Architetti delle Province de Milano e Lodi y otros y Comune di Milano* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. del TJCCEE, de 15 de junio de 2000, núm. 237/98 P, en el asunto *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (<http://curia.eu.int/jurisp/>).

-Sent. del TJCCEE, de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-319/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line*, *Rev. Arb.*, 1999, núm. 1, pp. 143 y ss.

#### **D.-JURISPRUDENCIA DEL TJI**

-Sent. TIJ, de 22 de julio de 1952, en el asunto *Petroleum development (Qatar) Lmd. C. Emir de Qatar* (*ILR*, 1951, p. 160)

-Sent. TIJ, de 1952, en el asunto *Anglo-iranian Oil Company* (RU c. Irán, *ICJ Rep.*, 1952, pp. 92 y ss).

- Sent. TIJ, de 12 de julio de 1929, sobre el pago de empréstitos serbios y brasileños emitidos por Francia.

- Sent. del TIJ , en el asunto *Losinger* (*ICJ Rep*, serie c núm. 78)

## **2.- PRÁCTICA ARBITRAL**

### **A.- LAUDOS ARBITRALES DE LA CCI**

-Laudo CCI, asunto núm. 10346/2000, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 10335/2000, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 10022/2000, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 9797/2000, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 9651/2000, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 9875/1999, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 9753/1999, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 9594/1999, publicado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n. 2, fall 2001.

-Laudo CCI, asunto núm. 9474/1999, *inédito*.



- Laudo CCI, asunto núm. 9419/1998, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 9029/1998, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 5333/1998, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 8873/1997, *Clunet*, 1988, p. 73 y *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 61.
- Laudo CCI, asunto núm. 7910/1996, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 46.
- Laudo CCI, asunto núm. 7641/1996, *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 74.
- Laudo CCI, asunto núm. 6671/1996, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 8128/ 1995, publicado en *JDI*, 1996, p. 1024.
- Laudo CCI, asunto núm. 7423/1995, *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 77.
- Laudo CCI, asunto núm. 7110/1995, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 6423/1995, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 6611/1993, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 54.
- Laudo CCI, asunto núm. 5948/1993, *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 80.
- Laudo CCI, asunto núm. 5947/1993, *inédito*.
- Segunda sentencia Parcial, de 25 de marzo de 1993, sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.
- Primera sentencia parcial, de 30 de septiembre de 1992, Laudo CCI, asunto

sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

-Laudo CCI, asunto núm. 6535/1992, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 60.

-Laudo CCI, asunto núm. 6611/1992, *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 71.

-Laudo CCI, asunto núm. 5948/1991, *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 76.

-Laudo CCI, asunto núm. 5938/1991, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 5597/1990, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1991, p. 19.

-Laudo CCI, asunto núm. 6230/1990, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1991, p. 27 y *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 74.

-Laudo CCI, asunto núm. 6276/1990, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 58.

-Laudo CCI, asunto núm. 6277/1990, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 58.

-Laudo CCI, asunto núm. 6272/1990, *inédito*.

-Laudo CCI, asunto núm. 6326/1990, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1991, p.28.

-Laudo CCI, asunto núm. 6238/1989, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 48.

-Laudo CCI, asunto núm. 5898/1989, *International Court of Arbitration Bulletin*, mayo, 1998, p. 84.

- Laudo CCI, asunto núm. 5634/1989, , *International Court of Arbitration Bulletin*, 1991, p. 22.
- Laudo CCI, asunto núm. 4023/1989, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 5634/1988, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 5428/1988, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1989, p. 146.
- Laudo CCI, asunto núm. 5294/1988, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 5029/1988, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 4975/1988, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 4862/1988, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 3755/1988, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 5600/1987, *International Court of Arbitration Bulletin*, 1991, p. 16.
- Laudo CCI, asunto núm. 5277/1987, *Year Book of Commercial Arbitration*, 1988, p. 81.
- Laudo CCI, asunto núm. 5029/1986, *ICLR*, 1987, p. 473.
- Laudo CCI, asunto núm. 4761/1986, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 5065/1986, *inédito*.
- Laudo CCI, asunto núm. 4707/1986, *ICLR*, 1986, p. 470.
- Laudo CCI, asunto núm. 4862/1986, Nota de JARVIN,S., *ICLR*, 1989, pp. 44-54 y *JDI*, 1886, p. 1018.
- Laudo CCI, asunto núm. 4840/1986, Nota de JARVIN, S., *ICLR*, 1986, p. 82.

- Laudo CCI, asunto núm. 4761/1984, *ICLR*, 1985, p. 172.
- Laudo CCI, asunto núm. 4467/1984, *ICLR*, 1985, p. 176.
- Laudo CCI, asunto núm. 3790/1984, *ICLR*, 1985, p. 177.
- Laudo CCI, asunto núm. 4071/1983, *ICLR*, 1985, p. 181.
- Laudo CCI, asunto núm. 3790/1983 con Nota de JARVIN,S.-WESTRING,G., *ICLR*, 1983-85, pp. 371-378.
- Laudo CCI, asunto núm. 3742/1983, *ICLR*, 1985, p. 174.
- Laudo CCI, asunto núm. 3099/1982, *ICLR*, 1985, p. 169.
- Laudo CCI, asunto núm. 3327/1981, *ICLR*, 1985, p. 175.
- Laudo CCI, asunto núm. 3235/1980, *ICLR*, 1985, p. 170.
- Laudo CCI, asunto núm. 3227/1981, *ICLR*, 1985, p. 169.
- Laudo CCI, asunto núm. 3540/1980, *ICLR*, 1985, p. 170.
- Laudo CCI, asunto núm. 3267/1979, *ICLR*, 1985, p. 168.
- Laudo CCI, asunto núm. 3043/1978, *ICLR*, 1985, p. 168.
- Laudo CCI, asunto núm. /1978, publicado en *Int. Com.Arb.*, 1979, pp. 78 y ss.
- Laudo CCI, asunto núm. 2886/1977, *ICLR*, 1985, p. 168.
- Laudo CCI, asunto núm. 2583/1976, *ICLR*, 1985, p. 168.
- Laudo CCI, asunto núm. 2444/1976, *ICLR*, 1985, p. 167.
- Laudo CCI, asunto núm. 2375/1975, *ICLR*, 1985, p. 167.
- Laudo CCI, asunto núm. 1990/1972, *ICLR*, 1985, p. 167.

## **B.- LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI**

- Laudo CIADI, en el asunto *SOABI*, núm. ARB/82/2 (*Société Ouest africaine des betons industriels -SOABI- v. State of Senegal*).

-Laudo CIADI, en el asunto *AMCO*, núm. ARB/81/1 (*Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*).

-Laudo CIADI, en el asunto *LIAMCO* (*Lybian american oil company c. Government of the Lybian Arab republic*), *ILM*, 1981.

-Laudo CIADI, en el asunto *KLOCKNER*, núm. ARB/81/2 (*Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Handelmaatschappij B.V. v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*).

-Laudo CIADI, en el asunto *ALCOA*, núm. ARB/74/2 (*Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. V. Government of Jamaica*).

-Laudo CIADI, en el asunto *HOLIDAYS INNS*, núm. ARB/72/1 (*Holidays Inns S.A./Occidental petroleum corporation v. Government of Morocco*).

-Laudo CIADI, en el asunto *ARAMCO*, (*Arabia Saudita c. Arabian American oil company*), *ILR*, 1963.

## **C.- OTROS**

-Laudo *Tribunal of the City of Panama*, de 24 de febrero de 2001.

-Laudo *Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale de Milano*, núm. A-1795/51, de 1 de diciembre de 1996.

-Laudo *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and*

*Industry of the Russian Federation*, núm. 88, de 25 de enero de 2001.

-*Laudo International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, núm. 116, de 20 de enero de 1997.

## BIBLIOGRAFÍA

### A

AA.VV.: *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (T.I):el sistema contractual administrativo*, Granada, Comares, 2002.

AA.VV.: "Extracts from ICC Awards", *The ICC International Court of Arbitration*, vol.II, núm.1, 1991, pp. 15-29.

AA.VV.: *Final Report on Construction Industry Arbitrations* en *ICC International Arbitration Bulletin*, vol. 12, n.2, fall 2001, pp. 8-41.

AA.VV.: *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazione contrattuali (a cura di T. Ballarino)*, Milano, Giuffrè, 1994.

AA.VV.: *Liber amicorum Georges A.L. Droz (on the progressive unification of private international law/sur l'unification progressive du droit international privé)*, The Hague, 1996.

AA.VV.: *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale (a cura di P. Verrucoli)*, Milano, 1978.

AA.VV.: *World Economic Outlook, april 1987, a Survey by the Staff of the International Monetary Fund*, Washington, IMF, 1987.

AA.VV.: "Extracts from ICC Awards (Construction Contracts Referring to the FIDIC Conditions-Part I)", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, mayo 1998, pp. 74-95.

ABASCAL MONEDERO, P.J.: *Responsabilidad por vicios de la construcción. Análisis del artículo 1591 del Código civil*, Madrid, Civitas, 1999.

ALPA, G.: "Il contratto d'engineering", *Giustizia civile*, 1983, pp. 187 y ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La responsabilidad precontractual en D.I.Pr. español”, *REDI*, 1990, pp. 125-152.

ANDERSON GALYON, L.: “Site safety – The design professional’s dilemma”, *I.C.L.R.*, 1989, p. 186

ANDRÉ-DUMONT, H.: “Conditions FIDIC et Droit civil”, *L’Entreprise et le droit*, 1986, pp. 185 y ss.

ARAUJO DÍAZ DE TERÁN, M.: *Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2000.

ARNOTT, J. M.: “Preparing the Construction Contract - Important Contract Clauses”, *ICLR*, abril 1999, p. 216.

AUDIT, B. *L’arbitrage transnational et les contrats d’État*, Dordrecht, 1988.

-“L’affaire NOC v. Libyan Sun Oil Company”, *Rev. arb.*, 1991, p. 263.

## B

BALLADORE PALLIERI, G.: “Diritto internazionale privato” en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1974.

BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato*, 1999, Padova, Cedam.

BARATTA: *Il collegamento piú stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991.

BARBER, J.: “Rules of Conduct for the Engineer”, *I.C.L.R.*, 1988, pp. 290 y ss.



BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos: "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

BASEDOW, J.: "A Common Contract Law for the Common Market" en *Common Market Law Review*, 1996, pp. 33 y ss.

-"Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 129 y ss.

BEALE, H.: "Harmonisation of Construction Law and Practice- Part II: European Principles of Contract Law and Construction Contracts", *ICLR*, 15-1998, pp. 85 y ss.

BERCOVITZ, A.: "El contrato de ingeniería. Caracteres y concepto", *Hacienda pública española*, Madrid, IEF, 1984.

BERGER, K., P.: "The Relationship Between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New *Lex Mercatoria*", *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 153-170.

-"International Arbitration Practice and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *A.J.C.L.*, 1998, pp. 129 y ss.

BERNINI, G.: "L'arbitrato nel contratto di appalto: problemi generali e riflessioni sulla quarta edizione delle regole FIDIC" en AA.VV.: *Il contratto internazionale d'appalto*, Milán, Egea, 1992, pp. 221 y ss.

BERTI, S.: *International Arbitration in Switzerland: an Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Basel, Helbing and Lichtenhahn, 2000.

BERTRANS, R.: "The New Forms of Security in FIDIC' s 1999 Conditions of Contract", *ICLR*, julio de 2000, pp. 369 y ss.

- BETTEMS, D. : *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Lausanne, 1989.
- BISMUTH, J.L.: Le contrat international de sous-traitance”, *Revue des affaires int.*, 1986.
- BÖCKSTIEGEL, K., H.: “Practical Problems in Resolving Disputes in an International Construction and Infrastructure Project”, *Int. Bus. Law.*, mayo 1999, pp. 196-199.
- BONET CORREA, F. y OTROS: *La polémica ingenieros-arquitectos en España, siglo XIX*, Madrid, Turner, 1985.
- BOOEN, P.: “FIDIC’ s Conditions of Contract for the Next Century: 1998 test editions”, *ICLR*, 1999, pp. 5- 26.
- “The Three Major New FIDIC Books”, *ICLR*, enero 2000, pp. 24-46, esp. p. 25.
- BORGIOLI, A.: “La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Giur. commerciale*, 1983, pp. 149-174.
- BOWCOCK, J.: “What FIDIC Has to Offer and Plans for the Future” ponencia presentada en el Seminario *Consulting Engineering in Eastern Europe*, Tallin (Estonia), marzo 1997, pág. web de la FIDIC: [www.FIDIC.org](http://www.FIDIC.org).
- BRABANT, A.: *Le contrat international de construction*, Bruselas, Bruylant, 1981.
- Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et outre mer*, Bruselas, 1992, Bruylant, tomo II.
- BROWN, H.J.-MARRIOTT, A.L.: *ADR: Principles and Practice*, London, Sweet and Maxwell, 1999.

BRUNNER, Ch.: "Procedural public policy as a ground for setting aside International arbitral awards", *ASA Bull.*, 2000, pp. 572 y ss.

BUDIN, R. P.: *Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction*, Berna, Staempfli Editions, 1998.

BUNNI, N.G.: *The FIDIC Form of Contract. The Fourth Edition of the Red Book*, Londres, Sweet and Maxwell, 1997.

BURR, A.-T., PRITCHARD: "European Construction Contracts: a Comparative Analysis" , *Construction Law Journal*, 1995, pp. 419-438.

## C

CALINI, L.: "History and Growth of the Engineering Profession. Client-Consultant Relationship", Lausanne, FIDIC, 1983.

CALLER, R.: *ADR and Commercial Disputes*, London, Sweet and Maxwell, 2002.

CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y OTROS: *Derecho internacional privado, vol. II*, Granada, Comares, 2000.

CALVO CARAVACA, A. L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2001.

CALVO CARAVACA, A.L.-FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, F.: *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.

CAPOTORTI, F.: *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese del Diritto interno e internazionale*, Padova, 1989.

CARBONE, S. M.: *Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a*

las obligaciones contractuales y su relación con la Convención interamericana de 1994 sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: El contrato internacional (fragmentación versus unidad), Madrid, Civitas, 1992.

CARRILLO POZO, L.F.: *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1994.

CASSONI, G.: "I contratti collegati nel diritto internazionale privato", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1979, pp. 23-42.

CAVALLO BORGIA, R.: *Il contratto di Engineering*, Padova, Cedam, 1992.

CAZALET, B.-CROTHERS, J.,D.: "Présentation du Guide législatif de la CNUDMI sur les projets d'infrastructure à financement privé", *RDAl/IBLJ*, 2001, pp. 699-710.

CHAIX, F.-MARCHAND, S.: "The right of recourse of an employer against subcontractor", *International construction law review*, 1998, pp. 211 y ss.

CHESHIRE AND NORTH: *Private International Law*, London, 1999, Butterworths.

CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1995.

*-Aspectos jurídicos de los contrato atípicos.I*, Madrid, Bosch, 1999.

COLLINS, L.: "Practical implications in England of the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations" en *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a comparative survey*, NORTH, P.H. (ed.), Amsterdam,

1982.

CORBETT, E., C.: *FIDIC 4<sup>th</sup>- A practical legal guide. A commentary on the international construction contract*, Londres, 1991, Sweet and Maxwell.

COUNTER, J.: "The Law Applicable to International Construction Contracts", *Int. Constr. Law Review*, 1984.

CRAIG, W.L.-PARK, W.W.-PAULSSON, J.: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Nueva York, Oceana Publications, 1990.

CUISINIER, J.: "Typical Construction Dispute Problems", *International Council for Commercial Arbitration*, Kluwer, 1990, serie de Congresos, núm. 5, pp. 365 y ss.

CUSHMAN,R.-HEDERMANN, C.-TUCKER, A.: *Alternative dispute resolution in the construction industry*, New York, Wiley Law Publications, 1991.

## D

DAVIS, D.: "The ICC Prearbitral Référé Procedure in Context with Technical Expertise, Conciliation and Arbitration", *International construction law review*, 1992, pp. 218 y ss.

-"Dispute Resolution in International Long-term Construction and Infrastructure Projects: the Private Finance Initiative", *Int. Bus. Law.*, mayo de 1999, pp. 209 y ss.

-"Choice of law rules and international construction contracts" en ODAMS, A. M. (Edit.): *Comparative studies in construction law: the sweet lectures*, London, 1995, Sweet and Maxwell, pp.277-297.

- DE ANGULO RODRÍGUEZ, M.: “Objeto, contenido y pluralidad normativa en Dipr.”, *REDI*, 1970, pp. 745-772.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 2000.
- DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, Padua, Cedam, 1974.
- DEL ARCO TORRES: *Derecho de la construcción: aspectos administrativos, civiles y penales*, Granada, Comares, 2002.
- DELACOLLETTE, J.: *Les contrats de commerce internationaux*, Bruselas, De Boeck, 1996.
- DELAUME, G.R.: “State Contracts and Transnational Arbitration”, *AJCL*, 1981, p. 785.
- DELEUZE, J. M.- WEIL, C.: “Cooperation entre fournisseurs de procédés industriels et firmes d’ingénierie” en *Dr. Prat. Com. Int.*, 1977, pp. 305 y ss.
- DERAINS, Y.: “Effective proceedings in construction cases”, *International Council for commercial arbitration*, 1990, Kluwer, serie de Congresos, núm. 5, pp. 351 y ss.
- “Application of European Law by Arbitrators. Analysis of case law”, *Arb. and European Law*, 1997, pp. 67-78.
- “L’ordre public et le droit applicable au fond du litige dans le arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1986, p. 375.
- “Public policy and the law applicable to dispute in international arbitration”, en *International Council for Commercial Arbitration, Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, VIII International Arbitration Congress, New York, 1986, p. 227.

DICEY- MORRIS: *The conflicts of laws*, London, 2000, Sweet and Maxwell, p. 575.

DÍEZ PICAZO, L.: *Posesión y contrato de obra*, Madrid, Estudios de Derecho civil, 1978.

DÍEZ PICAZO, L.-GUYON BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil. Vol.II*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 210.

DOUGLAS, D.: "Mini-trial of Construction Disputes", *International Construction Law Review*, 1994, pp. 442 y ss.

DRAETTA, U. Y OTROS: "Il contratto internazionale d'appalto", Milan, EGEA, 1992.

DUBÉ, G.: "Quelques facettes du contrat d'ingenierie" en Lect. Meredith, 1993.

DUBLER, *Les clauses d'excepcion en droit international privé*, Génève, 1983.

DUNCAN WALLACE, N.: *The International Civil Engineering Contract*, London, 1974.

*-Building and engineering contracts. Including duties and liabilities of architects, engineers and surveyors*, Londres, Sweet and Maxwell, 1970.

## E

EINBINDER, F.: "The Role of an Intermediary between Contractor and Owner on International Construction Projects: a French Contractor's Viewpoint", *International Construction Law Review*, 1994, pp. 175-188.

ESLAVA GALÁN, M.: *Las empresas públicas en el comercio internacional (entre la autonomía y la identificación con el Estado)*, Cáceres, 1992.

ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.) Y OTROS: *Contratación internacional (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

ESPLUGUES MOTA, C. y OTROS: *Legislación básica del comercio internacional*, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999.

## F

FALLON, M.: "Rapport belge" en *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, p. 233.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1995, pp. 178-186.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.L.: *Contratación administrativa. Comentarios a la Ley de contratos de la Administración pública*, Madrid, Bosch, 2002.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.-CALVO CARAVACA, A.L.: *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.- SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2001.



FERRIER, D.: “La détermination du prix dans les contrats stipulant un obligation d’approvisionnement exclusif”, *Recueil Dalloz*, 1991, chron., pp. 237-240.

FRESHWATER, T.-DUHOT, F.: “Equity funding”, *Int. Bus. Law.*, enero 1996, pp. 18 y ss.

FRIGESSI DI RATTALMA, M.: “Le prime esperienze giurisprudenziali sulla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, pp. 819-854.

FRIGNANI, A.: Il contratto internazionale...BUSCAR

FRISON-ROCHE, M.A.: “L’indetermination du prix”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992-II, pp. 269-303.

## G

GAEDE, A.H.: “International Construction”, *Handling construction risks*, Practising Law Institute, 1998.

-“The Silver Book: an Unfortunate Shift from FIDIC’S Tradition of Being Evenhanded and of Focusing on the Best Interest of the Project”, *International Construction Law Review*, 2000, p. 494.

-“Partnering: Preventing and Managing Claims”, *International Construction Law Review*, 1995, pp. 70 y ss.

GAILLARD, E.: “Use of general principles of international law in international long-term contracts” , *Int. Bus. Law.*, mayo 1999, pp. 214 y ss.

-“L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe général du droit du commerce international” en *Rev. Arb.*, 1985, p. 249.

- “Transnational law: a legal system or a method of decision making”, *Arb. int.*, 2001, pp. 59 y ss.

GALBRAITH, J.K.: *Introducción a la economía*, Madrid, Crítica, 2001, pp. 53 y ss.

GARCÍA GIL, F.J.: *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2000

GARCÍA CONESA, A.: *Derecho de la construcción*, Barcelona, Bosch, 1996.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993.

GAUDEMET-TALLON, H.: “Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE núm. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 215-285.

GÉLINAS, F.: “La jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale”, *Gaz. pal.*, 2000, pp. 1-20.

GENTON, P.M.: “The DRB/DAB: an attractive procedure if one take certain precautions”, *Foundation Forum*, Volumen 4, abril, 2000, p. 7.

GERBER, P.: “Dispute avoidance procedures (DAPS)- the changing face of construction dispute management”, *International Construction Law Review*, enero 2001, pp.122 y ss.

GIANVITI, F.: “Le controle des changes étranger devant le juge national”, *Rev. dr. dr. int. pr.*, 1980, p. 677.

GIARDINA, A.: “The International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)” en , pp. 214 y ss.

- “Volontà della parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo” en *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves, Padova, Cedam, 1983.

GIL IBÁÑEZ, J.L.: *Ley de contratos de las Administraciones públicas: concordancias jurisprudencia, normas de desarrollo e índice analítico*, Madrid, Colex, 2001.

GLAVINIS, P.: *Le contrat international de construction*, Paris, GLN Joly, 1993.

GOLDMAN, B.-LYON-CAEN, A.-VOGEL, L.: *Droit commercial européen*, 5<sup>a</sup> ed., Paris, 1994.

GOLDSCHMIDT, W.: “Transactions between States and Public Firms and Foreign Public Firms” *Rec. des C.*, 1972.

GOLDSTEIN, G.: “Rapport québécois” en *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l’ Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, p. 255.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madrid, UAM,

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.-FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.-CALVO CARAVACA, A.L.-VIRGÓS SORIANO, M.-AMORES CONRADI, M.A.-DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6<sup>a</sup> ed., Madrid, Eurolex, 2001.

GOODNES, J.B.: *A user's guide to federal architect-engineer contracts*, Asce, 1989.

GÖSTA WESTRING: "Construction and management projects" en HORN, N.-SCHMITTHOFF, C., M.: *The transnational law of international commercial transactions*, London, 1985, Kluwer, pp. 175-198.

GOUDSMIT, J.: "Arbitration in Construction Contracts", *International Financial Law Review*, 1982, pp. 28 y ss.

GRANGEREAU, P.: "Les projets privés d'infrastructures dans les pays émergents –l'approche des prêteurs-", *RDAl/IBLJ*, 2001, pp. 115-123.

GRELON, B. y GUDIN, Ch.E.: "Contrats et crise du Golfe", *Journ. dr. int.*, 1991, p. 633

GRIGERA NAÓN, H.: "Choice of law problems in international commercial arbitration", *Rec. des C.*, vol. 289, 2001, pp. 9-396.

GUARDÁNS CAMBÓ, I.: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

GUILLEMIN, J.,F.: "Le tunnel sous la manche: confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 403-412.

## H

HANOTIU, B./FALLON, M.: "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois en matière de obligations contractuelles e non contractuelles", *Journ. Trib.*, 1987, pp. 97-110 y pp. 117-124.

HASWELL, Ch. K.-DE SILVA, D.: *Civil Engineering Contracts. Practice and Procedure*, Londres, Butterworths, 1982.

HELPS, D.D.W.: "Harmonisation of construction law and practice-part I: the current position" en *The international construction Law Review*, 1997, pp. 525-539.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, Granada, Comares, 1999.

HERRLIN, H.: "Report on various types of construction contracts: time limitation for the filing of claims, arbitration rules and applicable law" en *ICCA Stockholm Arbitration Congress 1990*, 1991, Kluwer.

HOCHULI, U.: "Role of Engineer under FIDIC Standard Contracts", *Int. Bus. Law.*, diciembre 1991, pp. 542-543.

HOFFMANN, B.: "International Construction Arbitration", *ICLR*, 1989, pp. 214-240.

HOLLEAUX, D.-FOYER, J.-DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G.: *Droit international privé*, Masson, 1987.

HOLLIDAY, I.: "The politics of the Channel Tunnel" en *Parliamentary Affairs*, pp. 189-204.

HOLLIDAY, I.-MARCOU, G.- VICKERMAN, R.: *The Channel Tunnel. Public policy, regional development and european integration*, Londres, Belhaven Press, 1991.

HUBERT, A.: *Le contrat d'ingenierie-conseil*, Paris, Maison, 1984.

HUDSON, *Building and Engineering Contracts*.

HUSE, J.A.- HOYLE, J.K.: "FIDIC design-build, turnkey and EPC contracts" en *International Construction Law Review*, 1999.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Reflexiones en torno al objeto y función del Dopr.”, *REDI*, 1983, pp. 29-42.

## J

JACQUET, J.M.-DELEBECQUE, PH.: *Droit du commerce international*, Paris, 1997.

JANSEN, C.: “The case for the european *Lex constructionis* en *International Construction Law Review*, 2000, pp. 593 y ss.

-*Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, Tilburg, Schoordijk Institut Center for liability law, 1998.

JARVIN, s.: “Alternative solutions to the decision of the engineer”, *International Council for commercial arbitration*, 1990, Kluwer, serie de Congresos, núm. 5, pp. 385 y ss.

- “New Lists to Speed resolution of construction contract disputes” en *Journal of International Arbitration*, núm. 3, 1986.

JARVIN, S.- WESTRING, G.: “The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce –Case notes-“ en *International Construction Law Review*, núms. 1-2, 1983-85, pp. 371-378.

JAYNES, G.L.: “FIDIC’S 1999 Edition of Conditions of Contract for ‘Plant and Design-Build’ and ‘EPC Turnkey Contract’: is the ‘DAB’ Still a Star?”, <http://www.fidic.org/resources/contracts/jaynes00.asp>, p. 4, también publicado en *International Construction Law Review*, 2000.

JEHL, J.: *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, Paris, 1985.

JOLIET, R.: "Prix imposés et droit européen de la concurrence" en *Cahiers dr. eur.*, 1971.

JOLIVET, E.: "La jurisprudence arbitrale de la CCI et la lex mercatoria", *Gaz. pal.*, 2001, pp. 36 y ss.

JUENGER, F. K.: "The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons", *Am. J. Comp. Law*, 1994-II, pp. 394 y ss.

-"The *Lex Mercatoria* and private international law" en *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 171-177.

## K

KAYE, P.: *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Dartmouth, Aldershot, 1993.

KENDALL, J.: "Role of the expert/adjudicator in support of arbitration in international long-term contracts", *Int. Bus. Law*, mayo 1999, pp. 290 y ss.

KHAN, P.: "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Journal du Droit International*, 1975.

KNUTSON, R.: "Standard canadian construction contracts" en ODAMS, A.M. (Ed.): *Comparative studies in construction law: the Sweet lectures*, London, 1995, Construction Law Press, pp. 37-47.

KUMARASWAMY, M.: “Common Categories and Causes of Construction Claims”, *Construction Law Journal*, 1997, pp. 21 y ss.

## L

LAGARDE, P.: “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats” en *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1975, pp. 649-677.

-“Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 de juin de 1980”, *Revue critique de Droit international privé*, 1991, pp. 293 y 294.

-“La sous-traitance en droit international privé”, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978.

LALIVE, P.: L’État en tant que partie à des contrats de concession ou d’investissement conclus avec des sociétés étrangères”, en *New Directions in International Trade Law, Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 9-15 September 1976*, vol. I, New York, 1977.

LANDO, O.: “Conflict of Law Rules for Arbitration”, *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981.

-“New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts”, *A.J.C.L.*, 1982, vol. I, pp. 19-35.

-“Contracts”, *Int. Enc. Comp. Law*, chap. 24, vol. III, 1976, p. 3-284.

LANDO, O.-BEALE, H: *Principles of european contract law. Part I: perfomance, non perfomance and remedies*, Londres, Kluwer, 1995.



*-Principles of european contract law. Parts I and II, prepared by the commission of european contract law, The Hague, Kluwer, 2000.*

LAPERTOSA, F.: *L'engineering*, Milan, Giuffrè, 1993.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.-REIG FABADO, I.: “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (De la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2001, pp. 315-345.

LAZAREFF, S.: “Mandatory extraterritorial application of national law”, *Arb. Int.*, 1995, p. 137.

LEBOULANGER, Ph.: *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, 1985.

-“Etat, politique et arbitrage. L’affaire de du plateau des pyramides”, *Rev. arb.*, 1986, p. 3)

LEFEBVRE, G.-HOLLANDER, J.: “La normalisation des contrats internationaux d’ingénierie” en *Droit et pratique du commerce international*. Dossier : L’État commerçant (II). Articles et chroniques de Droit français, étranger et communautaire, 1996, pp. 231-270.

LE GALL, J.P.: *Fiscalité internationale et exportation: politiques et pratiques*, Litec, Paris, 1984, p. 111 y 151.

LESGUILLONS, H., en LAMY: *Contrats internationaux*, 1997.

LEBOULANGER, Ph.: *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, 1985.

LEW, J.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978.

- LIENARD-LIGNY, M.: "Forme du contrat international et lois étrangères internationalement impératives" en nota a Sent. Trib. Mons de 22 de noviembre de 1991, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 773-776.
- LIPSTEIN, K., (ed.): *The harmonisation of private international law by the EEC*, London, 1978.
- "Characteristic Performance: a New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC", *Nw. J. Int. L. Bus.*, 1981, pp. 402-414.
- LLOYD, H.: "Some philosophies of risk allocation in international construction contracts" en THORTON, A.-GODWIN, B. A. (Eds.): *Construction Law: Themes and practice (essays in honour of I.N. Duncan Wallace Q.C.)*, 1998, London, Sweet and Maxwell.
- LONCLE, J.,M.: "Le Transfert de Risques des Projets PFI", *RDAI/IBLJ*, 2000, pp. 143-150.
- LORENZ, C.: "Contracts for work on good and building contracts", *Int. Enc. Com. Law*, vol. III, Chap. VIII, 1980.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., Tomo XX, vol. 2, Madrid, Edersa, 1986.
- LUZZATTO, R.: "L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 e il nuovo diritto internazionale privato dei contratti", *Dir. com. int.*, 1991, pp. 259-262.
- LYON, B.M.: "The Role of the Consulting Engineer in Developing Country Construction under the FIDIC Form Contract", *Law and Policy in International Business*, 1994-1995, pp. 273-294.

## M

MACKIE, K.: *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, London, Butterworths, 2000.

MAGAGNI, M.: *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma di 19 giugno 1980*, Milano, 1989.

MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous la manche entre Etats et marchés*, Presses Universitaires de Lille, 1992.

MARTIN, S.A.: "International Construction...BUSCAR

MARTÍNEZ MÁS, F.: *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Madrid, Dykinson, 2001.

MAYER, P.: *Droit international*, BUSCAR

-“Les lois de police étrangères”, *Journ. dr. int.*, 1981, p. 277.

-“Mandatory rules of law in international arbitration”, *Arb. Int.*, 1986, p. 274.

MEDINA DE LEMUS, M.: *Los contratos de comercio exterior. (Doctrina y Formularios)*, Madrid, Dykinson, 1998.

MEYER, A. : *A Glossary of Construction Terms*, 1979, 14 Forum 924, 929.

MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1985.

MÍNGUEZ PRIETO, R.: “El contrato de ingeniería”, *CDC*, 1998, pp. 159-189.

MOLINEAUX, CH.: “Moving toward a Construction *Lex Mercatoria*: A *Lex Constructionis*”, *Journal of International Arbitration*, 1997, pp. 55-66.

-“Settlements in international construction”, *Dispute Resolution Journal*, julio-septiembre 1995, pp. 80 y ss.

MONTAGUE, A.: “Project loan financing” en *Int. Bus. Law*, enero 1996, pp.14-16.

MORALES MOYA, A.: *Comentarios al Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, BOE, 2002.

MOROTE SARRIÓN, J.V. y OTROS: *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (Texto refundido aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

MORRIS, M.: “Adjudication as operated on the construction of the Dartford River Crossing (The Queen Elisabeth II bridge)”, *Arbitration*, 1994-95, p. 15.

MORTON, A.: “The greatest tollgate in the world” en *Int. Bus. Law*, enero 1999, pp. 7 y ss.

MULLERAT, R.: “El contenido de la obligación del arquitecto o ingeniero proyectista” en *Revista jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 169 y ss.

MYERS, J.: “Developing Methods for Resolving Disputes in World Wide Infrastructure Projects”, *Journal of International Arbitration*, n 13, 1996, pp. 101-112.

## N

NASLIN, J.: “A completely new legal experience” en *Int. Bus. Law*, enero 1999, pp. 7 y ss.

NICKLISCH, F.: "Infrastructure Projects: Interlinked Contracts and Interlinked Arbitration?", *Int. Bus. Law*, mayo 1999, pp. 212 y ss.

-"Sales Contracts against Construction Contracts - Their Similarities and Differences in Civil Law", *Int. Bus. Law*, 1988, pp. 253-255.

-"The Role of the Engineer as Contract Administrator and Quasi-arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects", *International Construction Law Review*, 1990, pp. 322-338.

NOGUERA DE LA MUELA, B.: *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba su Texto refundido)*, Barcelona, Atelier, 2001.

NORTH, P.H. (ed.): *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a comparative survey*, Amsterdam, 1982.

NOUEL, P.: "Cartesian pragmatism: looking for Common Principles in French and English Law" en *Int. Bus. Law*, enero 1996, pp. 22-25.

## O

O'REILLY, M.,P.: *Principles of Construction Law*, London, Longman, 1993, p. 290.

OBERREIT, W.: "Turnkey contracts and war. Whose risk?", en HORN, N.-SCHMITTHOFF, C. M.: *The transnational law of international commercial transactions*, London, 1985, Kluwer, p.195.

ODAMS DE ZYLVA, M.: "Towards a Common Law: The Difficulty of Harmonising International Construction" en *Construction Law Journal*, 1997, pp. 107-117.

## P

PAASIVIRTA, E.: *Participation of States in international contracts and arbitral settlement of disputes*, Helsinki, Finnish Lawyers, 1990.

PARODI, P.: "Interim Measures in Respect to Arbitration in the Construction Business", *International Council for commercial arbitration*, 1990, Kluwer, serie de Congresos, núm. 5, pp. 485 y ss.

PATOCCHI, P.M.: *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantial*, Études suisses de droit international (schweizer studien zum internationalen recht), Société suisse de droit international, vol. 42, Genève, 1985.

PAYNE, M.: "The privatisation of building control", *I.C.L.R.*, 1991, p. 117.

PÉREZ VERA, E.: *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Granada, 1993.

POETIS, P. P.: "Powers of the Engineer in Settlement of Disputes under the FIDIC-Conditions", *International Contract Law and Finance Review*, 1981-82, pp. 623 y ss.

PRIOUX, R.: "Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux", *Rev. dr. com. belge*, 1987.

## R

REMIRO BROTONS, A.: "Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado" en *Temis, Symbolae García Arias*, núms. 33-36, 1973-74, pp. 605 y ss.

RIAD, F.A.M.: "L'entreprise publique et semipublique en droit international prive'", *Rec. des C.*, vol. 108, 1963-I, pp. 578-597.

RIGAUX, F. - FALLON, M.: *Droit international privé*

RIGAUX, F.: "Examen de quelques questions lausses ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers dr. européen*, 1988, p. 314.

RUBINO-SAMMARTANO, M.: "Gli usi del commercio internazionale relativi al contratto di appalto" en VV.AA.: *Il contrato internazionale di appalto*, Milán, EGEA-ISDACI, 1992, pp. 111-130.

-"The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine" en *Journal of International Arbitration*, 1993, núm. 10, pp. 59-65.

-"The Role of the Engineer- Mith and Reality", *Int. Bus. Law*, marzo 1986, pp. 81 y ss.

-"Le tronc commun des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre internationale)", *Rev. arb.*, 1987, p. 133.

RUIZ OJEDA, A.: *Financiación privada de obras públicas*, Madrid, Civitas, 1997.

## S

- SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, Montecorvo, 1998.
- SANDBERG, A.: "Bridgend DCMF Contract-Key Clauses for Flexibility", *ICLR*, 15-1998, pp. 494 y ss.
- SANTOS, G.: "The advantages of arbitration in construction contracts", *Revue suisse du droit international de la concurrence*, 1983-1984, pp. 85 y ss.
- SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione", en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1991, pp. 895 a 924.
- SCHMITTHOFF, C., M.: *International Trade Usages*, París, publicación CCI núm. 440/4, 1988.
- Schmitthoff's Export Trade. The Law and Practice of International Trade*, London, Stevens and Sons, 1990 (reimpr. 1995)
- SCHNEIDER, M.E.: "International Construction Contracts", en *Droit et pratique du commerce international*, 1983, pp. 277-322.
- SCHWARTH, E.: "Disputes between joint venturers: a case study", *International construction law review*, 1985-86, pp. 360 y ss.
- SCOLES y HAY: *Conflict of Laws*, St. Paul, Minnessota, 1982, p. 678
- SCOTT, S.: *Civil Engineering Practice. An Introduction*, London, Arnold, 1997.
- SEPPALA C.: "Prearbitral Decisions and Their Impact on the Arbitration: the Decisions Made by the Consulting Engineering", *International Council for commercial arbitration*, serie de Congresos, núm. 5, pp. 377 y ss.



- "Commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of contract", *International Court of Arbitration Bulletin*, noviembre, 1998 y *RDAl/IBLJ*, núm. 6, 1999, pp. 700 y ss.

- "The pre-arbitral procedure for the settlement of disputes in the FIDIC (Civil engineering) conditions of contracts", *International Construction Law Review* 1986, pp. 43-127.

- "Contractor's Claims under the FIDIC Civil Engineering Contract", *The Construction Lawyer*, enero, 1993, pp. 31 y ss.

- "Les nouveaux modèles de contrats FIDIC: réclamations, règlements des différences et Comité de résolution des litiges", *RDAl/IBLJ*, núm.1, 2001, pp. 3 y ss.

- "FIDIC'S New Standard Forms of Contract- Force Majeure, Claims, Disputes and Other Clauses", *International Construction Law Review*, 2000, p. 251.

- "FIDIC's New Standards Forms of Contract -Force Majeure, Claims, Disputes and Other Clauses", *ICLR*, abril de 2000, pp. 240-283.

- "International construction contract disputes: commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of contract" en *International Court of Arbitration Bulletin*, noviembre 1998.

- "The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board", *International Construction Law Review*, 1997, p. 445.

SEPPALA, C.-GOGK, D.: "Multy-Party Arbitration under ICC Rules", *International Construction Law Review*, 1990, pp. 358 y ss.

SERENI, A.P.: "International economic institutions and the municipal law of the States", *Rec. des C.*, 1959-I, vol. 96, p. 207.

SHERIDAN, P.: *Construction and engineering arbitration*, Londres, Carswell, 1999.

SMIT, H.-GALSTON, N.M.-LEVITSKY, S.L., (ed.): *International Contracts*, Parker School of Foreign and Comparative Law, New York, Columbia University, 1981.

SMIT, H.-PECHOTA, V.: *International Commercial Arbitration and the Courts*, London, Juris Publishing, 2000.

SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

SOUBRA, Y.: "Information Technology and international competitiveness in construction services. Opportunities and Challenges" en *World Competition*, 1993-1994, pp. 87-107

STEIN, G.M.S.: *Construction Law*, vol. IV, Nueva York, Lexis Publishing, 2000.

STOKES, M.C.: *International Construction Contracts. An engineering new records book*, Nueva York, 1981, Mc Graw Hill.

SWEET, J.: *Legal aspects of architecture engineering and the construction process*, Nueva York, West publishing, 1985.

-"Standard construction contracts: a view from the other side of the atlantic" en ODAMS, A.M. (Ed.): *Comparative studies in construction law: the Sweet lectures*, London, 1995, Construction Law Press, pp.1-21.

## T

TALLON, D., (dir.): *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Paris, 1989. Verso una disciplina comunitaria della legge

applicabile ai contratti, a cura di Treves, Padova, Cedam, 1983.

TIEDER, J.B.: "The globalisation of...BUSCAR

TREVES, T.: "Norme imperative e d'applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980" en *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983.

TSIN, C.: "Dispute Resolution system in Hong Kong: design and development", *Arbitration*, 1997, pp. 63 y ss.

## U

UFF, J.: *Construction law*, London, Maxwell, 1999.

UFF, J.-N., JEFFORD: "European Harmonisation in the field of construction" en *The International Construction Law Review*, 1993, pp. 122-134.

URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

URREA SALAZAR, M.J.: "La contratación internacional de las Administraciones públicas", Madrid, Dykinson, 1999.

## V

VACCA, C.: "Standardizzazione dei building contracts e nuove esperienze di composizione out of court delle controversie" en VV.AA.: *Il contratto internazionale di appalto*, Milán, EGEE-ISDADI, 1992, pp. 63 y ss.

VAN HOUTTE, Cf.: "International Subcontracting", *ICLR*, 1991, p. 306 y ss.

-“International subcontracting”, I.C.L.Q., 1991, pp. 311 y ss.

VANDER ELST, R.: “L’unification des règles de conflit de lois dans la CEE”,  
*Journ. Trib.*, 1973, pp. 249-254.

VILLANI, U.: “Aspetti problematici della prestazione caratteristica” en *RDIPP*,  
1993, pp. 513-540.

VIRGÓS SORIANO, M., “Obligaciones contractuales”, en GONZÁLEZ  
CAMPOS, J.D., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., CALVO CARAVACA, A.L.,  
VIRGÓS SORIANO, M., AMORES CONRADI, M.A., DOMÍNGUEZ  
LOZANO, P., *Derecho internacional privado, cit.*, pp. 150-151.

-“Art. 10.5 C.c.” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones  
Forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), tomo I, vol II, 2ª ed.,  
Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pp. 609-693.

-“La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los  
vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación  
característica del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor  
Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309.

VISCHER, F.: “The principle of the typical performance in international  
contracts and the draft convention”, en LIPSTEIN, K. (ed.):  
*Harmonisation of private international law by the E.E.C.*, 1978

VITTA, E., “Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, 1979, vol.  
162, pp. 21-243.

## W

- WADE, C.: "FIDIC's standard forms of contract –principles and scope of the four new books-" en *International Construction Law Review*, enero 2000, pp. 5-23.
- WALKER-ARNOTT, E. I.: "The Channel tunnel concession" en *International Business Lawyer*, enero 1996, p. 12 y ss.
- WALLACE, I. D.: "English Standard Forms: a consideration of the main characteristics" en ODAMS, A.M. (Ed.): *Comparative studies in construction law: the Sweet lectures*, London, 1995, Construction Law Press, pp. 24-36.
- The International Civil Engineering Contract*, London, 1974, p. 43.
- WATTÉ, N.: "Les contrats internationaux: l'incidence de la Convention de Rome de 19 juin 1980 sur la jurisprudence belge", *Rev. dr. com. belge*, 1993, pp. 1076-1088.
- WEIL, P. : "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier" en *Rec. des C.*, 1969, pp. 95 y ss.
- WEINTRAUB, R.J.: "*Lex Mercatoria* and the UNIDROIT principles of international commercial contracts" en *International conflict of laws for the third millennium. Essays in honour of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational publishers, 2000, pp. 141-156.
- WENGLER, W.: "Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?", *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1972, pp. 313 y ss.
- WERZ, J.C.: *Delay in construction contracts. A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-american law*, Friburgo, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994.
- WHEELER, B.: *International Arbitration Rules: a Comparative Guide*, London, LLP, 2000.

WIEGAND, CH.: “The applicable substantive law in the case of international construction contracts”, en *International Construction Law Review*, 1983-1985, pp.133-158.

WISHART, I.: “Building the European Communities” en *Construction Law Journal*, 1990, pp. 3-6.

WRIGHT, P.: “Innovative solutions to resolving disputes in public private partnerships in the United Kingdom: the Channel Tunnel rail link –a case study of ‘re-engineering’-“, *International construction Law Review*, 1999, pp. 505-532.

## Z

ZACCARDI, F.: “Disposizioni imperative e ordine pubblico nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *Foro Pad.*, 1987-II, pp. 7-14.

## ÍNDICE DOCUMENTAL

*ADR International Applications*, París, CCI, 2001, publicación CCI núm. 640.

*Client & Consulting Model Services Agreement –White Book-*, Lausane, FIDIC, 1990.

*Conditions of Contract for Design Build and Turn Key -Orange Book*, Lausane, FIDIC, 1995.

*Guía jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, A/CN.9/SER.B/2.

*Guía Legislativa de la CNUDMI c*, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, doc. Núm. A/CN.9/SER. B/4. p. 195 y el Informe del grupo de trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, de 26 de septiembre de 2002, doc. núm. A/CN.9/521.

*Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de financiación privada*, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, doc. núm. A/CN.9/SER. B/4.

Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI), Nueva York, Naciones Unidas, 2000, A/CN.9/SER.B/4.

Guide for Drawing up Contracts for Large Industrial Works, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, núm. 117, de la colección Consulting engineering.

*Guide pour la rédaction de contrats internationaux d'ingénierie-conseil y compris certains aspects connexes d'assistance technique*, Nueva York, Naciones Unidas, 1983, ECE/TRADE/145, núm. F.83.II.E.3.

*Guide to ICC ADR Rules*, París, CCI, publicada en junio de 2001.

*International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Preinvestment Studies (IGRA 1979 PI)*, Lausane, FIDIC, 1979.

*International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Design & Supervision (IGRA 1979 DS)*, Lausane, FIDIC, 1979.

*International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Project Management (IGRA 1980 PM)*, Lausane, FIDIC, 1979.

*Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* de la Comisión Europea, de 19 de abril de 2002. Vid. el Documento COM (2002) 196 *final*, p. 6. Así como el Informe sobre este *Libro Verde* del Parlamento Europeo, de 21 de febrero de 2003, Documento de sesión A5-0058/2003 y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el mismo texto publicado en el DOCE, de 8 de abril de 2003, pp. 8-13.

Proyecto de Guía para la promulgación de la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI , de 12 de octubre de 2001, documento A/CN.9/WG.II/WP.116.

*Reglamento CCI sobre la regulación de las relaciones contractuales*, París, CCI, 1978, publicación CCI núm. 326.

*Reglamento de Conciliación de la CNUDMI*, Nueva York, Naciones Unidas, 1980, doc. núm. S.81.V.8.

*Reglamento de Conciliación*, París, CCI, 1988, publicación CCI núm. 447.



asunto CCI n. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 915).

asunto CCI núm. 5065/1986 (*Journ. dr. int.*, 1987, p. 1039).

el asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037).

Sent. Trib. de París de 18 de febrero de 1968 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1969, p. 257).

el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en las Sentencias de 12 de julio de 1929 (*Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 427; *Clunet*, 1929, p. 977)

Sent. Cour Cass. francesa de 31 de mayo de 1932 (*Recueil Sirey*, 1933, 1, par. 17).

Laudo arbitral de 23 de agosto de 1958, Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (*I.L.R.*, 1963, p. 117; *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1963, p. 272).

*Laudo arbitral de 12 de abril de 1977, Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (I.L.M., 1981, p. 1).*

En la Sentencia, de 22 de julio de 1952, en el asunto Anglo Iranian Oil Company (Rep. CIJ, 1952, pp. 93 y ss.),

laudos arbitrales, de 27 de noviembre de 1975 y 19 de enero de 1977, *Texaco Overseas Petroleum Company & California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (Journ. dr. int., 1977, p. 350; I.L.M., 1978, p. 1).*

asunto CCI núm. 5294/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 137)

asunto CCI núm. 4969 /1989

asunto CCI núm. 4071/1984

asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037)

asunto CCI núm. 6320/1992 (*Bull. CCI*, 1995, p. 59)

Sent. Trib. de Rabat de 17 de mayo de 1930 (*Journ. dr. int.*, 1931, p. 672),

Sentencia del BGH alemán, de 25 de febrero de 1999, (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457).

Petroleum Development LTD v. The Sheikh of Abu Dhabi (ICLQ, 1952, p.

247).

la Sent. Cour Cass. francesa, de 28 de noviembre de 2000, (*La Sem. jur.-JCP*, éd. gen., 2001, II, 10527)

la STJCE, de 26 de noviembre de 1985, As. C-318/81, *Comisión c. Codemi S.p.A.* (*Rec.*, 1985, p. 3693).

el asunto CCI núm. 4975/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 122).

la Sent. Trib. d'Arrondissement de Luxemburgo de 14 de julio de 1988 (referencia en SARAVALLE, A.: "Conflitti di leggi...", *cit.*, p. 914),

Leo Harmonay Inc. v. Binks Mfg. Co (597 F. Supp. 1014, S.D.N.Y., 1984).

Sent. Trib. Apel. de Beirut, de 4 de julio de 1967, (*Journ. dr. int.*, 1972, p. 92),

el laudo arbitral de la Corte de Arbitraje y de la Cámara de Comercio checa, de 3 de enero de 1958 (*Clunet-J.D.I.*, 1962, p. 460).

Sent. Trib. de París de 22 de noviembre de 1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 585, con nota de Ph. KAHN)

Sent. Cour Cass. francesa, de 26 de noviembre de 1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 355)

Sent. Cour Cass. francesa de 15 de junio de 1982 (*Journ. dr. int.*, 1983, p. 602, con nota de Ph. KAHN; *Bull. civ.*, I, p. 191).

*Sent. Cour Cass. francesa, de 7 de junio de 1977* (*Bull. civ.*, 1978, p. 211).

el asunto CCI núm. 4023/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 950)

asunto CCI núm. 1422/1966 (*Collection*, I, 1990, p. 185).

asunto CCI núm. 4761/1984 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1037)

los asuntos CCI núms. 2583/1976 (*Journ. dr. int.*, 1977, p. 950)

el asunto CCI núm. 3267/1979 (*Journ. dr. int.*, 1980, p. 962).

el asunto CCI núm. 9420/1998 (referencia en GRIGERA NAÓN, H.: “Choice of law problemas...”, *cit.*, 2001, p. 226).

el asunto CCI núm. 8672/1996 (*Bull. CCI*, 2001, p. 117).

el asunto CCI núm. 3235/1980 (*Rec. sentences arb. CCI*, 1974-1985, p. 410)

el asunto CCI núm. 3742/1983 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 910)

el asunto CCI núm. 3755/1988 (*Bull. CCI*, 1990, p. 25).

el asunto CCI núm. 4650/1986 (*Yearbook Comm. Arb.*, 1987, p. 110),

el asunto CCI núm. 4023/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 950),

el asunto CCI núm. 5294/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 137)

el asunto CCI núm. 7375/1996 (*Mealey's Int. Arb. Report*, A-1, 1996).

asunto CCI núm. 5346/1990 (*Journ. dr. int.*, 1991, p. 1060)

asunto CCI núm. 4467/1984 (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 925)

asunto CCI núm. 3043/1978 (*Journ. dr. int.*, 1979, p. 1000)

asunto CCI núm. 2119/1978 (*Journ. dr. int.*, 1979, p. 997)

el asunto CCI núm. 5294/1988 (*Rec. CCI*, 1989, p. 190)

el asunto CCI núm. 3540/1980 (*Journ. dr. int.*, 1981, p. 914).

Sent. BGH alemán, de 26 de octubre de 1993 (*Neue Juristische Wochenschrift-NJW*, 1994, pp. 262-265).

Sent. BGH alemán, de 19 de marzo de 1997 (*Neue Juristische Wochenschrift-NJW*, 1997, pp. 1697-1700).

Sent. Trib. d'Instance de Niort de 1 de julio de 1998 (*Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1999, pp. 464-465).

Sent. Cour Cass. francesa de 19 de octubre de 1999 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 2000, pp. 29-30).

Sent. BAG (Bundesarbeitsgericht) alemán, de 24 de marzo de 1992 (*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht-ZIP*, 1992, pp. 1158-1159).

Reggazoni v. Sethia (Ch. of Lords, *Journ. dr. int.*, 1961, p. 1141)

la Sent. Trib. Cass. italiano, de 18 de mayo de 1955 (*Giust. Civ.*, 1956-I, p. 1383)

el asunto CCI *NOC v. Libyan Sun Oil (I.L.M.*, 1990, p. 565.

Sent. Trib. Federal de Delaware, de 15 de marzo de 1990, *I.L.M.*, 1990, p. 716.

el asunto CCI núm. 2478 (*Journ. dr. int.*, 1975, p. 925)

el laudo arbitral, de 16 de febrero de 1983 (*Rev. arb.*, 1986, p. 105, y la Sent. Cour cass. francesa, de 6 de enero de 1987, *Rev. arb.*, 1987, p. 470;

laudo arbitral, de 25 de septiembre de 1983, *Journ. dr. int.*, 1986, p. 219

asunto CCI núm. 1803/1972 Société des Grands Travaux de Marseille v. EPIDC et Gouvernement de Bangladesh, en DERAÏNS, Y. y JARVIN, S.: *Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1974-1985)*, Kluwer, p. 40.

STJCE, de 27 de marzo de 1990, As. C-113/89, Sté. Rush Portuguesa Lda. v. Office national d'inmigration (*Journ. dr. int.*, 1991, p. 471),

Sent. Cour Cass. francesa de 11 de octubre de 1989 (*Bull. civ.*, 1989, p. 206).

el asunto CCI núm. 4071/1984

el asunto CCI núm. 6320/1992 (*Bull. CCI*, 1995, p. 59)

el asunto CCI núm. 8528/1996, *Yearbook Comm. Arb.*, 2000, p. 341.

el asunto CCI núm. 8385/1995 (*Journ. dr. int.*, 1997, p. 1061).

el asunto CCI núm. 7047/1994 (*Yearbook Comm. Arb.*, 1996, p. 40).

el asunto CCI núm. 8113 (*Yearbook Comm. Arb.*, 2000, p. 324).

el asunto CCI núm. 7878/1997, referencia en GRIGERA NAÓN, H.: “Choice of law problemas...”, *cit.*, 2001, p. 323.

el asunto CCI núm. 3790/1983 (*Journ. dr. int.*, 1983, p. 910)

el asunto CCI núm. 1782 (*Journ. dr. int.*, 1975, p. 923)

el asunto CCI núm. 6320/1992 (*Bull. CCI*, 1995, p. 59)

el asunto CCI núm. 9333/1998 (*Bull. CCI*, 1999, p. 102)

el asunto CCI núm. 5622/1988 (*Rev. de l'arb.*, 1992, 2, p. 327)

el asunto CCI núm. 8891/1999 (*Journ. dr. int.*, 2000, p. 1076).

Sent. Cour Cass. francesa, de 4 de febrero de 1969 (*Gaz. Pal.*, 1969-I, p. 232) o Sent. Cour Cass. francesa, de 8 de febrero de 1972 (*La Sem. jur.-JCP*, 1973-I, 17386).

la Sent. Trib. de Bruxelles, de 15 de febrero de 1988, *Rev. dr. comm. belge*, 1990, p. 309.

la Sent. Cour Cass. francesa, de 18 de julio de 2000 (*Journ. dr. int.*, 2001, pp. 97-99).

la Sent. Trib. Cass. italiano, de 18 de mayo de 1955 (*Giust. Civ.*, 1956-I, p. 1383).