

Revista Brasileira de  
**A r b i t r a g e m**

Las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad  
en los Contratos de Construcción Frente a la  
Practica Arbitral: Aproximación en el Civil Law  
y en el Common Law

**Juan Eduardo Figueroa Váldez e María Elisa Illanes Sotta**

---

Volume XXI Number 83

Jul.-Sep. 2024

ISSN: 1806809X

# Las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad en los Contratos de Construcción Frente a la Práctica Arbitral: Aproximación en el *Civil Law* y en el *Common Law*

## *As Cláusulas Limitativas de Responsabilidade nos Contratos de Construção Frente à Prática Arbitral: Aproximação no Civil Law e no Common Law*

### **JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS**

Árbitro Internacional. Magister Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje Internacional, Universidad de Heidelberg. Director Académico de Diplomados de Derecho de la Construcción, de Derecho Inmobiliario, y de Derecho Urbanístico de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Profesor Heidelberg Center para América Latina.

### **MARÍA ELISA ILLANES SOTTA**

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Derecho Urbanístico y en Derecho de la Construcción de la Universidad de Los Andes.

**RESUMEN:** El presente artículo examina las cláusulas modificatorias de responsabilidad en materia de construcción, en especial, aquellas que la limitan, restringen y exoneran, a partir de los modelos de contratos FIDIC del año 2017; junto con ello, se revisa la validez y alcances de dichas cláusulas y cómo han sido recogidas en la práctica del *Common Law*, del *Civil Law* y por los principios de *Unidroit*; y, finalmente, se analizan dos laudos arbitrales internacionales destacados que han estimado que concurren los presupuestos fácticos para declarar inaplicables las limitaciones de responsabilidad pactadas por las partes.

**PALABRAS CLAVE:** Modificación de responsabilidad contractual; cláusulas que limitan y exoneran de responsabilidad; inaplicabilidad de las cláusulas de modificación de responsabilidad.

**ABSTRACT:** The present article examines the clauses modifying liability in construction matters, particularly those that limit, restrict, and exempt liability, based on the FIDIC contract models of 2017. Along with this, the validity and scope of these clauses are reviewed, as well as how they have been adopted in the practices of *Common Law*, *Civil Law*, and by the *Unidroit* principles. Finally, the article analyzes two notable international arbitration awards that have found the factual grounds to declare the agreed-upon limitations of liability inapplicable.

**KEYWORDS:** Contractual liability modification; limitation and exemption of liability clauses; inapplicability of liability modification clauses.

**SUMARIO:** Introducción; 1 Clasificación de las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad en materia de construcción y revisión de las cláusulas más habituales; 1.1 Tipos de cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad en materia de construcción; 1.2 Revisión de las cláusulas limitativas más usuales en materia de construcción; a) Cláusulas de limitación o renuncia a los daños consecuenciales ("*waiver of consequential damages*"); b) Cláusulas que limitan las multas contractuales o cláusulas penales moratorias ("*capping liquidated damages liability*"); c) Cláusulas que establecen límites generales de responsabilidad civil ("*total liability caps*"); 2 Limitación de responsabilidad en el *Red Book* de FIDIC versión

2017: análisis de la sub-cláusula 1.15; 3 Validez, límites e interpretación de las cláusulas que restringen y exoneran de responsabilidad en materia de construcción; 3.1 Sistemas basados en el *Common Law*; 3.2 Sistemas basados en el *Civil Law*; 3.3 Principios de Unidroit; 4 La inaplicabilidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad: análisis de dos laudos relevantes de la ICC; 4.1 Refinería de Cartagena S.A. (Colombia) con Chicago Bridge & Iron Company N.V. y otras; 4.1.1 Antecedentes; 4.1.2 Disputa y arbitraje; 4.1.3 Laudo Arbitral; 4.1.4 Limitaciones de responsabilidad y culpa grave; 4.2 Pacific Hydro Chacayes S.A. con Constructora Astaldi Cachapoal Limitada y otra; 4.2.1 Antecedentes; 4.2.2 Disputa y arbitraje; 4.2.3 Sentencia dictada por el Tribunal Arbitral; 4.2.4 Limitaciones de responsabilidad y culpa grave; a) En cuanto a las limitaciones de la responsabilidad de la Constructora; b) Corresponsabilidad de la Propietaria; Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

Quien ha participado alguna vez en un proyecto de construcción, por muy simple y pequeño que sea, conoce la complejidad que conlleva dicho proceso. Cuando lo anterior se traslada a una escala mayor, es decir, cuando hablamos de proyectos de construcción de medio o gran alcance, la complejidad aumenta exponencialmente, al igual que la inversión económica y el plazo para ejecutarlo, el que muchas veces llega a extenderse más allá de lo originalmente considerado. Durante dicho lapso el proyecto se verá expuesto a un sinnúmero de situaciones, las que pueden implicar grandes riesgos desde el punto de vista económico y/o financiero, al punto de poderse ver comprometida seriamente la responsabilidad de alguno o de varios de los intervinientes.

En esta materia juega un papel central la capacidad de las partes de ir adaptándose a los cambios y muchas veces a situaciones imprevisibles, pero también de realizar, en la etapa contractual, una asignación adecuada de los riesgos.

La gestión de los riesgos, por ende, es un elemento clave en todo contrato de construcción y las cláusulas modificatorias de responsabilidad son una modalidad muy utilizada en la industria de la construcción para lograr dicho objetivo. En efecto, por medio de éstas se altera el régimen legal de responsabilidad civil aplicable a un contrato, en orden a agravar, restringir, limitar o incluso exonerar la responsabilidad de una o más de las partes. De tal forma, los intervinientes podrán saber de forma anticipada la extensión de sus obligaciones y de la contraparte ante eventuales incumplimientos o daños y, con ellos, la extensión del riesgo que están asumiendo cada uno en todo nuevo proyecto.

Estas cláusulas, que tienen su sustento en el principio de la autonomía de la voluntad, es usual incorporarlas al negociar y convenir un contrato de construcción, al punto que muchos modelos de contratos internacionales sobre la materia las incluyen. Lo anterior, sumado al principio de *pacta sunt*

*servanda*, en que lo pactado es una ley para los contratantes, ha llevado a una aceptación generalizada de su uso por parte de todos los intervinientes, así como su respeto por los tribunales nacionales y árbitros a la hora de fijar los alcances de la responsabilidad y de las indemnizaciones.

Sin perjuicio de ello, y como suele ocurrir en el ámbito jurídico, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han estimado que su aplicación debe ceñirse a ciertos márgenes, que, en caso de ser traspasados, pueden desencadenar el desconocimiento e inaplicabilidad de la cláusula, especialmente cuando se trata de aquellas que tienden a exonerar o limitar la responsabilidad de alguna de las partes.

En el presente estudio nos abocaremos a analizar las cláusulas modificatorias de responsabilidad en materia de construcción, centrándonos tanto en aquellas que buscan limitarla o restringirla como en aquellas que la exoneran. Para tales efectos, analizaremos los siguientes tópicos: en el primer capítulo, revisaremos la clasificación de este tipo de cláusulas en el ámbito internacional, para luego detenernos en aquellas que suelen ser más utilizadas; a continuación, en el capítulo segundo, analizaremos la sub-cláusula sobre limitación de responsabilidad contenida en los modelos de contratos FIDIC del año 2017 y explicaremos sus principales elementos; luego, en un tercer capítulo revisaremos la validez y los principales límites de este tipo de cláusulas y así como la forma en que se interpretan, haciendo un contraste entre el *Common Law* (sistema de derecho común, derecho consuetudinario o anglosajón) y el *Civil Law* (sistema de derecho continental o de derecho civil) y luego exponiendo cómo han sido recogidas por los principios de UNIDROIT; y finalmente, en el capítulo cuarto, analizaremos en particular dos laudos destacados que han estimado que concurren los presupuestos fácticos para declarar inaplicables las limitaciones de responsabilidad pactadas por las partes.

## **1 CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS QUE LIMITAN O EXONERAN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN Y REVISIÓN DE LAS CLÁUSULAS MÁS HABITUALES**

### **1.1 TIPOS DE CLÁUSULAS QUE LIMITAN O EXONERAN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN**

En principio las partes contratantes de cualquier contrato serán responsables por los daños que se deriven a causa de sus incumplimientos que le sean imputables. Ello es extensivo a los contratos de construcción. Al respecto, Jenkins señala que en el *Common Law* el contratista está en principio obligado a pagar daños y perjuicios por todas las pérdidas del empleador que se deriven “directa y naturalmente” del incumplimiento de sus obligaciones,

lo que en práctica se restringe en función de las cláusulas de limitación de responsabilidad. Agrega la citada autora que el principio general de compensación total es el mismo en las jurisdicciones regidas por el *Civil Law*<sup>1</sup>. En la práctica las partes buscan exonerar y limitar sus responsabilidades mutuas a través de las cláusulas en estudio.

Como señalábamos, existen muchos y diferentes tipos de cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad civil en los contratos de construcción propiamente tales u otros contratos propios de la industria, en que los contratistas, así como los demás profesionales involucrados, buscan restringir o modificar su responsabilidad por incumplimiento o negligencia. Richard Wilmot-Smith QC<sup>2</sup> identifica entre las cláusulas más comunes, las siguientes:

- (a) Cláusulas que excluyen totalmente la responsabilidad por cumplimiento defectuoso;
- (b) Cláusulas que excluyen la responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato y la reemplazan por una responsabilidad de sustitución o reparación;
- (c) Cláusulas que limitan la responsabilidad por cumplimiento defectuoso a una cantidad fija o a una cantidad que se expresa como porcentaje del importe del contrato;
- (d) Cláusulas que limitan la responsabilidad a una suma determinada, que será por la que responderá el contratista o el profesional involucrado;
- (e) Cláusulas que limitan la responsabilidad del contratista a la “contribución neta” de la totalidad de las pérdidas o daños, vale decir, donde el contratista responderá solo por su proporción de responsabilidad en relación con la responsabilidad total, junto con la responsabilidad de otros contratistas, subcontratistas y otros profesionales involucrados en el proyecto.
- (f) Cláusulas que excluyen la responsabilidad por lucro cesante, pérdida de uso y otras “pérdidas consecuenciales”;
- (g) Cláusulas que prevén una indemnización de la parte inocente por las pérdidas causadas por el contratista.

---

1 JENKINS, Jane. *International Construction Arbitration Law*. The Hague: Wolters Kluwer, 2014. p. 40.

2 WILMOT-SMITH, Richard. *Construction Contracts. Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 156.

Señala Wilmot-Smith que, a excepción de la primera cláusula sobre exclusión total de responsabilidad, todas las otras clases de cláusulas indicadas suelen estar contenidas en los modelos de contratos internacionales de construcción, estandarizados por instituciones de reconocido prestigio internacional, o forman parte de sus directrices o recomendaciones<sup>3</sup>. Por nombrar algunas, encontramos estos tipos de cláusulas contenidas en los modelos de contratos de la *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils* en francés o *International Federation of Consulting Engineers* en inglés (FIDIC); en los modelos de la *New Engineering Contract* (NEC); en la estandarización entregada por el *Joint Contracts Tribunal* (JCT); así como en estándares entregados por la *Institution of Chemical Engineers* (IChemE) y la *Institution of Mechanical Engineers* (IMechE), para sus profesionales en ingeniería química e ingeniería mecánica. Obviamente que cada cláusula o directriz varía en su redacción y alcance dependiendo del tipo de contrato y las características particulares de cada proyecto.

Las cláusulas eximentes de responsabilidad, mediante las cuales el deudor se libera de responder por sus incumplimientos contractuales, no suelen ser comunes en la industria de la construcción y se usan para fines muy acotados. En efecto, señala Ricardo Padilla que no suelen encontrarse pactos expresos en este sentido en materia de construcción, pero indica que, sí existe un tipo de cláusula que se les asimila, denominada “cláusula de caducidad convencional”<sup>4-5</sup>.

En este mismo sentido, Wilmot-Smith sostiene que las cláusulas eximentes de responsabilidad por defectos de la obra son poco frecuentes, dado que una exclusión absoluta es bastante inusual. No obstante, indica que en contratos con montos muy significativos es habitual encontrarlas en caso de que el contratista se obligue a reparar y sustituir cualquier trabajo defectuoso<sup>6</sup>. En este último caso, más que una exención absoluta, es una limitación de la responsabilidad por sustitución de una contribución económica por una obligación de hacer.

Los demás tipos de cláusulas indicados, en que lo que se hace es simplemente una limitación de responsabilidad, suelen ser bastante más

---

3 *Ibidem*, 156.

4 PADILLA PAROT, Ricardo. *El Contrato de construcción privado*. 1. ed. Toronto: Thomson Reuters, 2023. p. 398-399.

5 Señala Padilla que por medio de éstas se impone al contratista la carga de notificar al mandante sobre los cambios en el alcance de los trabajos pactados que generen impactos en los plazos y en los costos del contrato, por errores o defectos del proyecto elaborado por el mandante, y en caso de no mediar dicha notificación, opera la caducidad de su derecho de reclamar los errores o defectos con posterioridad. *Op. cit.*, p. 399. Sobre esta materia puede consultarse también GRAY, Jaime, La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC a propósito de los Dispute Boards, en HERNANDEZ G. R., *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca Mario Freire Castillo, v. 23, 2014.

6 WILMOT-SMITH, Richard. *Op. cit.*, p. 156.

habituales. Así, por ejemplo, la FIDIC en varios de sus modelos de contratos contiene cláusulas de esta naturaleza: el *Red Book* para obras de construcción, el *Yellow Book* para contratos de diseño y construcción y el *Silver Book* para contratos de construcción llave en mano.

En concreto, en los contratos del *Red Book* y del *Yellow Book*, conforme a los modelos de 1999, se sugería establecer límites máximos de responsabilidad del constructor. A contar de los modelos de 2017, se introdujo una variación en materia de distribución de riesgos, ya que, de acuerdo a la actual Sub-Cláusula 17.4, el contratista se verá obligado a indemnizar al empleador si el diseño de las obras terminadas no se ajusta a la finalidad de las mismas, en conformidad a lo dispuesto por la Sub-Cláusula 4.1<sup>7-8</sup>. No obstante lo anterior, los modelos de contratos FIDIC 2017 siguen conteniendo cláusulas limitativas de responsabilidad entre sus disposiciones, tal como lo veremos más adelante.

## 1.2 REVISIÓN DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS MÁS USUALES EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN

Padilla identifica las siguientes como las cláusulas limitativas de responsabilidad más comunes en la industria de la construcción, propias de la práctica anglosajona y contenidas en los modelos contractuales antes señalados, las que también son de uso habitual en Chile<sup>9</sup> y otros países de Latino América: aquellas que excluyen o limitan los daños consecuenciales o indirectos; las que limitan las multas pactadas en los contratos; y las que establecen límites generales de la responsabilidad. En este mismo sentido, Jane Jenkins indica como los tipos más comunes la primera y la última, esto es, las cláusulas de exclusión de daños indirectos y las que fijan límites globales a la responsabilidad del contratista<sup>10</sup>.

A continuación, revisaremos con mayor detención las cláusulas limitativas de responsabilidad antes señaladas:

### a) Cláusulas de limitación o renuncia a los daños consecuenciales (“*waiver of consequential damages*”)

Corresponde a la limitación de responsabilidad más usual, por medio de la cual las partes establecen la restricción al derecho de reclamar los daños consecuenciales en caso de incumplimiento, vale decir, aquellos que no

---

7 La Sub-Cláusula 4.1 establece el estándar que demarca el propósito o finalidad de las obras y en caso que las partes nada acuerden en contrario, corresponderá al propósito o finalidad ordinario.

8 PADILLA PAROT, Ricardo. *Op. cit.*, p. 215.

9 *Ibidem*, p. 38.

10 JENKINS, Jane. *Op. cit.*, p. 40.

proviene en forma directa e inmediata del acto o hecho que causa el daño, sino que son un resultado indirecto de éste<sup>11</sup>.

Señala Jenkins que el concepto de “daños consecuentes o indirectos” en el *Common Law* se refiere a aquellos daños que no surgen natural y directamente del incumplimiento y que sólo serán indemnizables cuando hayan sido razonablemente previsibles por la parte contraria, debido al conocimiento de circunstancias especiales al momento de contratar<sup>12</sup>.

Mediante de este tipo de limitación se busca que no se pueda atribuir responsabilidad por daños que son independientes al actuar de una de las partes, aun cuando haya existido dolo o culpa grave. En el derecho anglosajón se ha estimado que el denominado “loss of profit” – asimilable en el derecho continental a una modalidad del lucro cesante –, es un tipo de daño consecuencial y, por ende, las pérdidas de ingreso de tal naturaleza estarán excluidas o limitadas<sup>13</sup>.

#### **b) Cláusulas que limitan las multas contractuales o cláusulas penales moratorias (“capping liquidated damages liability”)**

Por medio de esta clase de cláusulas se limita la extensión del monto de las multas por retraso o de las penas moratorias pactadas en el contrato. Las cláusulas penales moratorias, en inglés “liquidated damages”, son evaluaciones anticipadas del monto de los perjuicios que experimentaría el mandante en caso de retraso del contratista en la entrega y/o terminación de las obras<sup>14</sup>.

En términos simples las cláusulas penales moratorias no son más que aquellas multas que se pactan en caso de retraso o incumplimiento de alguna de las partes, generalmente del contratista, que se van devengando por cada periodo de atraso.

Al respecto, Jenkins analiza las cláusulas de pago de daños y perjuicios por retraso y por incumplimiento. Tratándose de las primeras (“liquidated damages for delay”), señala que éstas suelen pactarse en los contratos de construcción, donde se acuerda una indemnización a pagar por el contratista que se devenga en forma periódica, ya sea diaria o semanalmente, en caso de retraso en la fecha de finalización acordada de la obra o de finalización por secciones o hitos. Indica que en proyectos de gran envergadura la cuantía total

---

11 PADILLA PAROT, Ricardo. *Op. cit.*, p. 385.

12 JENKINS, Jane. *Op. cit.*, p. 40.

13 PADILLA PAROT, Ricardo. *Op. cit.*, p. 386.

14 *Ibidem*, p. 389

de la indemnización por daños y perjuicios suele tener un límite<sup>15</sup>. En relación al segundo tipo de estas cláusulas (“liquidated damages for performance failures”), sostiene que se puede pactar indemnización por daños y perjuicios no solo en caso de retrasos, sino también si no se alcanzan los niveles de rendimiento especificados. Agrega que, si bien las cláusulas de esta naturaleza tienden a ir en beneficio del mandante, quien no deberá probar los perjuicios para obtener la indemnización, también puede favorecer al contratista como límite de responsabilidad en aquellos casos en que se establezca un tope máximo al nivel de indemnización por daños y perjuicios<sup>16</sup>.

### **c) Cláusulas que establecen límites generales de responsabilidad civil (“total liability caps”)**

Por último, encontramos las cláusulas generales de limitación de responsabilidad, que son muy propias de la industria de la construcción. Señala Padilla que, por medio de éstas, se confina la responsabilidad global del contrato a un tope máximo, que incluye la sumatoria de todo daño, como los perjuicios directos compensatorios y las cláusulas penales moratorias<sup>17</sup>. Es muy común que esta limitación se asocie a un porcentaje del valor del contrato, a modo de ejemplo, que se pacte que el monto máximo a pagar por el contratista por daños, perjuicios y multas no podrá superar el 10% del precio del contrato.

## **2 LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL RED BOOK DE FIDIC VERSIÓN 2017: ANÁLISIS DE LA SUB-CLAÚSULA 1.15**

El Red Book de la FIDIC en su versión del año 2017 (RB/17), establece en su sub-cláusula 1.15 las disposiciones relacionadas con la limitación de responsabilidad de las partes involucradas en un proyecto de construcción, en los siguientes términos:

### **“1.15 Limitaciones de responsabilidad**

Ninguna de las partes será responsable ante la otra por la pérdida de uso de cualquier obra, pérdida de beneficios, pérdida de cualquier contrato o por cualquier pérdida o daño indirecto o consecuencial que pueda sufrir la otra parte en relación con el contrato, excepto bajo las disposiciones enumeradas en los apartados de la Sub-cláusula 1.15.

La responsabilidad total del contratista ante el mandante en relación con el contrato no superará la suma establecida en el Contrato o (si no se establece

---

15 JENKINS, Jane. *Op. cit.*, p. 34.

16 *Ibidem*, p. 38

17 PADILLA PAROT, Ricardo. *Op. cit.*, p. 392.

ninguna suma en ellos) la Suma de Contrato Aceptada, excepto bajo las disposiciones enumeradas en los apartados de la Sub-cláusula 1.15.

Esta sub-cláusula no limitará la responsabilidad en caso de fraude, negligencia grave, incumplimiento intencional o conducta imprudente de la parte incumplidora<sup>18</sup>.

Christopher Seppällä sostiene que, si bien la citada sub-cláusula limita la responsabilidad de ambas partes mutuamente, suele tener mayor relevancia para el contratista, considerando que es éste el que ejecuta las obras y, por ende, está más expuesto a eventuales pérdidas o daños significativos. Agrega, que esta sub-cláusula, al igual que la contenida en la versión de 1999 (RB/99), tiene por finalidad: “mantener un equilibrio entre los diferentes objetivos de las partes, cada una de las cuales deseará minimizar su propia responsabilidad al tiempo que tiene derecho a recibir una indemnización completa por el incumplimiento de la otra parte<sup>19</sup>.”

Cada uno de los párrafos de la sub-cláusula 1.15 refiere a un tipo de contenido diferente. En efecto, el primer párrafo establece una limitación general de responsabilidad por daños consecuenciales o indirectos, sin perjuicio que se entrega un listado no taxativo de posibles excepciones a dicha exclusión de responsabilidad. Luego el párrafo segundo, establece límites máximos en la cantidad de daños que una parte puede reclamar en virtud del contrato, límites que pueden ser expresados como un porcentaje del valor total del contrato o como una cantidad fija específica, donde nuevamente se entrega un listado no taxativo de posibles excepciones a dicha exclusión de responsabilidad. Por último, el párrafo tercero y final, regula aquellos casos en que no será posible aplicar la limitación de responsabilidad indicada en los párrafos precedentes.

Por medio de la limitación contenida en el párrafo primero, se busca acotar la responsabilidad de las partes por ciertos tipos de daños o pérdidas, como daños indirectos, daños consecuentes o lucro cesante y, especialmente, tiende a proteger al contratista de riesgos financieros excesivos que podrían estar fuera de su control. Sobre el particular Seppällä distingue los siguientes tipos de limitación de responsabilidad de daño indirecto contenido en el citado párrafo primero y los ejemplifica<sup>20</sup>:

---

18 Sub-Clausula 1.15 del contrato Red Book (RB/17). Traducción libre desde el inglés.

19 SEPPÄLÄ, Christopher R. *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*. The Hague: Wolters Kluwer, 2023. p. 340.

20 *Ibidem*, p. 340.

- i) *Daño por pérdida de uso o “loss of use”*. Ejemplo: el contratista se retrasa en la entrega de una vivienda y el mandante no podrá ocuparla o arrendarla.
- ii) *Lucro cesante y pérdida de contratación o “loss of profit and loss of any contract”*. Ejemplos: el contratista se retrasa en la entrega de una planta de fabricación de *widgets*, por tanto, el mandante no podrá producir y en consecuencia pierde la oportunidad vender *widgets* por ese tiempo y, en esta misma línea, si el mandante resuelve anticipadamente un contrato por error, estará privando al contratista del beneficio que podría haber obtenido por el trabajo no terminado si hubiera podido finalizar el contrato.

Indica Seppälä que, si bien este tipo de cláusulas son muy habituales en el derecho anglosajón, a veces su contenido no se adapta correctamente en las legislaciones de derecho civil, principalmente a propósito de la expresión “cualquier pérdida o daño indirecto o consecuente”. Lo anterior, ya que, en las jurisdicciones del *Common Law*, tradicionalmente estos conceptos han sido interpretados como *aquellos daños distintos de los que surgen naturalmente, según el curso habitual de las cosas* – tal como se revisará en detalle en el acápite siguiente –, mientras que estos términos o conceptos no tienen el mismo significado en el derecho civil. Por lo anterior, en el caso de un contrato regido por este último sistema, se sugiere sustituir la terminología del *Common Law* por una redacción adecuada al derecho civil aplicable<sup>21</sup>.

A continuación, el segundo párrafo de la sub-cláusula se define claramente el límite máximo de responsabilidad del contratista hacia el mandante en el contrato, mientras que también se especifican ciertas excepciones donde este límite no se aplica debido a la naturaleza particular de las obligaciones involucradas.

Sobre el particular Seppälä sostiene que, si bien no existe una limitación equivalente en la responsabilidad del mandante frente al contratista, en la práctica la responsabilidad del primero generalmente cesará después de ciertos hitos, a saber: (i) la presentación del finiquito del contratista; (ii) el pago del Certificado de Pago Final por parte del empleador; y (iii) la devolución al contratista de la garantía de cumplimiento<sup>22</sup>.

---

21 *Ibidem*, p. 341.

22 *Ibidem*, p. 343.

En cuanto al límite concreto de la responsabilidad del contratista frente al empleador o mandante, el monto debe ser establecido en el propio Contrato y, en subsidio, se limitará al monto de Contrato aceptado, que de acuerdo con lo sostenido por Seppällä, es una cantidad fija no afectada por cambios en el Precio del Contrato. Esta limitación de responsabilidad no se aplica con respecto a las siguientes obligaciones que, si se enmarcan en la responsabilidad del contratista, tal como explica Seppällä<sup>23</sup>:

- i) Las sub-cláusulas 2.6 y 4.19, referentes a materiales, equipos y servicios públicos temporales comprados al mandante. Lo anterior es comprensible, dado que el contratista de todas formas tendría que cargar con su costo, por ende, no hay razón para que su costo sea menor cuando fueren suministrados por el empleador.
- ii) La sub-cláusula 17.3 y el primer párrafo de la 17.4, referentes a las obligaciones del contratista ante el mandante, frente a las reclamaciones de terceros por asuntos de los cuales el contratista es responsable. En este caso también se justifica, ya que, hay reclamaciones por las cuales el mandante no debería haber sido responsable en primer lugar.

Por último, en el tercer párrafo de la mencionada sub-cláusula se establece la inaplicabilidad de las limitaciones de los párrafos precedentes en caso de fraude, negligencia grave, incumplimiento intencional o conducta imprudente de la parte que infringe el contrato, temas que analizaremos con mayor detalle en el acápite siguiente.

### **3 VALIDEZ, LÍMITES E INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS QUE RESTRINGEN Y EXONERAN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN**

En principio, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, es perfectamente posible que las partes establezcan cláusulas modificatorias de responsabilidad en sus contratos de construcción. Al efecto, sostiene Seppällä que, en ambos sistemas legales, de derecho civil y de derecho común, las cláusulas de limitación de responsabilidad generalmente son reconocidas y aplicadas, siempre y cuando se consideren razonables<sup>24</sup>.

Pero, tal como en la cláusula modelo de los contratos FIDIC analizada en el acápite segundo precedente, es usual que junto con el establecimiento de

---

23 *Ibidem*, p. 343.

24 *Ibidem*, p. 345.

la limitación y/o exoneración de responsabilidad se disponga que éstas serán inaplicables en caso de que la parte incumplidora haya actuado con fraude, dolo o culpa grave. A ello suelen sumarse, por la doctrina y la jurisprudencia, otras hipótesis que condicionan su aplicación, como en caso de daño a las personas, cuando la propia ley lo prohíba o incluso en aquellos casos que fueran contrarias a obligaciones esenciales del contrato.

A continuación, analizaremos los principales límites que encuentran las cláusulas que restringen o exoneran de responsabilidad en materia de construcción, haciendo la distinción entre el *Common Law* y el *Civil Law*, dado que su alcance e interpretación de este tipo de cláusulas puede presentar diferencias significativas en ambos sistemas jurídicos. Junto con ello, expondremos cómo están ellas recogidas por *The International Institute for the Unification of Private Law* más conocida por sus siglas en inglés UNIDROIT.

### 3.1 SISTEMAS BASADOS EN EL *COMMON LAW*

En los sistemas basados en el *Common Law*, las cláusulas modificatorias de responsabilidad son generalmente válidas si se redactan de manera clara y específica, y si las partes se encuentran en igualdad de condiciones o tienen un poder de negociación similar al momento de celebrar el contrato. Sin embargo, es probable que estas cláusulas sean sometidas al escrutinio de los tribunales, si se considera que son contrarias al interés público o si tratan de eximir a una parte de su responsabilidad por negligencia grave o intencional.

Señala Bailey que tradicionalmente el derecho anglosajón ha sido hostil con las cláusulas de exclusión de responsabilidad y los tribunales tendían a interpretarlas de la manera menos favorable para la parte que intentara basarse en ellas, en vista que su uso serviría para frustrar el propósito aparente de un contrato. Sin embargo, indica que dicho enfoque fue evolucionando y la tendencia moderna postula que dichas cláusulas deben interpretarse según el significado natural y ordinario de las palabras utilizadas, a la luz del contrato en su conjunto, incluyendo su naturaleza y objeto<sup>25</sup>.

Al respecto, Wilmot-Smith sostiene, por su parte, que la aplicabilidad de las cláusulas en cuestión se evaluará considerando en el momento en que se celebró el contrato y sobre la base del conocimiento real de las partes en ese momento. Agrega que las cláusulas de exclusión deben interpretarse aplicando el sentido corriente de las palabras que hubieran utilizado las partes. Indica, al igual que Bailey, que los tribunales solían buscar una manera de hacerlas

---

25 BAILEY, Julian. *Construction Law*. London: Informa Law, v. II, 2011. p. 1049.

inaplicables debido a su percepción de iniquidad, no obstante, a partir del caso *Photo Production Ltd contra Securicor Transport Ltd*, lo anterior cambió<sup>26</sup>.

Pero, además, a partir de la dictación de Ley de cláusulas contractuales abusivas de 1977 – *Unfair Contract Terms Act 1977 UK*, en lo sucesivo, Acta 1977 (UK) –, una cláusula de modificación de responsabilidad puede resultar inaplicable en virtud de dicha ley<sup>27</sup>. De esta forma, los tribunales pueden simplemente ignorar las cláusulas de exclusión que se perciben como abusivas y ya no tienen que forzar su significado<sup>28</sup>. En efecto, la referida acta impone “Límites sobre el alcance en el que... la responsabilidad civil por incumplimiento de contrato o por negligencia u otra violación del deber, puede ser evitada mediante términos contractuales y de otras formas”<sup>29</sup>.

Por su parte, en cuanto a las cláusulas limitativas de responsabilidad, sostiene Bailey que éstas también deben interpretarse en forma estricta en caso de ambigüedad, pero probablemente no tan estrictamente como las cláusulas de exclusión de obligación a indemnizar. Sobre el particular, cita el caso *Ferryways NV v. Associated British Ports* del año 2008, en que se sostuvo lo siguiente: “(c)uando una parte pretende protegerse de la responsabilidad por pérdidas que de otro modo serían recuperables por ley por incumplimiento de contrato, debe hacerlo mediante un lenguaje claro y sin ambigüedades”<sup>30</sup>.

Por su parte, señala Seppälä que en el caso del *Common Law* si bien la interpretación de las cláusulas depende de sus propias palabras y del contexto, respecto de la cláusula de limitación de responsabilidad por pérdidas consecuenciales, tradicionalmente se ha interpretado que la pérdida “consecuente” o “indirecta” o “especial” se aproximaba a la segunda “regla” del antiguo caso inglés de *Hadley v. Baxendale*<sup>31</sup>, referente al resarcimiento

---

26 WILMOT-SMITH, Richard. *Op. cit.*, p. 157.

27 BAILEY, Julian. *Op. cit.*, p. 1062.

28 WILMOT-SMITH, Richard. *Op. cit.*, p. 157.

29 WILMOT-SMITH, Richard. *Op. cit.*, p. 163.

30 BAILEY, Julian. *Op. cit.*, p. 1061.

31 *Hadley v. Baxendale* fue un caso histórico fallado por la Corte de Queen’s Bench en Inglaterra en 1854, el cual sentó las bases para la teoría de los daños previsible en caso de incumplimiento de contrato. El caso fue el siguiente: Hadley era el propietario de un molino de harina que dejó de funcionar debido a la rotura de una pieza clave. Hadley contrató a Baxendale, una empresa de transporte, para llevar la pieza dañada a un fabricante para su reparación. Baxendale retrasó la entrega, lo que resultó en una mayor pérdida para Hadley debido a la prolongación del tiempo de inactividad del molino. Hadley demandó a Baxendale por daños y perjuicios, argumentando que Baxendale debería ser responsable de la pérdida adicional causada por el retraso en la entrega de la pieza de repuesto. La cuestión principal en el caso fue si Baxendale podía ser considerado responsable de estos daños adicionales. La Corte estableció dos reglas: *Primera Regla (regla de los daños conocidos)*: una parte sólo puede recuperar los daños que son consecuencia natural y previsible del incumplimiento del contrato, es decir, aquellos que ambas partes podrían haber anticipado en el momento de la celebración del contrato como una posible consecuencia del incumplimiento. En el caso en cuestión, la Corte determinó que Baxendale no podía ser considerado responsable de los daños adicionales causados por el retraso en la entrega de la pieza, pues estos daños no eran una consecuencia natural y previsible del incumplimiento del contrato. *Segunda Regla (regla de la información especial)*: la parte incumplidora puede ser responsable de los daños adicionales, siempre que haya sido debidamente informada por la contraparte de la existencia de circunstancias especiales que afectaban la magnitud del daño en caso de

de daños y perjuicios por pérdidas distintas de las derivadas naturalmente. En virtud de esta segunda norma, la indemnización de los daños y perjuicios sólo procede si la pérdida fuera "...tal que pueda suponerse razonablemente que ambas partes, en el momento en que celebraron el contrato, la contemplaban como el resultado probable del incumplimiento del mismo"<sup>32</sup>.

Jenkins, en este mismo sentido, indica que en el Common Law los conceptos de "daños indirectos y consecuentes", tiene un significado específico, este es, que dichos daños no surgen directa y naturalmente del incumplimiento y sólo son recuperables en la medida en que fueren razonablemente previsibles por la otra parte debido al conocimiento de circunstancias especiales al momento de contratar<sup>33</sup>.

El enfoque de la segunda norma del caso *Hadley v Baxendale* no ha estado exento de críticas en Inglaterra. En efecto, sostiene Seppälä que ha existido una evolución donde la interpretación de las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por daños "consecuentes", "indirectos" o "especiales" dependerá en gran medida de los hechos. Es así, como en casos más recientes se le ha dado un significado más amplio a estos conceptos, que aquel contenido en la referida segunda norma. Incluso se ha sostenido que el lucro cesante por retraso en la construcción no necesariamente debe ser considerado como un daño indirecto; ello dependerá de los hechos de cada caso. A diferencia de la evolución que ha existido en el derecho inglés, en Estados Unidos se sigue aplicando el caso *Hadley v. Baxendale*, pero no se ha logrado establecer una línea clara para distinguir los daños directos de los consecuentes, ya que las decisiones de los tribunales han sido inconsistentes a lo largo de los años<sup>34</sup>.

Por último, encontramos casos en que, habiéndose pactado cláusulas de limitación de responsabilidad, una parte incurre en una "violación fundamental" del contrato, definida por Bailey como una infracción del contrato tan grave que priva a la otra parte de la totalidad o parte sustancial del beneficio del contrato, de modo tal que permitiría a esa parte rescindir el contrato. Al respecto, señala el referido autor que en un principio se pensó que no se podía excluir la responsabilidad de la parte incumplidora por una "violación fundamental" del contrato, pero este criterio evolucionó y en varios

---

incumplimiento. En el caso analizado, la Corte determinó que como Hadley no había informado a Baxendale sobre la urgencia de la entrega, Baxendale no podía ser considerado responsable de los daños adicionales.

32 SEPPÄLÄ, Christopher R. *Op. cit.*, 97.

33 JENKINS, Jane. *Op. cit.*, p. 40.

34 SEPPÄLÄ, Christopher R. *Op. cit.*, 99.

países, entre ellos, Inglaterra y Australia, se ha establecido que es posible que tal responsabilidad sea eximida por una disposición contractual<sup>35</sup>.

### 3.2 SISTEMAS BASADOS EN EL *CIVIL LAW*

En los sistemas jurídicos cuya raíz es el *Civil Law*, las cláusulas modificatorias de responsabilidad son válidas, pero están sujetas a ciertas limitaciones y principios de equidad. Por ejemplo, según los principios generales de la buena fe y la equidad, una cláusula que busca eximir a una parte de su responsabilidad por incumplimiento grave o doloso puede ser considerada inválida. Además, algunos países pueden tener disposiciones legales específicas que regulan la validez de estas cláusulas.

Seppälä sostiene que, en los sistemas de derecho civil, las cláusulas que limitan o excluyen responsabilidad en principio son válidas, salvo en casos de fraude, dolo o negligencia grave. Agrega que éstas serán también inválidas o inaplicables en caso de que fueren contrarias a obligaciones importantes o fundamentales del contrato o cuando se refieren a la responsabilidad por daños personales<sup>36</sup>.

Sobre el particular, al igual que Seppälä, Joel González en el contexto del derecho chileno, señala como límites principales a este tipo de cláusulas el dolo o culpa grave, pero también agrega el daño a las personas, la ley y las obligaciones esenciales<sup>37</sup>.

La inaplicabilidad de estas cláusulas, en caso de incumplimiento con dolo o culpa grave, en muchos países que se rigen por el sistema de derecho civil, no es más que el resultado de la aplicación de una disposición legal que establece limitaciones en la materia. Por ejemplo, en el caso del derecho chileno el artículo 1465 del Código Civil prohíbe la condonación del dolo futuro, lo que es extensivo a la culpa grave que conforme al artículo 44 del mismo cuerpo legal se asimila al dolo<sup>38</sup>.

También hay casos en los que dichas cláusulas pueden ser dejadas sin efecto o invalidadas por leyes o regulaciones obligatorias. Al respecto, Seppälä señala como ejemplo el hecho que, en algunos países de derecho civil, existen disposiciones obligatorias que imponen una responsabilidad absoluta a los contratistas por los daños que afectan la estabilidad de una obra

---

35 BAILEY, Julian. *Op. cit.*, p. 1049.

36 SEPPÄLÄ, Christopher R. *Op. cit.*, p. 96.

37 GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites. Santiago: *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 1, 2011. p. 94.

38 Padilla 2023, 399 y 400.

de construcción que han completado. Esto significa que el contratista puede ser considerado responsable de tales daños sin necesidad de demostrar culpa, y esta responsabilidad puede extenderse por un período determinado, como 10 años después de la finalización de la obra<sup>39</sup>.

En cuanto a las cláusulas de limitación de responsabilidad por daños indirectos, señala Seppälä que tratándose del derecho francés no se basa en la dicotomía del *Common Law* entre daños “directos” y “generales” y de hecho estos conceptos no se utilizan expresamente, lo que puede ocurrir también en otras jurisdicciones basadas en el *Civil Law*. Agrega que, si bien los enfoques de ambas jurisdicciones no son radicalmente distintos, los términos daños o pérdidas “indirectos”, “especiales” y “consecuentes” pueden tener significados diferentes en el derecho francés del que tienen en el derecho común. Por ello, estima que, si estamos frente a un contrato que se rigiera por el derecho francés u otros sistemas de derecho civil, la cláusula de limitación de daños y perjuicios debe utilizar términos jurídicos precisos y no términos específicamente del *Common Law*<sup>40</sup>.

En este mismo sentido Jenkins indica que en el derecho alemán ocurre algo similar, ya que, los conceptos de “pérdida indirecta y consecuente” utilizada en los contratos ingleses, suelen tener un significado diferente. Agrega que, en efecto, en el derecho alemán las pérdidas indirectas y consecuentes se refieren a pérdidas puramente económicas que no resultan directamente de ningún daño a las obras físicas. De este modo, si el contratista busca limitar su responsabilidad excluyendo pérdidas de ganancias potencialmente significativas por parte del empleador, el uso de la terminología inglesa no le permitirá lograr dicho objetivo<sup>41</sup>.

### 3.3 PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Los principios de Unidroit son un conjunto de reglas y principios que han sido desarrollados por dicha institución que se utilizan como una herramienta para la elaboración e interpretación uniforme de los contratos comerciales internacionales<sup>42</sup>.

---

39 SEPPÄLÄ, Christopher R. *Op. cit.*, p. 345.

40 *Ibidem*, p. 99.

41 JENKINS, Jane. *Op. cit.*, p. 40.

42 Sobre la aplicación de los principios de UNIDROIT en el arbitraje comercial internacional puede consultarse: Figueroa Valdés, Juan Eduardo. Los principios de UNIDROIT como Ley de Fondo Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional. *Estudios de Derecho Comercial, Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2010, p. 541-569.

En relación a las cláusulas modificatorias de responsabilidad, señala Seppälä que estos principios le reconocen una validez condicionada. Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por el incumplimiento de un contrato será válida, siempre y cuando no resulte gravemente injusto hacerlo, considerando el propósito del contrato<sup>43</sup>.

En efecto, el artículo 7.1.6. de los principios de UNIDROIT sobre cláusulas de exoneración, dispone lo siguiente:

“Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.”<sup>44</sup>

Al respecto, en los comentarios del artículo citado, se define lo que se entiende por “cláusula de exoneración”, incluyendo dos conceptos: (i) aquellas que limitan directamente o excluyen la responsabilidad de la parte incumplidora por su incumplimiento, lo que puede establecerse de diversas modalidades, por ejemplo, limitar el resarcimiento a un monto fijo o a un porcentaje del cumplimiento en cuestión o imponiendo retención de un depósito; y (ii) aquellas que permite a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra podía esperar razonablemente.

En la práctica este tipo de cláusula tiene el propósito de permitir al deudor alterar unilateralmente el carácter de la prestación debida, hasta el punto de transformar el contrato<sup>45</sup>.

A continuación, se explica que los principios no contienen una regla general que autorice al juez anular o dejar sin efecto cláusulas abusivas. El citado principio lo que hace es otorgarle al juez un margen amplio de discreción para resolver, basado en el principio de la justicia contractual.

Sobre el particular, Seppälä entrega como ejemplos de hipótesis en que dichas cláusulas de exoneración de responsabilidad no podrían ser invocadas, bajo el efecto del citado artículo 7.1.6, cuando el término es “inherentemente injusto y su aplicación conduciría a un evidente desequilibrio entre los

43 SEPPÄLÄ, Christopher R. *Op. cit.*, p. 97.

44 Art. 7.1.6 principios de Unidroit versión 2016.

45 Al respecto, en la versión del 2010 de los Principios de Unidroit, se da el siguiente ejemplo de una cláusula de exoneración: una compañía de turismo ofrece a un precio considerablemente alto una excursión que incluye alojamiento en hoteles de lujo; el contrato establece una cláusula en virtud de la cual la compañía puede modificar las condiciones de alojamiento si las circunstancias así lo exigen. Sin embargo, en la práctica, si la compañía aloja a sus clientes en hoteles de segunda categoría, habrá de responder a pesar de la existencia de la cláusula, porque los clientes esperan justamente ser alojados en hoteles de categoría similar a la prometida. *Principios de Unidroit Contratos Comerciales Internacionales 2010*, Wolters Kluwer, España, 2012, p. 273-274.

cumplimientos de las partes” o “cuando el incumplimiento sea resultado de una conducta gravemente negligente”<sup>46</sup>.

#### **4 LA INAPLICABILIDAD DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD: ANÁLISIS DE DOS LAUDOS RELEVANTES DE LA ICC**

Tal como adelantamos, la tendencia jurisprudencial arbitral a nivel internacional ha sido respetar y reconocer la aplicación de las cláusulas modificatorias de responsabilidad que tienden a limitarla o exonerarla. Sin perjuicio de ello, dicho límite o exoneración ha dejado de aplicarse en aquellos casos puntuales en que el nivel de negligencia ha sido tal, que se ha logrado acreditar que el deudor incurrió en culpa grave.

A continuación, revisaremos dos laudos arbitrales recientes de la ICC en que el Tribunal Arbitral ha dado por acreditado un incumplimiento gravemente culposo, declarando la inaplicabilidad de las cláusulas modificatorias de responsabilidad pactadas por las partes.

##### **4.1 REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. (COLOMBIA) CON CHICAGO BRIDGE & IRON COMPANY N.V. Y OTRAS**

###### **4.1.1 Antecedentes**

Refinería de Cartagena S.A., en adelante también “Reficar”, es una empresa colombiana ubicada en la ciudad de Cartagena, dedicada a la refinación de petróleo crudo y a la producción de productos derivados del petróleo. Reficar es una subsidiaria de Ecopetrol S.A., la empresa estatal más grande de petróleo y gas de Colombia.

El año 2007 Reficar inició un proyecto para expandir y modernizar su refinería, con el objetivo de incrementar su capacidad de procesamiento y modernizar sus instalaciones para cumplir con estándares internacionales de producción de combustibles. El proyecto era una de las inversiones más grandes de Colombia en el sector petrolero y uno de los proyectos industriales más grandes de Latinoamérica, con un presupuesto inicial sumamente significativo.

Debido al tamaño del proyecto, se dividió en dos etapas, cada una con un contrato por separado:

- (i) *Etapa precontractual*: Contrato de Definición del Proyecto para el diseño del proceso y la ingeniería básica: y

---

46 SEPPÄLÄ, Christopher R. *Op. cit.*, p. 346.

- (ii) *Etapa contractual*: Contrato “Engineering, Procurement and Construction” más conocido como EPC por sus siglas en inglés, que incluye el desarrollo de la ingeniería, las adquisiciones y la construcción del proyecto.

La empresa Chicago Bridge & Iron Company NV., CB&I UK LTD y CBI Colombiana S.A., en conjunto, en adelante, “CB&I”, empresa estadounidense de ingeniería y construcción, se adjudicó la licitación del proyecto y en noviembre de 2007 las partes suscribieron el Contrato de Definición del Proyecto, para que CB&I diseñara la fase EPC del proyecto mediante una propuesta a suma global.

Sin embargo, el año 2008 CB&I manifestó su preferencia por cambiar el modelo de suma fija o suma global por un acuerdo EPC basado en reembolso de costos, a lo que Reficar accedió.

El 15 de junio de 2010 las partes suscribieron el Contrato EPC, el cual contenía seis acuerdos y que incluía los siguientes documentos:

- (i) *El Contrato Onshore*, entre Reficar y CB&I Colombiana, para trabajos principalmente de construcción, realizados por CB&I Colombiana.
- (ii) *El Contrato Offshore*, entre Reficar y CB&I UK, para el diseño, ingeniería, adquisición y otros trabajos, realizados por CB&I UK principalmente fuera de Colombia.
- (iii) *El Acuerdo de Coordinación*, entre Reficar, CB&I UK y CB&I Colombiana.
- (iv) *El Acuerdo de Resolución de Disputas*, entre Reficar, CB&I UK, CBI Colombiana y CB&I N.V.
- (v) *La Garantía Onshore de la Casa Matriz*.
- (vi) *La Garantía Offshore de la Casa Matriz*.

Cabe hacer presente que al Contrato *Onshore*, relativo a la construcción que se desarrollaría en Colombia, le era aplicable la ley colombiana, mientras que, al Contrato *Offshore*, concerniente al diseño, ingeniería y procura, que se desarrollaría fuera de tal país, le sería aplicable la ley de Nueva York<sup>47</sup>.

---

47 SUESCUN DE ROA, Felipe. La Culpa Grave y las Cláusulas de Limitación de Responsabilidad en Arbitraje Internacional: El Caso CCI de la Refinería de Cartagena. *La Ley: Mediación y Arbitraje*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, n. 17, 2023, p. 3.

El Tribunal Arbitral determinó que las disposiciones clave de dicho contrato para efectos de las materias en disputa en el arbitraje fueron las siguientes:

- a) *Compromisos de Control de Costos*: CB&I asumió el compromiso de controlar rigurosamente los costos y el cronograma, similar a un contrato de suma global, y de salvaguardar los recursos de Reficar como si fueran propios.
- b) *Obligación de Costos Razonables*: CB&I se comprometió a incurrir solo en costos que cumplieran con los siguientes criterios: (i) razonables, (ii) adecuadamente incurridos, y (iii) en conformidad con el contrato.
- c) *Compromisos de Control del Cronograma*: CB&I asumió la obligación de: (i) avanzar las obras hasta el punto donde el proyecto estuviera listo para precomisionamiento y puesta en marcha (“PCS”) para la fecha garantizada en el contrato; y (ii) proseguir con las obras de manera regular y diligente.
- d) *Límite de Responsabilidad*: CB&I tenía un límite de responsabilidad total frente a Reficar con excepciones explícitas para responsabilidad.

#### 4.1.2 Disputa y arbitraje

En marzo de 2016, la Refinería presentó su solicitud de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reclamando más de 2.000 millones de dólares. CB&I, por su parte, contestó la solicitud y dedujo una contrademanda que superaba los 400 millones de dólares. En términos muy resumidos, las reclamaciones mutuas presentadas por las partes en el arbitraje fueron las siguientes:

Reficar alega los siguientes incumplimientos:

- En primer lugar, indica que en un principio el proyecto EPC se concibió como un contrato a suma global, pero luego se cambió a uno con reembolso de costos, agregando que fue engañada por CB&I para aceptar ese cambio. Por este concepto demandó 4.000 millones de dólares estadounidenses como compensación por costos adicionales.
- En segundo lugar, argumenta que CB&I incumplió sus obligaciones contractuales de solo incurrir en costos razonables y reclama, alternativamente, lo siguiente por este concepto: 1,77 mil millones de

dólares estadounidenses por el incumplimiento o 1,59 mil millones por el reembolso de costos irrazonables.

- Por último, alega que CB&I incumplió sus deberes con respecto al control del Cronograma del Proyecto.

CB&I, por su parte, alega lo siguiente:

- En primer lugar, niega haber engañado a Reficar para cambiar el esquema de remuneración y sostiene que ésta hizo el cambio por voluntad propia, luego de recibir asesoramiento cuidadoso de un tercero.
- En segundo lugar, afirma que todos los costos incurridos fueron razonables y adecuados, y que progresó diligentemente con el Proyecto, por lo que no se infringieron deberes contractuales.
- Finalmente, CB&I presenta contrademandas afirmando que Reficar aún le debe facturas vencidas, mientras que Reficar sostiene que no existen facturas impagas.

Son hechos asentados de la causa, no discutidos por las partes, que la ejecución del contrato sufrió un retraso de alrededor de dos años y que los costos de EPC ascendieron a 5,9 mil millones de dólares estadounidenses.

#### 4.1.3 Laudo Arbitral

Con fecha 2 de junio de 2023, en un documento de casi 500 páginas, el tribunal arbitral dictó su laudo arbitral, condenando a CB&I a pagarle a Reficar más de 1.000 millones de dólares más intereses y, por su parte, desestimó la gran mayoría de las peticiones contenidas en la contrademanda de CB&I<sup>48</sup>. En términos más concretos, en lo pertinente, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:

En lo que dice relación a la demanda de Reficar:

- *Respecto al reembolso por costos irrazonablemente incurridos:* declaró que CB&I incumplió sus compromisos de control de costos, condenándolo a reembolsar a Reficar 845,4 millones de dólares

---

48 La demandada presentó ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York una solicitud de anulación del laudo arbitral, luego de la cual las partes llegaron a una transacción en cuya virtud la demandada pagó la suma de 900 millones de dólares, según da cuenta la publicación *Ciar Global*, Revista electrónica de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana. Al respecto véase: <https://ciarglobal.com/cerrado-arbitraje-de-inversion-por-refineria-de-cartagena-contra-colombia/> (Acceso em: 10 mayo 2024)

por costos pagados por Reficar a CB&I, que no fueron incurridos de manera razonable y adecuada conforme al contrato EPC.

- *En relación a los retrasos:* declaró que CB&I incumplió sus compromisos de control de cronograma bajo el contrato EPC, condenándola a pagar a Reficar 152,75 millones de dólares por daños por retrasos.
- *Respecto a la corrección de defectos:* declaró que CB&I incumplió sus obligaciones de corrección de defectos bajo el contrato EPC y la condenó a pagar a Reficar 10,3 millones de dólares por impactos específicos en contratistas de PCS.
- *Limitación de responsabilidad:* declaró que CB&I actuó con culpa grave, por lo que no aplican los límites de responsabilidad establecidos entre las partes.

En lo que respecta a la contrademanda de CB&I:

- *Obligaciones de pago de Reficar:* declaró que Reficar incumplió sus obligaciones de pago bajo el contrato EPC y condenó a pagar a CB&I 914.939 mil dólares y 28.256,049 mil pesos colombianos por costos razonables y adecuados.

En definitiva, declara concluido el contrato EPC y ordena que:

- (i) CB&I UK, CBI Colombiana y CB&I N.V. paguen conjunta y solidariamente a Reficar 1.008, 45 millones de dólares americanos más intereses, costas y gastos; y que
- (ii) Reficar pague 28.256,049 mil pesos colombianos más intereses a CBI Colombiana.

#### **4.1.4 Limitaciones de responsabilidad y culpa grave**

Como se indicó, en el contrato EPC materia del arbitraje analizado, las partes pactaron un límite de responsabilidad contractual equivalente a 87,75 millones de dólares, con excepciones explícitas para responsabilidad derivada de fraude, culpa grave o dolo bajo el Acuerdo *Onshore* y fraude, negligencia grave o conducta intencional bajo el Acuerdo *Offshore*.

El Tribunal Arbitral sostuvo que el marco legal de la responsabilidad estaba esencialmente limitado a las disposiciones contractuales. Sin perjuicio de ello, sentenció que precisamente este ámbito era el único en que cobra relevancia si la ley aplicable es la colombiana o la Nueva York, particularmente

en lo que dice relación con la interpretación de las disposiciones del límite de responsabilidad<sup>49</sup>.

Sobre el particular, el abogado Felipe Suescún de Roa, quien participó liderando la representación local de la Refinería de Cartagena, a través del estudio jurídico King & Spalding LLP, sostuvo que en este caso el Tribunal Arbitral reconoció la similitud entre los conceptos de culpa grave (ley colombiana) y de *gross negligence* (ley Nueva York), dando por establecido que un incumplimiento con culpa grave bajo la ley colombiana es asimilable a un incumplimiento de dichas características bajo de ley de Nueva York:

“... un incumplimiento gravemente culposo bajo la ley colombiana cumple con los requisitos de la ley de Nueva York para efectos de ser considerado como imputable a título de culpa grave. Esta aseveración es muy importante, puesto que acerca claramente a las dos tradiciones jurídicas. De una parte, a una de las jurisdicciones más importantes del common law, con otra cuyos análisis y desarrollos son muy similares a las de otras jurisdicciones de la tradición civil como pueden ser, por ejemplo, la francesa, la chilena, entre otras.”<sup>50</sup>

Pues bien, el Tribunal Arbitral en su análisis dio por establecido que la disposición contractual que podría llevar al levantamiento de dicho límite de responsabilidad era el numeral tercero del “TC 8.1.1”. Al efecto, el TC 8.1.1 (iii), en la versión en español tanto del Contrato *Onshore* como del Contrato *Offshore*, estipula que el límite de responsabilidad en el contrato EPC no se aplica a los siguientes casos: “(iii) responsabilidad derivada de cualquier fraude, culpa grave o dolo, incurridos por el contratista”.

Este punto fue crucial para entender las implicaciones legales de las reclamaciones contractuales en el caso de Reficar contra CB&I, ya que la presencia o ausencia de un límite de responsabilidad afectaba significativamente las obligaciones de cada parte y el alcance de las posibles compensaciones o indemnizaciones.

Pues bien, la determinación de si la parte incumplidora actuó o no con culpa grave debe realizarse considerando las circunstancias particulares del caso concreto, ya que, no existe una fórmula abstracta única que permita establecerlo.

---

49 Parte de las discusiones entre las partes fue cuál era la ley de fondo aplicable.

50 SUESCUN DE ROA, Felipe. *Op. cit.*, p. 5. Sobre el particular puede también consultarse a: Banfi del Rio, Cristián. *La Asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*. New York: Lexis Nexis, 2003.

Sobre el particular, el tribunal arbitral para determinar si la demandada había incumplido con culpa grave, tomo en consideración principalmente tres criterios: (a) el carácter esencial o fundamental de la obligación incumplida; (b) la magnitud del incumplimiento y el daño previsible causado por dicho incumplimiento; y (c) la comparación de los resultados esperados con los obtenidos. A continuación, resumimos las conclusiones del Tribunal Arbitral en relación a estos tres puntos:

*a) Carácter esencial o fundamental de la obligación incumplida:*

Se estimó que las obligaciones relativas al control de costos y el cronograma eran esenciales para el éxito del contrato EPC, de modo tal que su incumplimiento podría tener consecuencias significativas. Atendida la significancia de la obligación en cuestión el Tribunal Arbitral estimó que el incumplimiento por parte de CB&I alcanzó el nivel de culpa grave.

*b) La magnitud del incumplimiento y el daño previsible causado por éste:*

En relación a la magnitud del incumplimiento, el Tribunal determinó que, si el proyecto hubiera sido propio de CB&I, es poco probable que hubiera permitido un sobrecosto de casi 800 millones de dólares y un retraso de casi un año. La evidencia respalda la conclusión de que CB&I actuó con culpa grave debido al impacto significativo del incumplimiento y al daño previsible causado.

Luego, en cuanto a la previsibilidad del daño, el Tribunal Arbitral estimó como acreditado que CB&I era consciente de los intereses en juego, ya que, fue informada por Reficar de las graves sanciones y la responsabilidad fiscal en que podían incurrir los administradores de la compañía dueña de la obra, la cual era una entidad pública, sino lograban controlar adecuadamente el gasto público. Sin perjuicio de ello, se estimó que CB&I no adoptó ninguna medida correctiva ni de mitigación para evitar las negativas consecuencias, lo cual dio lugar a que los incumplimientos de las obligaciones de control de tiempos y de costos fueran considerados como gravemente culposos.

Pero lo anterior no es todo, adicionalmente se tuvo por acreditado que el incumplimiento además de causar un perjuicio a Reficar condujo al enriquecimiento de CB&I. En efecto, en lo concreto, mientras más durara el proyecto, mayor era la utilidad para CB&I, ya que, existió una diferencia entre el valor de la mano de obra indirecta declarada a Reficar y la realmente pagada. El Tribunal consideró esta circunstancia como una prueba adicional de la culpa grave y de cómo sus incumplimientos estaban relacionados con el beneficio propio y con el daño a Reficar.

*c) Resultados esperados versus los obtenidos:*

Por último, el Tribunal determinó que el objetivo de la obligación de control de costos y programación del contrato EPC, era garantizar que el proyecto se desarrollara lo más cercano posible a la cuantía y tiempos estimados por CB&I, tal como si fuera un contrato de suma global.

Sin embargo, muy lejos de lo planeado, señala Suescún de Roa que el Tribunal Arbitral dio por acreditado que: (i) el proyecto tuvo sobrecostos cercano a diez veces el valor pactado en la cláusula de limitación de responsabilidad; (ii) dicho sobrecosto sería equivalente a un monto aproximado de seis veces el valor de la utilidad original que obtendría CB&I con el proyecto; (iii) tales sobrecostos permitían cubrir la construcción de otro mega-proyecto adicional; y (iv) el retraso de CB&I fue de más de un año, vale decir, el proyecto se extendió aproximadamente el doble del tiempo originalmente estimado<sup>51</sup>.

El Tribunal concluyó que CB&I mostró una actitud imprudente en cuanto a la obligación de control de costos y programación, que no asumió responsabilidad alguna y que falló en implementar acciones de mitigación; actitud que habría desencadenado una escalada en los costos y la extensión del cronograma, lo que era un claro indicativo de culpa grave.

En definitiva, en base al análisis precedentemente expuesto, el Tribunal Arbitral declaró que CB&I incumplió los compromisos de control de costos y cronograma bajo el contrato EPC y estimó que la naturaleza y la gravedad de los incumplimientos y sus efectos financieros negativos en el proyecto demuestran un actuar con culpa o negligencia grave, razón por la cual la condenó a reembolsar a Reficar un monto considerablemente mayor al límite de responsabilidad originalmente estipulado en el contrato.

## **4.2 PACIFIC HYDRO CHACAYES S.A. CON CONSTRUCTORA ASTALDI CACHAPOAL LIMITADA Y OTRA**

### **4.2.1 Antecedentes**

Pacific Hydro Chacayes S.A., en lo sucesivo “Pacific Hydro” o “la Demandante”, es una compañía chilena, parte de un grupo empresarial australiano fundado en 1992, que en la actualidad es propiedad de State Power Investment Corporation (SPIC), a través de State Power Investment Overseas Co., Ltd. de China (SPIC Overseas).

---

51 SUESCUN DE ROA, Felipe. *Op. cit.*, p. 8.

A principios del año 2007 la matriz de Pacific Hydro -Pacific Hydro Chile S.A.- adquirió los derechos de aprovechamiento de aguas, que habían sido concedidos a la Corporación Nacional del Cobre de Chile en el sector del Alto Cachapoal. En junio de 2007, Pacific Hydro presentó un estudio de impacto ambiental (EIA), para la construcción de la planta de energía hidroeléctrica Chacayes de 111 MW, ubicada en el río Cachapoal que se encuentra aproximadamente a 12 km de la ciudad de Coya, en lo sucesivo la “Central” o el “Proyecto”.

Pacific Hydro le encargó a la empresa Acres Internacional, en lo sucesivo “ACRES”, la elaboración de los planos de ingeniería básica y de los criterios de diseño que serían entregados a los proponentes. ACRES diseñó un Vertedero tipo sifón, ubicado al borde de la quebrada de Tinajón.

En octubre de 2007, en base a los planos diseñados por ACRES, Pacific Hydro inició un proceso para la adjudicación del contrato de diseño, construcción y puesta en marcha de la Central, invitando a participar a un grupo de compañías de ingeniería.

La Constructora Astaldi Fe Grande Cachapoal Ltda., en lo sucesivo “AFG”, fue un consorcio creado para licitar la construcción de la Central, formado por: (i) Astaldi SpA<sup>52</sup>, una compañía italiana, que poseía el 95% de la participación; y (ii) Constructora Fe Grande S.A., una empresa chilena, que detentaba el 5% remanente.

El 9 de octubre de 2008 Pacific Hydro y Constructora Astaldi Fe Grande Cachapoal Ltda. suscribieron el contrato de *Engineering, Procurement and Construction Turnkey Contract Chacayes Hydroelectric Power Project*; contrato EPC “llave en mano” para la ingeniería, procura y construcción de la Central<sup>53</sup>.

En el año 2012, ya después de inaugurada la Central, la empresa Constructora Fe Grande S.A. vendió sus derechos sociales a Astaldi SpA. En vista de lo anterior, AFG pasó a denominarse “Constructora Astaldi Cachapoal Ltda.”, en lo sucesivo, “Astaldi Cachapoal” o la “Constructora”.

La construcción de la Central duró aproximadamente dos años y medio. La única área relevante de construcción a efectos del arbitraje analizado es el vertedero de emergencia, en lo sucesivo, el “Vertedero”, “Aliviadero” o “Spillway”. Éste es una estructura fundamental en todo proyecto hidráulico

---

52 Astaldi SpA, una de las principales compañías italianas de construcción, con una larga experiencia en proyectos hidroeléctricos, habiendo construido 33 centrales hidroeléctricas, 68 presas y 80 acueductos.

53 El Contrato fue posteriormente modificado en dos adendas: (i) Adenda de 20 de mayo de 2009, por la que se alteró el mecanismo de resolución de conflictos; y (ii) Adenda de 11 de abril de 2014, a través de la cual se modificó el régimen relativo al “MIV Defect”, un defecto en las válvulas de la casa de máquinas.

destinada a permitir el pase (libre o controlado) del agua y a disipar la energía, a fin de proteger el canal de los daños que pueden producirse por un exceso incontrolado de flujo o aumento de nivel -de ahí que también se lo denomine aliviadero-.

La Central se inauguró y empezó a funcionar en octubre de 2011, época en que sus propietarias eran Pacific Hydro y Astaldi -lo que se extendió hasta el año 2017-. La operación regular de la Central se vio interrumpida cinco años después de su inauguración, en febrero de 2016, cuando se produjo un incidente en el Vertedero que provocó su total colapso y la paralización de la operación de la Central.

#### 4.2.2 Disputa y arbitraje

En julio de 2017, Pacific Hydro presentó su solicitud de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>54</sup>, y en abril de 2018 su demanda en contra de Astaldi Cachapoal y su matriz Astaldi SpA por supuestos daños causados por el incidente en el Vertedero, por una suma de 50 millones de dólares. En términos muy resumidos, las reclamaciones presentadas por las partes en el arbitraje son las siguientes:

Pacific Hydro alega los siguientes incumplimientos:

- El desplome del Aliviadero no se debió a un caso fortuito, ni tampoco a su uso impropio ni a una supuesta falta de mantenimiento, sino a una cadena de errores de Astaldi en el diseño y construcción del Vertedero.
- El grave incumplimiento contractual, que demuestra una actuación con culpa grave, justifica que Astaldi indemnice todos los perjuicios que ha ocasionado, sin dar lugar a aplicación de los límites de responsabilidad establecidos en el Contrato.

La Constructora, por su parte, contestó en el siguiente sentido:

- Asevera haber cumplido con sus obligaciones de diseño y construcción y niega los defectos que se le imputan y, en todo caso, de haberse producido, jamás habrían tenido la transcendencia para causar el desplome del Aliviadero.

---

54 Pacific Hydro presentó dos solicitudes de arbitrajes: (i) en contra de Constructora Astaldi Cachapoal Limitada (anteriormente Constructora Astaldi Fe Grande Cachapoal Limitada), que dio lugar al arbitraje 22993/JPA Pacific Hydro Chacayes S.A. c/ Constructora Astaldi Cachapoal Limitada; y (ii) en contra de Astaldi SPA, de la que derivó el arbitraje 22994/JPA Pacific Hydro Chacayes S.A. c/ Astaldi SpA.

- Sostiene que Pacific Hydro es el único responsable del incidente puesto que desnaturalizó el Vertedero, lo operó de forma permanente y continua, no lo inspeccionó y tampoco cumplió con sus obligaciones de mantenimiento, lo que finalmente resultó en su colapso.

En el arbitraje en cuestión la discusión se enmarca en dos temas centrales: (i) la calidad del diseño y la construcción del Vertedero; y (ii) las condiciones de operación del Vertedero y su inspección y mantenimiento.

#### **4.2.3 Sentencia dictada por el Tribunal Arbitral**

El 2 de diciembre de 2021, en un documento de más de 200 páginas, el tribunal arbitral dictó su laudo arbitral, condenando a ambas demandadas, Constructora Astaldi Cachapoal Limitada y Astaldi SpA, a pagarle a Pacific Hydro más de 30 millones de dólares más intereses. En términos más concretos, en lo pertinente, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:

- (i) En cuanto a la demanda declarativa principal de la Pacific Hydro, declara que Constructora Astaldi Cachapoal Limitada incumplió, con culpa grave, las obligaciones derivadas del Contrato, al construir un Vertedero con diez vicios de la construcción, que fueron la causa de su perecimiento.
- (ii) Condena a las Demandadas a pagar solidariamente a la Demandante un monto total de USD 30.235.832, en concepto de daño emergente y lucro cesante, más intereses y costas.
- (iii) Desestima todas las demás pretensiones presentadas por las partes.

#### **4.2.4 Limitaciones de responsabilidad y culpa grave**

Para determinar los daños que debían ser indemnizados por la Constructora Astaldi Cachapoal a Pacific Hydro, el Tribunal Arbitral debió decidir dos aspectos centrales, que resultan de especial interés para los efectos del presente estudio; a saber: (i) si las limitaciones contractuales a la responsabilidad de la Constructora habían quedado enervadas; y (ii) si la corresponsabilidad de la Demandante conllevaba la moderación de la indemnización debida.

##### **a) En cuanto a las limitaciones de la responsabilidad de la Constructora**

El Tribunal Arbitral, determinó que Astaldi Cachapoal estaba obligada a indemnizar a Pacific Hydro por la totalidad de los daños y perjuicios causados, sin aplicación de las limitaciones de responsabilidad establecidas en la Cláusula 2.20(a) del Contrato.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Arbitral se basó en la Cláusula 2.20(e)(2), que excluye la limitación de responsabilidad siempre que la Constructora hubiera actuado con “*culpa grave*”.

Aplicando conjuntamente los varios criterios recogidos por la doctrina y jurisprudencia chilenas para diferenciar la culpa grave y leve, el Tribunal Arbitral, por mayoría, concluyó que la Constructora efectivamente había incurrido en culpa grave:

- La obligación incumplida era la principal asumida en el Contrato;
- El daño causado por el incumplimiento fue de una gravedad extrema;
- La Segunda Prueba mostró la insuficiencia del Aliviadero y la posibilidad de que la erosión retrógrada se agravara; y
- Finalmente, Astaldi manifestó, respecto a sí mismo, ser un “Constructor Importante”, con amplia experiencia en este tipo de obras, para captar la confianza de la contraparte.

En definitiva, el Tribunal Arbitral, por mayoría, concluyó que los hechos probados demuestran que la conducta de la Constructora cumplió el estándar legal de culpa grave definido en el artículo 44 del Código Civil chileno: Astaldi infringió el deber de diligencia y cuidado que las personas ordinariamente suelen emplear en sus negocios propios.

Cabe hacer presente que en esta sentencia existió un voto disidente de có-arbitro Arturo Fernandois, quien, entre otras materias, estimó que no se cumplían los requisitos para estimar que existió culpa grave.

En efecto, sostiene que la doctrina chilena en general ha estimado que el estándar legal de la culpa grave es equiparable a “...na negligencia de extrema gravedad, tan burda y grosera que se asimila a una conducta dolosa...” e indica que, si bien culpa grave y dolo son conceptos distintos, en la práctica envuelven una conducta orientada al daño, resultando muy difícil distinguir una de otra. Agrega que la mayoría del tribunal descartó decididamente la concurrencia de malicia o dolo en el actuar de la Constructora, pero, sin embargo, se le atribuyó culpa grave, lo que sería contradictorio, ya que, “...la ausencia de todo indicio de animus nocendi excluye la existencia de dolo”.

Junto con lo anterior, el disidente realiza un análisis de la jurisprudencia nacional sobre la materia y de los fallos acompañados al expediente, concluyendo lo siguiente: (i) Cuando nos encontramos ante un contrato que es en beneficio de ambas partes, la responsabilidad contractual impone el estándar de la culpa

leve al deudor; y para estimar que existió culpa grave del demandado, se debe probar que éste “...infringió el estándar de conducta exigible a las personas negligentes y de poca prudencia en sus negocios propios, tal como reza el artículo 44 del Código Civil”; (ii) El estándar de culpa grave se refiere a una negligencia de tal magnitud que no puede explicarse por descuido común o falta de prudencia. Se trata de una conducta tan irresponsable que solo puede atribuirse a la estupidez, temeridad o negligencia extrema del agente, quien no tomó precauciones básicas o previó riesgos obvios; y (iii) No se presentaron en el proceso precedentes jurisdiccionales específicos de sede civil -arbitral o de justicia ordinaria- en que se haya acreditado culpa grave del deudor en materia de construcción. Esto hace presumir que no han existido realmente, en la práctica de la industria de la construcción doméstica, casos de tal nivel de negligencia, que resulten asimilables a culpa grave según la entiende el Código Civil chileno.

#### **b) Corresponsabilidad de la Propietaria**

Establecida la culpa grave de la Constructora, el Tribunal Arbitral analizó si la corresponsabilidad de Pacific Hydro generaba algún impacto bien en la calificación de culpa grave, bien en la cuantificación de la indemnización debida por la Constructora.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral concluyó que el incumplimiento por parte de Pacific Hydro de su deber de inspección no contribuyó a causar el colapso del Aliviadero, pero sí contribuyó a agravar el daño. Ahora bien, la falta de inspección nunca pudo eximir a Astaldi de su deber de rediseñar y reconstruir en su totalidad el Vertedero, para expurgar su propio incumplimiento y sanar los diez vicios de la construcción en los que había incurrido. En consecuencia, el Tribunal Arbitral decidió que el incumplimiento de la Propietaria no rompió el nexo causal entre los vicios y el daño sufrido por Pacific Hydro, y no afectó a la calificación del incumplimiento de Astaldi.

En segundo lugar, el Tribunal Arbitral, atendiendo al grado de corresponsabilidad y de eficacia causal del comportamiento incumplidor de cada Parte, decidió reducir la compensación debida por Astaldi en un 30% del daño sufrido por Pacific Hydro.

#### **CONCLUSIONES**

Es usual en la industria de la construcción el establecimiento en los contratos de obra de cláusulas modificatorias de responsabilidad, en especial,

cuando tienden a limitarla, costumbre que es ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia en el derecho internacional, tanto en el *Common Law* como el *Civil Civil*, al punto que podemos encontrarlas en los modelos tipo de contratos de construcción como los FIDIC. No obstante, existen consenso también en que su aplicación no es ilimitada y en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias su validez ha sido cuestionada.

En nuestra opinión, la aplicabilidad de las estipulaciones contenidas en las cláusulas modificatorias de responsabilidad debe analizarse en concreto, considerando las especiales circunstancias de cada caso en particular y si se han acreditado o no los presupuestos que se hubieren acordado por las partes. En efecto, en los casos sometidos a la decisión arbitral, estimamos que habrá que examinar, en especial, si concurren los presupuestos fácticos para declarar inaplicables las limitaciones y exoneraciones de responsabilidad pactadas por las partes, tal como ocurrió en los dos casos arbitrales analizados en el presente trabajo, en los cuales se logró acreditar que existió una causa grave de incumplimiento de las obligaciones contractuales, que justificaba declarar la inaplicabilidad de los límites establecidos por las partes en la cláusula de reducción de responsabilidad.